

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON LA RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR DE LA AUTORIDAD PORTUARIA DE BALEARES DE 15 DE MAYO DE 2024 POR LA QUE SE ASIGNAN DEFINITIVAMENTE LAS FRANJAS HORARIAS EN LOS PUERTOS DE EIVISSA Y LA SAVINA PARA LA TEMPORADA ALTA 2024

(UM/041/24)

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai
D.^a Pilar Sánchez Núñez
D. Carlos Aguilar Paredes
D. Josep Maria Salas Prat
D.^a María Jesús Martín Martínez

Secretaria del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 9 de julio de 2024

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 17 de junio de 2024 tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa un escrito presentado por la entidad Cruceros Playa Den Bossa, S.L. al amparo de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra la Resolución del Director de la Autoridad Portuaria de Baleares de 15 de mayo de 2024 por la que se asignan definitivamente las franjas horarias en los puertos de

Eivissa y La Savina para la temporada alta 2024, que la reclamante manifiesta que se le notificó el 15 de mayo de 2024.

En su escrito, la reclamante objeta que los puntos de atraque (i) se han fijado de forma totalmente opaca (apartado 3.1.); (ii) se aplican criterios que persiguen la planificación económica del sector de transporte marítimo (apartado 3.2.); (iii) se aplican criterios que no persiguen ninguna razón imperiosa de interés general (“RIIG”) y que distorsionan la competencia, es decir, se vulneran los principios de necesidad y proporcionalidad (apartado 3.3.) y, por último, (iv) se valora una cláusula de arraigo territorial como es la experiencia del operador en la explotación de la línea que nos ocupa (apartado 3.4.).

La Secretaría para la Unidad de Mercado ha dado traslado a esta Comisión de la información y la documentación presentada con la finalidad de que por este organismo se emita un informe, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 26 LGUM.

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el artículo 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

- “1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.*
- 2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”*

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como “*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*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas*”.

En el caso que nos ocupa, la actividad sobre la que versa la reclamación, transporte marítimo de pasajeros, está incluida en el ámbito de la LGUM, de acuerdo con lo expuesto.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

Ha de partirse de la Ordenanza portuaria por la que se establece la ordenación y asignación de atraques en los puertos de Eivissa y La Savina para determinados tráficos, aprobada por Resolución de 20 de abril de 2022, de la

Autoridad Portuaria de Baleares (Boletín Oficial del Estado núm.113, de 12 de mayo de 2022), pues, como se recoge en la Resolución de la Autoridad Portuaria de Baleares de 15 de mayo de 2024, “*Conforme se indica en el artículo 6.6 de la Ordenanza portuaria, por la que se establece la ordenación y asignación de atraques en los puertos de Eivissa y la Savina para determinados tráficos (BOE nº 113, publicado el 12 de mayo de 2022), y a la vista de las solicitudes de slots recibidas por las distintas empresas, la Autoridad Portuaria de Baleares ha procedido a elaborar una Asignación Definitiva de Slots que entrará en vigor en el primer día dentro del Periodo de Programación de Temporada Alta 2024 (desde el 16 de mayo al 30 de septiembre)*”. Y, como también se indica en dicha Resolución, “*para la Asignación Definitiva de Slots se han tenido en consideración los aspectos relacionados con los Criterios de Asignación de Franjas Horarias contemplados en los artículos 8 y 9 de la Ordenanza portuaria, y en particular los apartados b), g), l) y n) del primero de ellos*”.

Con arreglo a tales preceptos:

“Artículo 8. Criterios de Asignación de Franjas Horarias.

1. En la Asignación definitiva de slots la Autoridad Portuaria de Baleares tomará en consideración los siguientes aspectos:

a) Cumplimiento de las determinaciones de la Ley 11/2010 de transporte marítimo de las Islas Baleares en relación a las frecuencias horarias de los servicios entre Formentera e Ibiza.

b) Preferencias en las maniobras definidas en el artículo 9 de las presentes Ordenanzas con el objetivo de garantizar el abastecimiento de las islas y la movilidad de pasajeros entre Formentera e Ibiza

c) Capacidad de las instalaciones portuarias en los puertos de Eivissa y La Savina.

d) Tipo de Buque y necesidad de atraque en puestos específicos en función de las dimensiones (calado y eslora) o características del buque (por ejemplo necesidad de utilizar un tacón para buques RO-RO o RO-PAX).

e) Criterios de Sostenibilidad Ambiental, como aquellos que se deriven de un consumo más eficiente o utilización de combustibles de bajas emisiones por los buques propuestos por los Usuarios.

f) Políticas de especialización de muelles que la Autoridad Portuaria de Baleares pueda aprobar en cada momento.

g) Prioridad de atraque a aquellos buques que adquieran compromiso de utilización de slots y prestación de servicio a lo largo de todo el año incluyendo temporadas alta, media y baja.

h) Compatibilidad general de las operaciones portuarias en su conjunto, en consideración no sólo de los atraques incluidos en las Instalaciones

afectadas por estas Ordenanzas, sino por otros puntos de atraque fuera de su ámbito.

i) Criterios de Calidad de Servicio: Puntualidad y Grado de Cumplimiento de Horarios en los Periodos de Programación previos.

j) Falta de ocupación de Franjas Horarias en Periodos de Programación previos.

k) Sanciones o Expedientes firmes, definitivas y jurídicamente irrecurribles por Exceso de Velocidad en Periodos de Programación previos.

l) Los Buques que soliciten realizar el primer y el último trayecto de la línea regular de forma diaria.

m) Cualquier otro incumplimiento de las presentes Ordenanzas en Periodos de Programación previos.

n) Experiencia del operador en la explotación de las líneas.

2. El orden seguido en los Criterios de Asignación de Franjas Horarias definidos en el apartado anterior no supone un orden de preferencia en la asignación. Para favorecer la optimización de la explotación portuaria, la Autoridad Portuaria de Baleares podrá establecer un baremo que pueda ser utilizado como complemento de aplicación práctica de las presentes ordenanzas y que, en el caso de que no sea posible con criterios objetivos diferenciar entre dos o más Usuarios que soliciten la misma Franja Horaria, podrá incluir la realización de un sorteo entre dichos Usuarios.

3. En aquellos Periodos de Programación en los que razonablemente pueda esperarse exceso de peticiones de Franjas Horarias por parte de los Usuarios, o cuando pueda estimarse que hay una acumulación de peticiones en determinadas Franjas Horarias por parte de varios Usuarios, la Autoridad Portuaria de Baleares podrá convocar concursos públicos para asignación de atraques.

Dichos concursos contarán con sus correspondientes Pliegos de Bases y Pliegos de Cláusulas y, a través de los mismos, se podrán modificar, sustituir o complementar, según el caso, las determinaciones de las presentes Ordenanzas, prevaleciendo las primeras sobre estas últimas.

Artículo 9. Preferencias en la maniobra dentro de la Zona de Navegación Restringida.

1. Siempre tendrán preferencia en la maniobra los buques y embarcaciones de Salvamento Marítimo, Guardia Civil, Aduanas, Autoridad Portuaria de Baleares y todos aquellos a los que la Autoridad Portuaria autorice en razón de gestión de emergencias, seguridad y protección en las zonas de servicios de los puertos afectados por estas Ordenanzas.

2. Posteriormente tendrán preferencia general en las maniobras de entrada y salida, los tráficos con origen o destino en terminales portuarias

de mercancías cuyos títulos concesionales les reconozca de forma expresa algún criterio de preferencia en el atraque, las Líneas Regulares de pasajeros entre los puertos de Eivissa y La Savina, y las Líneas Insulares o Peninsulares de pasajeros.

3. A continuación, tendrán preferencia, por este orden, los tráficos de cabotaje e interinsular de solo carga, otros tráficos de pasajeros que no tengan consideración de Línea Regular, excursiones, buques pesqueros, buques deportivos y embarcaciones de recreo.

4. Como norma general se priorizarán las salidas sobre las entradas con el objetivo de dejar libres los atraques.”

Objeta en primer lugar la reclamante que, en contra de lo dispuesto en los artículos 8 y 9.1 LGUM, los criterios de asignación de franjas horarias definitivas de la Ordenanza portuaria de 2022 se han aplicado de forma totalmente opaca, al no detallar los términos en que se calculan y emplean los criterios previstos en la Ordenanza, los baremos de puntuación, fórmulas en las que se basa, entre otros aspectos.

La Resolución controvertida realiza la asignación definitiva, precedida, como dispone el artículo 6 de la Ordenanza, de una provisional:

“5. Dentro del plazo de diez días a contar desde la publicación de la Planificación de Franjas Horarias, los Usuarios que así lo requieran remitirán una solicitud formal de asignación de slots («Solicitud de Slots»). Dicha solicitud debe incluir:

a) Franja Horaria Solicitada por semanas.

b) Buque para el que se solicita la Franja Horaria.

c) En el caso de que, dicho buque no haya sido incluido en la Expresión de Interés, la misma información sobre el buque que se establece en el artículo 6.2.a) y 2.b) de la presente Ordenanza.

6. A la vista de las Solicitudes de Slots que se hayan recibido, la Autoridad Portuaria de Baleares realizará una Asignación Provisional de Slots que será remitida por el Coordinador de Atraques a las empresas que hayan solicitado Slots conforme los apartados 5 y 1 de las presentes Ordenanzas.

7. Dicha comunicación se realizará dentro del plazo de (diez) días posteriores a la recepción de las solicitudes a que se refiere al artículo 6.5 y al artículo 1 de la presente Ordenanza, abriéndose un plazo de audiencia de (diez) días para recepción de posibles comentarios por los Usuarios afectados.

Durante este periodo los Usuarios podrán proponer mejoras u optimización de la planificación en lo que afecta a los slots que les han sido asignados provisionalmente.

8. Finalizado dicho periodo y recabada toda la información, la Autoridad Portuaria de Baleares procederá a elaborar una Asignación Definitiva de Slots que entrará en vigor en el primer día dentro del Periodo de Programación y tendrá en consideración los Criterios de Asignación de Franjas Horarias.”

La reclamante hubo de tener conocimiento de la asignación provisional y, en tanto que interesada, pudo solicitar acceso al expediente administrativo (artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) a fin de conocer los informes o propuestas en que se apoyó la Resolución para realizar la asignación definitiva, lo que diluye o habría permitido eliminar la opacidad que reprocha, que, en su caso, afecta a la reclamante como interesada en la medida en que le haya ocasionado indefensión material. Desde la óptica del principio de transparencia, la resolución le fue accesible y no se aprecia, ni se alega, contravención de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, a que remite el artículo 8 LGUM.

En segundo lugar, alega que la Autoridad Portuaria de Baleares aplica criterios que persiguen planificar económicamente el sector del transporte marítimo entre el puerto de Ibiza y La Savina.

A este respecto, debe destacarse que, aunque no se manifiesta expresamente, la reclamante pretende servirse del cuestionamiento de la Resolución de 15 de mayo de 2024 para impugnar indirectamente los criterios recogidos en una Ordenanza que no es objeto de la presente reclamación. Con esta advertencia, se realizan las siguientes consideraciones.

Como señala el Preámbulo de la Ordenanza:

“Como resultado del trabajo llevado a cabo se concluyó la necesidad de la ordenación y asignación de atraques a través de una norma reguladora que establezca criterios para la asignación de atraques por la limitación de la capacidad infraestructural de ambos puertos y la alta demanda de servicios, de tal manera que se pueda compatibilizar de una manera racional la operativa portuaria con los aspectos de seguridad mencionados por la Dirección General de la Marina Mercante; todo ello en consideración de la alta densidad de tráfico de buques y embarcaciones en estos puertos y sus inmediaciones, especialmente en época estival.

(...)

A través de esta Ordenanza se consigue no sólo incrementar la seguridad marítima sino que desde una perspectiva medioambiental y satisfaciendo la demanda real de transporte de pasajeros, vehículos y mercancías de los puertos de Eivissa y La Savina en los próximos años, también se consigue lograr una disminución efectiva de maniobras y con ello de las emisiones asociadas, favoreciendo los objetivos de sostenibilidad ambiental de la Autoridad Portuaria y los de protección contempladas en

el Plan de Movilidad Urbana Sostenible (PMUS) de las Islas de Ibiza y Formentera, y en la Ley 7/2019, de 8 de febrero para la sostenibilidad medioambiental y económica de la Isla de Formentera.”

En coherencia con ello, su artículo 1 establece que:

“La presente Ordenanza tiene por objeto la ordenación y asignación de atraques en los puertos de Eivissa y La Savina, favoreciendo el uso racional de las instalaciones disponibles con garantía efectiva de la seguridad en la realización de las operaciones portuarias de aproximación, atraque, estancia, desatraque y salida de referidos puertos.”

El artículo 8 de la Ordenanza, que enuncia los aspectos que han de tomarse en consideración en la asignación definitiva de slots, indica en su apartado segundo *“El orden seguido en los Criterios de Asignación de Franjas Horarias definidos en el apartado anterior no supone un orden de preferencia en la asignación”*.

Expuesto lo anterior, ya por lo que se refiere a los concretos aspectos cuestionados por la reclamante, ésta atribuye una finalidad de índole económica al aspecto *“Prioridad de atraque a aquellos buques que adquieran compromiso de utilización de slots y prestación de servicio a lo largo de todo el año incluyendo temporadas alta, media y baja”* (artículo 8.1.g) de la Ordenanza). Sin embargo, no se advierte que dicha prioridad responda a valoraciones de necesidad o programación económica, sino a potenciar una utilización racional del dominio público portuario a través de la continuidad de la explotación, frente a las distorsiones que, desde el punto de vista indicado, genera una variación del prestador por temporada. No en vano, el artículo 7.1, a que nada reprocha la reclamante, prevé la modificación de la asignación con fundamento en *“optimizar la explotación portuaria”*. Y la trascendencia del ejercicio de servicios comerciales desde la óptica de la seguridad del puerto (razón imperiosa de interés general ex artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) ha sido señalada, bien que al ocuparse del régimen de autorización, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1101/2021, de 29 de julio (rec.3319/2020):

“En cuanto a la necesidad de la autorización, la Autoridad Portuaria recurrente en casación pone de relieve -y así es- que la Exposición de Motivos de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, que se refunde en el TRLPE, justifica el sometimiento a autorización del ejercicio de servicios comerciales en los puertos en la protección de la seguridad del puerto (junto a otros intereses públicos como son la protección del dominio público o el ejercicio de otros usos portuarios preferentes). Y la seguridad pública es una de las “razones imperiosas de interés general” que justifican la necesidad de la intervención administrativa en el ejercicio de la actividad mediante autorización, de conformidad con los arts. 5 y 17.1.a/ de la Ley 20/2013 y 3.11 de la Ley 17/2009.”

Otro tanto cabe señalar respecto de los restantes aspectos a que se objeta en la reclamación:

- Letra b) del artículo 8.1: *“Preferencias en las maniobras definidas en el artículo 9 de las presentes Ordenanzas con el objetivo de garantizar el abastecimiento de las islas y la movilidad de pasajeros entre Formentera e Ibiza”*. El artículo 9, al que omite referirse la reclamante, detalla que:
 - “1. Siempre tendrán preferencia en la maniobra los buques y embarcaciones de Salvamento Marítimo, Guardia Civil, Aduanas, Autoridad Portuaria de Baleares y todos aquellos a los que la Autoridad Portuaria autorice en razón de gestión de emergencias, seguridad y protección en las zonas de servicios de los puertos afectados por estas Ordenanzas.*
 - 2. Posteriormente tendrán preferencia general en las maniobras de entrada y salida, los tráficos con origen o destino en terminales portuarias de mercancías cuyos títulos concesionales les reconozca de forma expresa algún criterio de preferencia en el atraque, las Líneas Regulares de pasajeros entre los puertos de Eivissa y La Savina, y las Líneas Insulares o Peninsulares de pasajeros.*
 - 3. A continuación, tendrán preferencia, por este orden, los tráficos de cabotaje e interinsular de solo carga, otros tráficos de pasajeros que no tengan consideración de Línea Regular, excursiones, buques pesqueros, buques deportivos y embarcaciones de recreo.*
 - 4. Como norma general se priorizarán las salidas sobre las entradas con el objetivo de dejar libres los atraques”*.
- Letra l): *“Los Buques que soliciten realizar el primer y el último trayecto de la línea regular de forma diaria”*. De nuevo se persigue la continuidad frente a las distorsiones de la variación en la prestación.
- Letra n): *“Experiencia del operador en la explotación de las líneas”*.

Se insiste en que la Ordenanza responde a *“la limitación de la capacidad infraestructural de ambos puertos y la alta demanda de servicios, de tal manera que se pueda compatibilizar de una manera racional la operativa portuaria con los aspectos de seguridad mencionados por la Dirección General de la Marina Mercante; todo ello en consideración de la alta densidad de tráfico de buques y embarcaciones en estos puertos y sus inmediaciones, especialmente en época estival”*. La alta densidad, unida a la limitación de la capacidad infraestructural, aconseja tomar en consideración factores que, por continuidad, experiencia u otras características que sugieren o revelan una especial pericia o idoneidad en el desarrollo de la actividad que involucra al dominio público portuario. Más en concreto y por lo que se refiere a la experiencia del operador en la explotación de las líneas, si bien toma en consideración que se haya operado previamente, no se erige como requisito para el acceso, sino como un aspecto más que se suma a los restantes del artículo 8 de la Ordenanza (a la mayoría de los cuales

no se objeta en la reclamación), no sujetos a prelación, para determinar la asignación, sin que se aprecie que dicho aspecto revista una trascendencia tal que lo convierta *de facto* en una barrera de entrada.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

1ª. No se aprecia que la Resolución del Director de la Autoridad Portuaria de Baleares de 15 de mayo de 2024 por la que se asignan definitivamente las franjas horarias en los puertos de Eivissa y La Savina para la temporada alta 2024 contravenga la LGUM.