

Las bonificaciones fiscales en el sistema portuario estatal: un análisis de legalidad interna y de ajuste al Derecho de la Unión Europea^{1*}

Roberto Ignacio Fernández López

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Vigo

Miembro de la AEDAF

Resumen

La trayectoria seguida en las dos últimas décadas por el Derecho español en materia de financiación de puertos estatales suscita dos temas de interés.

De un lado, se observa que determinados ingresos de las Autoridades Portuarias no consolidaron el marco conceptual con el que fueron inicialmente creados por el legislador, lo que derivó en una acentuada controversia jurídica tanto en el plano de la legalidad ordinaria como desde el prisma de la legalidad constitucional.

De otra parte, y éste es el núcleo central del trabajo que nos proponemos desarrollar, los puertos de interés general constituyen una peculiar realidad jurídico-financiera en la que los principales incentivos a su actividad económica adoptan la forma de beneficios fiscales, los cuales se ven en la necesidad de sortear dos serios obstáculos en su objetivo de potenciar la actividad portuaria: la reserva de ley tributaria en el ámbito del Derecho interno y la normativa sobre ayudas de Estado existente en el Derecho de la Unión Europea.

La pretensión del presente estudio es la de desentrañar las más importantes cuestiones dogmáticas que plantea el primero de los temas citados para luego centrarnos en los principales problemas, teóricos y prácticos, que origina el segundo.

Abstract

In the past two decades the trajectory followed by Spanish Law in relation to the financing of the state ports raises two interesting topics, both worth of analysis.

On the one hand, certain revenues of the Port Authorities did not consolidate the conceptual framework initially anticipated by the legislator. This resulted in an intense legal controversy in the field of ordinary legality, as well as from the point of view of the constitutional legality.

On the other hand, and this is the main focus of the paper, state ports present a peculiar legal-financial reality in which the main incentives to their economic activity are based on tax reductions. As such, these must overcome two serious obstacles in their goal

¹ "El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "DER2012-36687" sobre Puertos y Zonas Francas en el marco del transporte marítimo. Régimen financiero y tributario, y financiación de infraestructuras, sufragado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Asimismo, para el desarrollo de este estudio también se ha contado con el apoyo del Contrato Programa de Investigación 2013 "13VI11" sobre Puertos y Zonas Francas en el marco del transporte marítimo internacional, financiado por la Universidad de Vigo.

to promote port activity: the reserve of tax law in the National law, and the norm on State aid observed by European Union Law. This paper aims to analyse the most important dogmatic questions that derive from the first of the aforementioned subjects, so that we can later focus on the main problems, both theoretical and practical, that the second originates.

Palabras clave

Puertos estatales. Prestaciones patrimoniales de carácter público. Tasas. Bonificaciones fiscales. Derecho de la Unión Europea. Régimen de ayudas de Estado.

Keywords

State ports. Public contributions. Duties. Tax reductions. European Union Law. State Aid regime.

Sumario

1. Introducción
2. El tortuoso camino conceptual seguido por algunas fuentes de financiación de las Autoridades Portuarias
3. Los mecanismos tributarios al servicio de la competitividad de los puertos estatales: las bonificaciones y los coeficientes correctores en materia de tasas
 - 3.1. La problemática específica de las bonificaciones aplicables a determinadas tasas portuarias a la luz de la reserva de ley tributaria
 - 3.2. La posible colisión de algunas bonificaciones fiscales con el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado
 - 3.3. El diferente procedimiento de aprobación previsto para los coeficientes correctores
 - 3.4. Valoración general sobre el régimen jurídico vigente
4. La cuestionable regulación legal de los ingresos obtenidos por determinados servicios: las tarifas portuarias
5. Bibliografía

1. Introducción

La normativa española de los últimos veinte años en materia de puertos de interés general denota una decidida intención del legislador por introducir en el sistema portuario técnicas de gestión propias del sector privado, a fin de dotar de mayor agilidad y flexibilidad el proceso de toma de decisiones, pero ello sin renunciar al hecho cierto de que los puertos siguen siendo bienes de dominio público y que, como tales, una parte importante de su regulación está informada por procedimientos y fuentes de financiación sujetas al Derecho público.

El punto de partida de esa incorporación de mecanismos de funcionamiento propios del ámbito empresarial hay que situarlo en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), cuya Exposición de Motivos no puede ser más clara al afirmar que “se han preferido eliminar las rigideces propias de la función y estructura administrativa, para hacer compatible la prestación del servicio encomendado al Estado con los principios de eficiencia, agilidad y flexibilidad propios de la gestión empresarial que en los puertos se debe desarrollar”, lo que por lo demás acarrea otra consecuencia de gran calado, a saber, la calificación legal de las tarifas por los servicios portuarios prestados directamente por las autoridades portuarias como recursos de Derecho privado, es decir como precios privados, en el ánimo de huir de la figura de los precios públicos que, en palabras de la citada Ley, “venían planteando problemas de rigidez y de adaptabilidad para su necesaria utilización como instrumentos de gestión portuaria”.

En esta misma línea, la LPEMM crea dos tipos de entes públicos de naturaleza y estructura similar (Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias) a los que atribuye no sólo las potestades típicas de las Administraciones con competencias en materia portuaria, sino también las funciones necesarias con las que potenciar la autonomía de gestión de los puertos y, por ende, fomentar la competencia entre éstos -a modo de operadores privados- a través de los denominados “planes de empresa”. Por ello, las Autoridades Portuarias han sido calificadas como un *tertium genus* entre lo público y lo privado ya que, por un lado, están obligadas a satisfacer el interés general actuando como una verdadera administración pública pero, por otro, el legislador considera oportuno dar entrada al Derecho mercantil con criterios que agilicen el funcionamiento de dichos entes².

Es decir, Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias se dotan de una naturaleza y funcionamiento que demuestran un cierto grado de equilibrio, cuando no de tensión, entre normas de derecho público y disposiciones de derecho privado. En efecto, en ambos casos estamos ante entes de derecho público, de los previstos en el art.2.1 g) de la LGP, con personalidad jurídica y patrimonio propio. No obstante, por regla general, sus actividades se ajustarán al ordenamiento jurídico privado, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que les vengan atribuidas por el ordenamiento³.

Por lo demás, Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias se someten en materia presupuestaria a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 septiembre, por el que se aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TR-LPEMM), y en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP)⁴, pero, por otro lado, deben ajustar su contabilidad a las disposiciones del Código de Comercio

2 Vid. MORALEDA SACEDA (2011), pág.427.

3 Vid. arts.16.2 y 24.2 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 septiembre, por el que se aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TR-LPEMM).

4 Vid. arts.36 y 39 del TR-LPEMM.

y a las del Plan General de Contabilidad⁵. Con arreglo a lo primero están sometidos al control presupuestario que ejerce la Administración general del Estado y, en concreto, las cuentas anuales de cada Autoridad Portuaria, antes de ser aprobadas por su Consejo de Administración, habrán de ser auditadas por la Intervención General del Estado⁶. Con arreglo a lo segundo, el reflejo de su situación económica y financiero-patrimonial debe respetar el régimen contable establecido para las entidades privadas por el Código de Comercio y el Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

A su vez, las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado quedan sometidos en principio al mismo régimen tributario de que goza el Estado, pero con la sutil diferencia de que dichos organismos no están totalmente exentos del Impuesto sobre Sociedades, sino que tributan en el régimen especial de las entidades parcialmente exentas, dentro del cual los ingresos por la prestación de servicios comerciales tendrán la consideración de ingresos procedentes de explotaciones económicas⁷.

En cualquier caso, con las lógicas diferencias derivadas de la clara separación de competencias y funciones que el TR-LPEMM atribuye a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, no hay ninguna duda de que estas últimas gozan de un margen de actuación sometido al ordenamiento jurídico privado mucho más amplio que el previsto para el ente Puertos del Estado. En efecto, todas las atribuciones de Puertos del Estado confluyen de una u otra forma sobre la coordinación y el control de la eficacia del sistema portuario estatal, para lo cual dicho ente en modo alguno se apoya en el Derecho privado, de la misma forma que la mayoría de sus intervenciones en relación con las Autoridades Portuarias inciden sobre trámites de procedimientos administrativos que, como tales, también están sometidos al Derecho público⁸.

No se puede decir lo mismo de las Autoridades Portuarias, que diseñadas inicialmente por la LPEMM de 1992 como instrumentos al servicio de los principios de autonomía de gestión y autosuficiencia económico-financiera de los puertos de interés general, prosiguiendo su regulación con la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General (LREP), que apoya sin titubeos la liberalización de los servicios portuarios con el fin de potenciar la participación de la iniciativa privada en la actividad portuaria utilizando nuevamente como brazo ejecutor a las Autoridades Portuarias, hasta llegar a la Ley 33/2010, de 5 de agosto, la cual -según declara su preámbulo- pretende intensificar “la flexibilización del modelo tarifario para que cada Autoridad Portuaria pueda adaptarse a la realidad económica de cada momento”, todo ello corrobora la idea de que tales entes de derecho público tienen el principal cometido de actuar como auténticos operadores económicos en un mercado libre en el que los servicios portuarios están abiertos a la competencia.

Analizando este conjunto de normas surgen, a nuestro entender, dos temas de interés. De un lado, se observa que determinados ingresos de las Autoridades Portuarias no consolidaron el marco conceptual con el que fueron inicialmente creados por el legislador, lo que derivó en una acentuada controversia jurídica tanto en el plano de la legalidad ordinaria como desde el prisma de la legalidad constitucional. De otra parte, y éste es el núcleo central del trabajo que nos proponemos desarrollar, los puertos de interés general constituyen una peculiar realidad

5 Vid. art.39.1 del TR-LPEMM.

6 Vid. MORALEDA SACEDA (2011), págs. 470 y 472.

7 Vid. art.41 del TR-LPEMM y art.9.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TR-LIS).

8 Vid. EGUINO DE SAN ROMÁN (2012), pág.399.

jurídico-financiera en la que los principales incentivos a su actividad económica adoptan la forma de beneficios fiscales, los cuales se ven en la necesidad de sortear dos serios obstáculos en su objetivo de potenciar la actividad portuaria: la reserva de ley tributaria en el ámbito del Derecho interno y la normativa sobre ayudas de Estado existente en el Derecho de la Unión Europea. La pretensión del presente estudio es la de desentrañar las más importantes cuestiones dogmáticas que plantea el primero de los temas citados para luego centrarnos en los principales problemas que suscita el segundo.

2. El tortuoso camino conceptual seguido por algunas fuentes de financiación de las Autoridades Portuarias

De entre las distintas competencias y funciones que los arts.25 y 26 del TR-LPEMM atribuyen a las Autoridades Portuarias (en adelante APs) existen tres de ellas que, a nuestro juicio, condicionan poderosamente la naturaleza y el régimen jurídico de algunos de los recursos económicos con los que la citada ley pretende garantizar la proclamada autosuficiencia financiera de dichos entes: a) El fomento de las actividades industriales y comerciales relacionadas con el tráfico marítimo o portuario⁹. b) La libre aprobación de las tarifas por los servicios comerciales que presten¹⁰. c) La gestión de su política comercial internacional¹¹. Las tres funciones mencionadas poseen un denominador común: describen ámbitos de actuación de las APs sometidos al ordenamiento jurídico privado, por ser este sector del Derecho el más ágil u operativo a la hora de promover y potenciar los tráficos de mercancías y pasajeros en los puertos de interés general¹².

En este contexto, y sabiendo que las contraprestaciones percibidas por los servicios portuarios de abrigo, atraque, etc., podían constituir el elemento clave para fomentar la competitividad entre los puertos, no es de extrañar que la LPEMM de 1992 apostase por los “precios privados” como categorías susceptibles de instaurar un régimen de libertad tarifaria para cada puerto siempre con el objetivo último de conseguir su autofinanciación y evitar prácticas abusivas con el tráfico cautivo¹³. La potestad tarifaria que la LPEMM atribuía a las APs constituía una pieza, y de las más importantes, de un nuevo modelo de gestión portuaria que simpatizaba, en palabras de TRIAS PRATS (2010), con “los parámetros e instrumentos de acción propios del libre mercado y de la actividad empresarial privada”¹⁴. Pero, como de todos es conocido, esa apuesta del legislador por los precios privados fue declarada inconstitucional por las SSTC 102/2005, de 20 de abril; 121/2005, de 10 de mayo; y 122/2005, de 11 de mayo¹⁵.

9 Vid. art.25 f) del TR-LPEMM.

10 Vid. art.26.1 k) del TR-LPEMM.

11 Vid. art.26.1 o) del TR-LPEMM.

12 Vid. EGUINO DE SAN ROMÁN (2012), pág.398.

13 Vid. EGUINO DE SAN ROMÁN (2012), pág.401.

14 Vid. TRIAS PRATS (2010), pág.199.

15 Dichas Sentencias han sido analizadas, entre otros, por PALAO TABOADA (2005), págs.177 y sgts.; PALOMAR OLMEDA, (2005), págs.1-5; MORENO GONZÁLEZ (2006), págs.137 y sgts.; TRIAS PRATS (2010), págs.202-209; y FALCÓN Y TELLA (2011-II), págs.1-4. Sobre el ámbito de la reserva de ley y el campo de actuación de los reglamentos en materia tributaria, analizado ello a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre las tarifas portuarias y otras figuras similares, puede consultarse ANDRÉS AUCEJO (2013), págs.141-143 y 157-159.

El error jurídico cometido por la citada Ley fue el permitir que toda la estructura tarifaria relacionada con los servicios portuarios presididos por la nota de la coactividad quedara en manos de disposiciones de rango reglamentario, contraviniendo de este modo el art.31.3 CE

Se ha explicado con todo fundamento que tales pronunciamientos del Tribunal Constitucional, singularmente los dos primeros por ser los únicos que entraron en el fondo del asunto, no han acertado a ver con la precisión o el rigor necesarios si la categoría jurídico-financiera frente a la que debería someterse el precio privado al oportuno contraste de constitucionalidad era la del tributo, como así lo planteó y resolvió el Tribunal Constitucional, o si sería más oportuno ceñirse a enfocar en sus justos términos el análisis de las tarifas portuarias o precios privados -por los que

apostó la LPEMM- confrontándolas con las prestaciones patrimoniales de carácter público, en cuanto expresión esta última tipificada por el art.31.3 de la CE¹⁶. Si, en dichas Sentencias, el Tribunal Constitucional hubiese partido de la premisa de que precios privados y prestaciones patrimoniales de carácter público no son conceptos contrapuestos sino independientes o autónomos, probablemente hubiese llegado a la misma conclusión de que el art.70 de la LPEMM era inconstitucional, toda vez que su apartado 2 permitía que fuese el Ministro quien determinase los elementos esenciales de la contraprestación, y en particular su cuantía, por medio de unos tipos máximos y mínimos cuya fijación definitiva correspondía a las Autoridades Portuarias. Evidentemente esa estricta declaración de inconstitucionalidad, por vulneración clara del principio de reserva de ley, no tenía ante sí el reto de cuestionar o poner en duda la naturaleza de las tarifas portuarias como prestaciones patrimoniales de carácter público. Sin embargo, el Tribunal Constitucional fue más allá y no se limitó a postular la inconstitucionalidad del art.70.2 de la LPEMM por el motivo expuesto, sino que también hizo lo propio con el apartado 1 de dicho precepto “en la medida en que califica como “precios privados” a contraprestaciones por servicios portuarios que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público” (FF.JJ. 8 y 10 STC 102/2005). Este error de perspectiva del Tribunal Constitucional, al contraponer conceptos o categorías diferentes pero que en cambio no son antagónicos sino compatibles entre sí, le llevó a dar un paso más, a todas luces innecesario en su exclusiva función de mero contraste constitucional –que no legal-, consistente en declarar abiertamente que las tarifas portuarias “son tributos, con independencia de que los denominados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad portuaria de forma directa o indirecta, tal y como se desprende, en la actualidad, del párrafo segundo del art.2.2 a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria” (FJ 6 STC 102/2005)¹⁷. Es decir, para el Tribunal Constitucional las tarifas portuarias no sólo son prestaciones patrimoniales de carácter público sino que, además, implícitamente les reconoce que tienen la naturaleza tributaria de tasas, a la vista del concepto amplio de esta categoría financiera que ofreció la redacción originaria del art.2.2 a) de la LGT/2003, precepto éste –por cierto- también inoportunamente

16 Vid. PALAO TABOADA (2005), págs.187-188.

17 Esta interpretación del Tribunal Constitucional ha sido calificada por algunos como una “reconquista” para el Derecho Público de la acción administrativa, frente al intento del legislador de desvirtuar la verdadera naturaleza de las cosas por medio de artificios legislativos. [Vid. PALOMAR OLMEDA, (2005), pág.2]. No podemos estar de acuerdo con esta apreciación ya que, en nuestra opinión, las SSTC 102/2005 y 121/2005 parten de una falsa atribución que se otorga a sí mismo el Tribunal Constitucional: la de emitir juicios de legalidad que van más allá del estricto control de constitucionalidad. El rebasar esa línea roja supone sustraerle al legislador facultades de calificación jurídica, cuando lo cierto es que la misión de dicho Tribunal debe ceñirse estrictamente a valorar y enjuiciar si el *nomen iuris* o la calificación empleada por la Ley respeta o no el mandato del art.31.3 de la Carta Magna.

invocado por cuanto forma parte de una ley ordinaria cuya interpretación no debe ser utilizada por el TC para desentrañar el sentido y alcance de la expresión consagrada por el art.31.3 CE¹⁸.

Son al menos tres las reflexiones que depara esta forma de razonar del Tribunal Constitucional. La primera de ellas es que ignora que las “prestaciones patrimoniales de carácter público”, a las que el art.31.3 de la CE anuda la exigencia de la reserva de ley, no es una expresión cuyos contornos conceptuales sean de naturaleza jurídica sino que, por el contrario, su correcta delimitación es puramente fáctica. En efecto, de acuerdo con la interpretación formulada por el mismo Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre, el elemento esencial definitorio de dicha expresión es la coactividad, la cual sólo puede ser apreciada por la concurrencia de presupuestos fácticos: que el servicio sea imprescindible u “objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social”, o que el sector público lo preste desde una posición de monopolio de hecho o de derecho. Esta configuración conceptual de contenido estrictamente fáctico y no jurídico acarrea la lógica consecuencia de que resulte indiferente el régimen jurídico tanto del servicio o actividad del ente público prestador como de la obligación del particular o usuario de dicho servicio¹⁹. La segunda reflexión que suscita la apuntada tesis del Tribunal Constitucional es que al asociar la naturaleza de las tarifas portuarias a la definición legal de tasa tiende a expandir el concepto de tributo hasta equipararlo al de prestación patrimonial de carácter público y ello, evidentemente, conduce a diluir cuando no a confundir ambas categorías²⁰. Parece pues que el Tribunal Constitucional crea una innecesaria confusión entre dos conceptos en ocasiones emparentados entre sí pero de contornos perfectamente diferenciados: el constitucional de perfil fáctico (prestación patrimonial de carácter público) y el legal de perfil jurídico (tributo). Dicha confusión se origina porque el Tribunal Constitucional elude el deber de demostrar qué servicios portuarios actúan como verdaderos monopolios o son irrenunciables para los usuarios y cuáles no²¹, y en lugar de ello abraza el argumento simplista de considerar que en todos esos servicios está presente la nota de la coactividad y que por lo tanto debe predominar sin excepciones la tesis general de las prestaciones patrimoniales de carácter público reconducida a la figura de la tasa. La tercera reflexión que nos depara el sentir expresado por las SSTC 102/2005 y 121/2005 es su probada incoherencia con la doctrina vertida en otros pronunciamientos previos, particularmente en el FJ 15 de la Sentencia 182/1997, de 28 de octubre, donde el Tribunal Constitucional entendió que el subsidio por incapacidad laboral transitoria, cuya obligación de pago pesaba sobre el empresario desde el cuarto hasta el decimoquinto día de baja, es una “prestación patrimonial de carácter público” porque, “con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe”, es una prestación coactiva y presenta “una inequívoca finalidad de interés público” (por el ahorro que le supone a las arcas públicas). A su vez, como no podía ser de otra manera, el Tribunal Constitucional apostilla que al ser percibida dicha prestación pecuniaria por un trabajador y no por un ente público queda descartada su naturaleza tributaria. Tomando como punto de apoyo este planteamiento y este resultado, que nos parecen sumamente acertados, difícilmente se puede entender que la STC 102/2005 dé un giro tan radical en su forma de razonar hasta el extremo de defender que las tarifas portuarias percibidas por los operadores privados son verdaderos tributos²².

Así pues, a nuestro juicio, el principal y único contrasentido creado por la LPEMM de 1992 fue la de dotar a las APs de unos ingresos, los precios privados o tarifas portuarias, percibidos por unos servicios que, en determinadas

18 Vid. FALCÓN Y TELLA (2011-II), pág.2.

19 Vid. PALAO TABOADA (2005), págs.179-180 y 194.

20 Vid. PALAO TABOADA (2005), pág.194; y MORENO GONZÁLEZ (2006), pág.156.

21 Vid. PALAO TABOADA (2005), pág.200.

22 Vid. FALCÓN Y TELLA (2011-II), pág.2.

ocasiones, estaban sometidos a un monopolio público –por estar reservados en exclusiva a la Administración– a pesar de lo cual dichos entes de Derecho público fijaban su importe dentro de unos límites máximos y mínimos predeterminados por el Ministerio. Por consiguiente, el error jurídico cometido por la citada Ley fue el permitir que toda la estructura tarifaria relacionada con los servicios portuarios presididos por la nota de la coactividad quedara en manos de disposiciones de rango reglamentario, contraviniendo de este modo el art.31.3 CE. Tres años más tarde, la STC 185/1995, de 14 de diciembre, ya lanzó un seria advertencia al considerar que el concreto *nomen iuris* que el legislador le otorgase a las prestaciones patrimoniales públicas resultaba irrelevante cuando lo que en realidad condicionaba el régimen jurídico era su carácter coactivo, por lo que si se extrapolaba esa idea al caso de las tarifas portuarias era intrascendente que la LPEMM las calificase como precios privados cuando lo verdaderamente importante era que su naturaleza encajaba de lleno en la exigencia de reserva legal prevista en el art.31.3 de la Carta Magna. Todo ello desencadenó un rosario de resoluciones judiciales que, ora reconociendo que las tarifas portuarias remuneraban servicios obligatorios ora considerando que las APs exigían dichas prestaciones desde una posición de monopolio, concluyeron que las distintas Órdenes Ministeriales que las sustentaban eran inválidas al contravenir el mandato del mencionado precepto constitucional, a partir de lo cual también devenían ineficaces las liquidaciones practicadas bajo su amparo. Es decir, no fue preciso esperar a las SSTC 102/2005 y 121/2005 para que los Tribunales de Justicia, con base en razones estrictamente formales de legalidad ordinaria y de legalidad constitucional, iniciasen una paulatina expulsión del ordenamiento de aquellas Órdenes Ministeriales que, apartándose incluso de las competencias que la LPEMM reservaba al Consejo de Ministros, llegaban al extremo de definir la estructura y elementos esenciales de las tarifas portuarias²³. De nada sirvió la fallida reforma introducida en la LPEMM por la Ley 62/1997 que, en aras de corregir la advertida invasión de competencias (*ultra vires*) del Consejo de Ministros, pretendió residenciar en el Ministerio de Fomento la regulación completa de las tarifas por servicios portuarios, pues el problema de fondo seguía siendo de inadecuación constitucional. La torpe reacción del legislador no se quedó ahí pues, dos años más tarde, la disposición adicional 34ª de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, intentó poner coto al grave perjuicio económico que le estaban ocasionando las continuas resoluciones judiciales a las frustradas expectativas financieras de las APs y lo hizo infringiéndole al poder legislativo un descrédito técnico todavía mayor que el generado por las normas legales precedentes: autorizó a las APs a dictar nuevas liquidaciones de tarifas por servicios portuarios que sustituyeran a las que habían sido declaradas nulas por los Tribunales de Justicia, y ello con el propósito de que los usuarios terminasen soportando el coste de un servicio que efectivamente les había sido prestado por la Administración portuaria. Como señaló GARCÍA MORENO (2009) al explicar el desnortado camino emprendido por el legislador, “si el problema es que la cuantía de dichas tarifas estaba regulada en un reglamento y ello es contrario al principio de reserva de Ley, se eleva el rango de la norma y se exigen las mismas liquidaciones”²⁴. Esta desafortunada forma de actuar del legislador de 1999 mereció el máximo reproche por parte de las SSTC 116/2009, de 18 de mayo, 161/2009, de 29 de junio, y 74/2010, de 18 de octubre, las cuales declararon que la regulación de la disposición adicional 34ª de la Ley 55/1999, en todas sus redacciones, era contraria a las más elementales exigencias constitucionales de irretroactividad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art.9.3 CE).

En concreto, de los Fundamentos Jurídicos 3 y 4 de la STC 116/2009 cabe extraer dos importantes consideraciones:

- 1ª) La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, a su vez reformada por la Ley 14/2000, incurre en un supuesto de retroactividad auténtica, única y excepcionalmente permitida si concurriesen exigencias calificadas de

23 Vid. TRIAS PRATS (2010), págs.204-205.

24 Vid. GARCÍA MORENO (2009), pág.32.

interés común, que no es el caso. Lejos de ello, a juicio del Tribunal Constitucional, la nueva regulación introducida por dichas leyes no era razonablemente previsible para los destinatarios de las mismas (los usuarios de los servicios portuarios que habían visto anuladas las liquidaciones derivadas de las tarifas), por lo que aquélla dañó su confianza legítima tras la situación creada por las resoluciones judiciales que les habían sido favorables.

- 2ª) Tampoco se puede apreciar enriquecimiento injusto en los usuarios al no haber pagado por unos servicios portuarios que efectivamente se les habían prestado, ya que “sólo cabría hablar propiamente de una obligación de pago y, por tanto, de la existencia de un eventual enriquecimiento injusto que quepa remediar, en el caso de que hubiera existido una regulación normativa en el momento de verificarse el servicio que así lo dispusiera, lo que no sucede en ese caso, en que la declaración de nulidad radical de esta normativa, por contravenir el principio de reserva de Ley del artículo 31.3 CE, era la que había propiciado la nulidad de las diversas liquidaciones practicadas a su amparo” (FJ 4).

Esta segunda conclusión, con el efecto añadido de que las APs se vieran obligadas a devolver el importe de las liquidaciones anuladas, desencadenó un evidente riesgo de quebranto económico para aquéllas, lo que a su vez derivó en que el Ministerio de Fomento se viese en la necesidad de arbitrar un fondo de contingencia destinado a reembolsar a las APs que así lo acreditasen la cuantía de las tarifas anuladas y devueltas a los usuarios de los servicios portuarios²⁵. Es decir, a nuestro juicio, la consecuencia más reprochable en términos de justicia financiera del denominado “conflicto tarifario” ha sido que los presupuestos generales del Estado, en una situación de aguda crisis económica como la vivida por España desde 2008, terminasen soportando los costes de los servicios portuarios prestados por las APs a los operadores privados, cuando lo cierto es que la voluntad del legislador de 1992 había sido otra muy distinta: que, respondiendo al principio del beneficio recibido, fuesen los usuarios de dichos servicios los que contribuyesen exclusivamente a su financiación.

En cualquier caso, en este prolongado y tortuoso camino seguido por el legislador español²⁶, la LREP de 2003 reconduce numerosas tarifas percibidas por las APs a la categoría de tasas²⁷, con la consecuencia de que la regulación de todos sus elementos esenciales adquiere rango legal²⁸, amén de que su modelo de gestión

25 Vid. MORALEDA SACEDA (2011), pág.463; y EGUINO DE SAN ROMÁN (2012), pág.87.

26 El último intento del legislador por resolver la situación de conflicto tarifario creado por la LPEMM de 1992 ha sido la Ley 25/2006, de 17 de julio, y lo hizo de forma cuasi idéntica a la Ley 55/1999, es decir, apostando de nuevo por el mecanismo de la refacturación de las tarifas portuarias liquidadas entre 1992 y 2003 del siguiente modo: 1º) Autorizando la práctica de nuevas liquidaciones en sustitución de las judicialmente anuladas como consecuencia de su improcedente regulación en normas de rango infralegal. 2º) Permitiendo la compensación entre las cantidades derivadas de las nuevas liquidaciones y las adeudadas a resultas del necesario reembolso de las anuladas. 3º) Prohibiendo en todo caso la práctica de nuevas liquidaciones en los casos de prescripción de los derechos de crédito de las APs. 4º) Impidiendo, en aras del principio de seguridad jurídica, que el importe de las nuevas tarifas refacturadas pudiera ser superior al de las anuladas. Como puede observarse, el efecto jurídico buscado por la Ley 25/2006 es muy similar al pretendido previamente por la Ley 55/1999, a saber, evitar un importante revés financiero para las APs como consecuencia de la masiva anulación de tarifas declaradas ilegales por los Tribunales de Justicia. Sin embargo, como expone TRIAS PRATS (2010: págs.219-220), todo apunta a que la Ley 25/2006 no va a ser el punto y final al problema del conflicto tarifario nacido en 1992 ya que, con independencia de que a juicio de algunos tribunales no sería posible refacturar nuevamente las liquidaciones anuladas por sentencia firme en el periodo temporal que media entre la vigencia de la Ley 14/2000 y la entrada en vigor de la Ley 25/2006, la doctrina sentada por las citadas SSTC 116/2009 y 161/2009 en materia de irretroactividad aplicable a la Ley 55/1999 y a la Ley 14/2000 es perfectamente extrapolable a la Ley 25/2006, por lo que sólo cabe esperar que esta última corra la misma suerte que sus predecesoras.

27 Vid. ARIÑO ORTIZ y otros (2004), págs.111-115.

28 Vid. TRIAS PRATS (2010), pág.217.

La LREP establece una clara diferenciación entre dos categorías de recursos económicos de las APs: las tasas como ingresos de derecho público y las tarifas como ingresos de derecho privado. En esta línea, el primer cambio importante operado por el Capítulo IV del Título I de dicha Ley consiste en ofrecer una clasificación bipartita de las tasas portuarias

pase a estar informado por normas de Derecho público (recaudación, revisión de actos en vía administrativa y económico-administrativa, etc.). Esta circunstancia coyuntural de política legislativa también es aprovechada por la STC 102/2005 como argumento en apoyo de su tesis favorable a la naturaleza tributaria de las tarifas portuarias, lo cual es de todo punto criticable ya que invoca el texto de una norma legal, no aplicable *ratione tempore* al caso enjuiciado, como parte de su razonamiento para atribuirles naturaleza de tasas a lo que el legislador de 1992 había calificado de precios privados²⁹. No menor incredulidad causa que la LREP de 2003, conocida la calificación otorgada por

la Sentencia 182/1997 al subsidio por incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario, optase por renunciar a la figura de los precios privados y acogiese la tesis de considerar como tasas a las tarifas portuarias. Es posible que esa tendencia por la que se decanta la LREP estuviese influenciada en cierta medida por el concepto amplio de tasa reflejado en su coetánea LGT/2003, para cuyo art.2.2 a) dicha categoría tributaria está presente con independencia de las distintas formas previstas en la legislación administrativa para la prestación del servicio o la realización de la actividad cuya titularidad corresponda al ente público. Con ello, en palabras de MARTÍN FERNÁNDEZ (2006), "la Ley General Tributaria genera una vis atractiva a favor de la tasa para reconducir a esta categoría tributaria prestaciones exigidas a los particulares que no presentan esta consideración, al satisfacerse a una empresa y no al Ente público titular del servicio"³⁰. De este modo, la LGT/2003 al focalizar su atención en la titularidad pública del servicio, y no en la forma de gestión directa o indirecta en que éste sea ofertado, concentra las vías de financiación en la prestación de aquél en torno a la figura de la tasa la cual, al estar informada por el principio de equivalencia a su vez proyectado sobre una cuantía máxima vinculada al coste del servicio o actividad administrativa, choca de plano con la realidad de aquellos sectores económicos en los que la Administración pública compite libre y abiertamente en el mercado nacional e internacional con otros operadores privados, como así sucedía y sucede en los puertos de interés general. Sin embargo, a pesar de esa nueva y amplia categorización financiera de los servicios públicos secundada por LGT/2003, nada ocurriría si la LREP continuase el camino emprendido por su antecesora, la LPEMM de 1992, consistente en seguir tipificando como precios privados y no como tasas las contraprestaciones percibidas cuando los servicios portuarios fuesen objeto de gestión indirecta por medio de licenciatarios o empresas autorizadas por las APs, dejando a salvo eso sí la palmaria desconexión o incoherencia que se observaría entre dos normas coetáneas con el mismo rango de ley ordinaria. Se trataría en todo caso de una decisión de política legislativa respetuosa con el art.31.3 de la Carta Magna siempre que los elementos esenciales de los precios privados, cuando éstos encajasen en la categoría constitucional de las prestaciones patrimoniales públicas, estuviesen suficientemente perfilados por la LREP, algo a lo que en cambio esta última renunció sin demasiado fundamento³¹.

29 Vid. PALAO TABOADA (2005), pág.196.

30 Vid. MARTÍN FERNÁNDEZ (2006), pág.1.

31 Vid. PALAO TABOADA (2005), pág.199.

Sea como fuere, la LREP establece una clara diferenciación entre dos categorías de recursos económicos de las APs: las tasas como ingresos de derecho público y las tarifas como ingresos de derecho privado³². En esta línea, el primer cambio importante operado por el Capítulo IV del Título I de dicha Ley consiste en ofrecer una clasificación bipartita de las tasas portuarias. De un lado, se crean las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público portuario (tasas por ocupación privativa del dominio público portuario, por utilización especial de las instalaciones portuarias y por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios)³³, y de otro las tasas por la prestación de servicios no comerciales por las APs (tasa por servicios generales y tasa por el servicio de señalización marítima).

Por su parte, el segundo grupo de ingresos de la APs que reclasifica la LREP está constituido por las tarifas o precios privados. En concreto, el Capítulo V de su Título I se dedica a la regulación de los precios privados por servicios prestados por las Autoridades Portuarias, cuyo ámbito se extiende a aquellos servicios que, no siendo obligatorios sino puramente comerciales, se prestan en régimen de concurrencia con el sector privado y, por esta razón, la LREP entiende que en lo sucesivo estarán sometidos a derecho privado. De ellos nos ocuparemos en el último apartado de este trabajo.

Este modelo dual a disposición de las APs, tasas *versus* tarifas, implantado por la LREP tuvo continuidad años más tarde en la Ley 33/2010, de 5 de agosto³⁴, hasta culminar con ligeras variaciones en el vigente TR-LPEMM de 2011. Como vamos a ver seguidamente, el encaje jurídico de los elementos cuantitativos de algunas de estas figuras – singularmente las bonificaciones aplicables a determinadas tasas portuarias –, plantea numerosos interrogantes a la luz de la reserva de ley tributaria y de la compatibilidad con la normativa de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado. Además, la regulación de las tarifas portuarias por el TR-LPEMM también suscita algunos problemas de legalidad cuando la configuración jurídica de tales ingresos se confronta con el concepto constitucional de las prestaciones patrimoniales de carácter público.

32 A este respecto, sirva a modo de ilustración el reconocimiento aportado por la STS de 24 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1643) del nuevo panorama legal. Dicha Sentencia, reproduciendo parcialmente la STS de 26 de junio de 2007 (RJ 2007, 3922), declara -como ya habían hecho con anterioridad numerosos pronunciamientos de otros tribunales- la nulidad de las liquidaciones de la tarifa portuaria T-3 (mercancía), con la consecuente devolución de su importe a la parte recurrente, por considerar que la exigencia de dicha tarifa no había respetado el principio de reserva de ley consagrado en el art.31.3 CE. En su FJ 4º describe la situación creada por la LREP como sigue:

"Es decir, como indica la Exposición de Motivos de la citada Ley 48/2003, las antiguas tarifas de servicios (como la T-3) que implicaban la utilización de dominio público se convierten, previa redefinición de sus hechos imposables, en verdaderas tasas por utilización especial de las instalaciones portuarias, desapareciendo en ellas la actividad prestacional; de otro lado, también alcanzan dicha calificación las prestaciones exigibles por aquellos servicios, escasos actualmente, que deben calificarse, normalmente por estar ligados al ejercicio de funciones públicas, como obligatorios, en la medida en que no se prestan en concurrencia con el sector privado. (Este grupo de prestaciones, como no podía ser de otra manera, encuentra en la Ley la determinación de sus elementos esenciales -así, en los artículos 14 a 30, con especial consideración del artículo 24, relativo a la tasa de la mercancía, donde se prevén todos los elementos esenciales del tributo-). El resto de los servicios que se prestan en los puertos de titularidad estatal por las Autoridades Portuarias no se benefician de una situación de monopolio de hecho ni de derecho, sino que, al contrario, coexisten con la iniciativa privada; por ello, y en la medida en que tampoco se trata de servicios que vengan exigidos por ninguna normativa, no pueden calificarse como prestaciones patrimoniales impuestas de carácter público, y, en consecuencia, siguen manteniendo en la nueva Ley, excepcionalmente, el carácter de precios privados, derivados de servicios prestados en régimen de derecho privado y no sometidos a la reserva de Ley".

33 Así, de acuerdo con el art.20 de la LREP, la utilización de las instalaciones portuarias por los buques, el pasaje y las mercancías da lugar a la exigencia de las siguientes tasas: a) Por los buques y embarcaciones, tasa del buque y tasa de las embarcaciones deportivas y de recreo. b) Por los pasajeros y vehículos en régimen de pasaje, tasa del pasaje. c) Por la mercancía, tasa de la mercancía. d) Por el buque de pesca y la pesca fresca, tasa de la pesca fresca.

34 Vid. RUIZ HIDALGO (2012), págs.113 y sgts.

3. Los mecanismos tributarios al servicio de la competitividad de los puertos estatales: las bonificaciones y los coeficientes correctores en materia de tasas

3.1. La problemática específica de las bonificaciones aplicables a determinadas tasas portuarias a la luz de la reserva de ley tributaria

Desde que la LPEMM de 1992 expresó su voluntad de aplicar a los puertos de interés general -en aras de fomentar la competencia entre ellos- los principios de eficiencia, agilidad y flexibilidad propios de la gestión empresarial, hasta el vigente TR-LPEMM de 2011, el legislador español ha intentado con mejor o peor fortuna alcanzar ese objetivo, primero apoyándose en la figura de las tarifas como precios privados -con los consabidos resultados a raíz de las SSTC 102/2005 y 121/2005- y, desde la LREP de 2003, utilizando los coeficientes correctores y las bonificaciones en las tasas³⁵ para “potenciar la competitividad de los puertos” y “adecuar los puertos españoles a las condiciones de competencia internacional de los tráficos marítimos en cada momento”³⁶. En suma, bajo la premisa de que cada puerto actúa como una empresa independiente en un mercado global de abierta competencia entre operadores de servicios portuarios³⁷, la Ley se ve en la necesidad de estimular al máximo su actividad económica sin perder de vista su consideración de bienes de dominio público³⁸.

Así, de conformidad con el art.165 del TR-LPEMM, “se admite la posibilidad de bonificaciones en las tasas portuarias en los supuestos y con los límites establecidos en esta ley, con el objeto de promover la competitividad y sostenibilidad económica y ambiental de la actividad portuaria y del sistema de transporte”. Esta pretensión del legislador choca con la declaración contenida en el art.18 de la LTPP, a cuyo tenor, “sin perjuicio de lo previsto en el artículo 8, no se admitirá, en materia de tasas, beneficio tributario alguno, salvo a favor del Estado y los demás entes públicos territoriales o institucionales o como consecuencia de lo establecido en los tratados o acuerdos internacionales”. Por lo tanto, este precepto es taxativo al permitir sólo tres posibles excepciones a su genérica

35 Vid. RUIZ HIDALGO (2012), pág.121.

36 Vid. arts.26 y 27 de la LREP.

37 Vid. FERREIRO LAPATZA (2000-2), pág.48.

38 En cierta medida, también participa de esta misma idea la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2013, por el que se crea un marco sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios y la transparencia financiera de los puertos* [COM (2013) 296 final]. Dicha Propuesta de Reglamento tendría como ámbito exclusivo de aplicación todos los puertos marítimos de la denominada Red Transeuropea de Transporte (RTE-T). Lo que interesa destacar es que ese proyecto normativo de la UE reconoce explícitamente en su art.14.3 que, a fin de contribuir a un sistema de eficiente tarificación de los cánones de infraestructura portuaria (tasa por utilización de las instalaciones portuarias y de los servicios que permiten el acceso y la salida de los buques del puerto), “el organismo gestor del puerto definirá de forma autónoma la estructura y el nivel de los cánones de la infraestructura portuaria con arreglo a su propia estrategia comercial y plan de inversión que reflejen las condiciones competitivas del mercado pertinente y de conformidad con las normas sobre ayudas estatales”. En la práctica, ello equivale a otorgarle pleno poder tributario a las APs a la hora de aprobar y aplicar las referidas tasas, lo que en el caso concreto del Derecho español supondría una flagrante violación del art.31.3 de la Constitución.

A mayores, el art.14.4 de la citada Propuesta de Reglamento también permite que, “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, los cánones de infraestructura portuaria podrán variar en función de las prácticas comerciales asociadas a los usuarios frecuentes o para fomentar un uso más eficiente de la infraestructura portuaria, el transporte marítimo de corta distancia o un comportamiento ambiental y una eficiencia energética o de emisión de carbono de las operaciones de transporte altamente satisfactorios”. Las únicas exigencias a cumplir en tal sentido es que “los criterios utilizados para establecer dicha variación deberán ser pertinentes, objetivos, transparentes y no discriminatorios y deberán respetar las normas de competencia”. Pues bien, si esa variación o flexibilidad en el importe de las tasas o cánones se instrumenta a través de bonificaciones fiscales creadas ad hoc (por razones comerciales, ambientales o energéticas) por los organismos gestores de los puertos, de nuevo dicha previsión chocaría de plano en el Derecho español con el art.133.3 de la Carta Magna.

prohibición de introducir beneficios fiscales en la configuración de las tasas: a) Que los beneficiarios sean Administraciones públicas territoriales o institucionales. b) Que las exenciones o bonificaciones estén previstas en tratados o acuerdos internacionales. c) Que, conforme al art.8 de la LTPP, el beneficio fiscal esté amparado en el principio de capacidad económica.

Ninguna de las tres mencionadas excepciones está presente como causa justificativa de la existencia de bonificaciones fiscales en las tasas portuarias. Es verdad que, al ser el TR-LPEMM y la LTPP dos normas de igual rango, ese desencuentro entre ambas apenas tiene mayores consecuencias jurídicas³⁹, pero no es menos cierto que en la dicción del citado art.18 ha pesado el carácter retributivo de las tasas, tributos cuya razón de ser se apoya -en último término- en la idea de que la Administración debe tender a recuperar el coste del servicio prestado al tercero⁴⁰. Así las cosas, parece evidente que, desde la promulgación de la LREP, el ordenamiento español ha introducido un elemento distorsionador al principio de equivalencia o de beneficio autoproclamado por el TR-LPEMM como criterio informante de las tasas portuarias⁴¹, lo que rompe la necesaria correlación que debe existir entre tributación y utilidad derivada del gasto público⁴².

En suma, bajo la premisa de que cada puerto actúa como una empresa independiente en un mercado global de abierta competencia entre operadores de servicios portuarios, la Ley se ve en la necesidad de estimular al máximo su actividad económica sin perder de vista su consideración de bienes de dominio público

A nuestro juicio, sería ésta la primera observación crítica que cabe formular a la introducción de bonificaciones fiscales en las tasas portuarias: sólo estarían justificadas cuando razones sólidas de interés público amparasen una ruptura del principio de equivalencia que las informa. Llegados a este punto cabe plantearse si la competitividad y sostenibilidad económica y ambiental de la actividad portuaria, en cuanto fines extrafiscales invocados por el art.165 del TR-LPEMM, pueden erigirse en razones suficientes que apoyen la quiebra de tal principio.

Si, como suele ser habitual, acudimos a los principios rectores de la política social y económica consagrados en la Constitución como criterios informantes de la incorporación de fines extrafiscales a los tributos, es fácil inferir que la protección del medio ambiente sí es un mandato claro dirigido por el art.45.2 a los poderes públicos, pero no podemos decir lo mismo de la competitividad económica más allá de que el art.38 de la Carta Magna proclame que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y que “los poderes públicos

39 De hecho, el art.162 del TR-LPEMM declara el carácter supletorio de la LTPP al disponer que “las tasas portuarias se regirán por lo dispuesto en esta ley y, en lo no previsto en la misma, por la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas”.

40 Vid. MARTÍN FERNÁNDEZ y ANEIROS PEREIRA (2004), págs.180-182.

41 En efecto, de conformidad con el art.163 del TR-LPEMM, “los ingresos por las tasas portuarias de cada Autoridad Portuaria, junto con los demás recursos económicos, responderán al principio de equivalencia con los costes de puesta a disposición de suelo e infraestructuras y con los costes de los servicios prestados directamente por la Autoridad Portuaria, los cuales deberán cubrir los gastos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, las cargas fiscales, la depreciación de sus bienes e instalaciones, sus obligaciones financieras y un rendimiento razonable sobre el activo no corriente neto medio del ejercicio, excluyendo el inmovilizado en curso, los activos por impuestos diferidos y los deudores comerciales no corrientes, que permita hacer frente a la financiación de las nuevas inversiones”.

42 Vid. MARTÍN FERNÁNDEZ y ANEIROS PEREIRA (2004), págs.78 y sgts.

De modo que la reducción de la carga tributaria por medio de bonificaciones fiscales para los usuarios de determinados servicios portuarios, en aras de potenciar la competitividad de los puertos, es algo que difícilmente encuentra explícito sostén en la Carta

Magna

garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". De modo que la reducción de la carga tributaria por medio de bonificaciones fiscales para los usuarios de determinados servicios portuarios, en aras de potenciar la competitividad de los puertos, es algo que difícilmente encuentra explícito sostén en la Carta Magna, amén de que esta medida puede tener una incidencia regresiva en el gravamen de la capacidad contributiva real demostrada por aquellos operadores privados que, en el ánimo

legítimo de obtener un beneficio económico, actúan en el mercado como concesionarios o licenciatarios de una ocupación privativa o de una utilización especial del dominio público portuario. No olvidemos que, aunque más diluido que en el caso de los impuestos, la capacidad económica es un principio de justicia tributaria también presente en la configuración sustantiva de las tasas, por lo que, si la introducción de beneficios fiscales en estas últimas lejos de fortalecer aquel principio lo atenúa, el importe que se deje de recaudar en concepto de tasas o bien se satisface con cargo a impuestos o bien deben hacerlo efectivo los demás usuarios⁴³. Ambas soluciones restan equidad al modelo retributivo de servicios públicos en que se apoyan las tasas portuarias y se compadecen mal con los criterios acogidos por la Exposición de Motivos del TR-LPEMM, cuando apela al "desarrollo de la competencia interportuaria, potenciando la autonomía de gestión económico-financiera sobre la base de los principios de autosuficiencia económica y cobertura de costes por transferencia de los mismos a los usuarios bajo principios homogéneos y no discriminatorios". En realidad, los servicios públicos portuarios sólo pueden satisfacer dos órdenes de intereses: uno directo y divisible para sus respectivos usuarios, y otro general e indivisible para el conjunto de la sociedad. Si el modelo español apunta hacia el primero como centro de atención para incentivar la actividad económica portuaria, apostando como lógico correlato por la figura de la tasa como carga económica a soportar por el usuario del servicio (régimen de financiación monista o de autofinanciación)⁴⁴, no tiene demasiado sentido que luego permita exonerar parcialmente a ese usuario de la carga exigible para costear el servicio prestado porque ello supone una clara ruptura con dicho sistema monista de autofinanciación. Ello constata hasta qué punto dicha Ley intenta sustentar el actual modelo portuario estatal sobre la base de un difícil equilibrio entre gestión financiera pública y fomento de la actividad comercial de los puertos de interés general.

Al margen de los problemas reseñados, creemos que uno de los mayores reproches jurídicos que cabe formular al sistema de bonificaciones previsto en el TR-LPEMM deriva de su posible colisión con el principio de reserva de ley consagrado en el art.133.3 de la Constitución, y no menos dudoso es su ajuste al Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado. Sin embargo, dicho planteamiento no puede ser entendido como una consideración de alcance general para el conjunto de las bonificaciones previstas por el TR-LPEMM sino que, a nuestro juicio, sólo tiene proyección sobre aquellas de las que vamos a ocuparnos seguidamente.

Centrándonos ahora en la problemática específica de la reserva de ley tributaria, recordemos que el art.161 del TR-LPEMM enumera cuatro tipos de tasas portuarias: a) Tasa de ocupación, por la ocupación privativa del dominio

43 Vid. MARTÍN FERNÁNDEZ y ANEIRO PEREIRA (2004), pág.90.

44 Vid. ARIÑO ORTIZ y otros (2004), págs.176-177.

público portuario. b) Tasa de actividad, por el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario. c) Tasas de utilización, por la utilización especial de las instalaciones portuarias⁴⁵. d) Tasa de ayudas a la navegación, por el servicio de señalización marítima.

Pues bien, en relación con la primera de las tasas citadas, el art.182 del TR-LPEMM dispone que, “con el objeto de impulsar la competitividad de los puertos españoles y su adaptación a las condiciones existentes en cada momento en los mercados internacionales, cuando el objeto concesional sea una terminal marítima de mercancías podrán aplicarse bonificaciones singulares con carácter anual de hasta el 30 por ciento de la cuota correspondiente a la tasa de ocupación”. A continuación, la misma norma prevé que será cada Autoridad Portuaria la que, en el correspondiente Plan de Empresa, fijará de forma motivada las bonificaciones aplicables a cada uno de los tipos de terminales de mercancías, de acuerdo con la situación coyuntural en que se encuentra el puerto en relación con las condiciones existentes de competencia internacional y de los mercados asociados con la mercancía que se manipula en la misma.

Dos inconvenientes suscita, a nuestro entender, esta regulación. El primero de ellos, como avanzamos, es su difícil encaje en el art.133.3 de la Constitución, ya que se deja en manos de cada Autoridad Portuaria el establecimiento del porcentaje de la bonificación. Bien es verdad que la Ley intenta salvar este importante escollo de dos maneras: 1ª) Estableciéndose por la norma legal un límite máximo aplicable -30%- a la cuantía de la bonificación. 2ª) Previendo que, si bien es el organismo público portuario el que fija o acuerda el beneficio fiscal, posteriormente será en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, o en la que en su caso se apruebe, donde “se incluirán” las bonificaciones asignadas a cada tipo de terminales portuarias. Sin embargo, y aún siendo conscientes de la flexibilidad con la que el TC español entiende la reserva de ley en materia de tasas -y dentro de éstas con mayor énfasis si cabe en sus elementos de cuantificación-⁴⁶, ello nos lleva a plantear tres objeciones adicionales. En primer lugar, el TR-LPEMM reconoce que la función del legislador (Ley de Presupuestos u otra) se limita a actuar de mero contenedor de la medida adoptada previamente por la respectiva Autoridad Portuaria, con lo que se está cercenando la esencial misión del Parlamento consistente en estudiar, debatir y enmendar el proyecto normativo que se somete a su examen y aprobación, y ello constituye una artera maniobra legal para burlar el mandato del art.133.3 CE. En otras palabras, siendo el fundamento último de la reserva de ley la regulación de una serie de materias a través de un procedimiento legislativo especialmente garantista, contradictorio, público y transparente⁴⁷, se soslaya claramente la esencia misma de la reserva cuando el procedimiento empleado carece de tales atributos. En segundo lugar, cabe subrayar la palmaria ambigüedad en que incurre el citado art.182 del TR-LPEMM ya que otorga un amplio

45 Las tasas de utilización están a su vez conformadas por las siguientes:

- a) Tasa del buque (T-1), regulada en los arts.194 a 204 del TR-LPEMM.
- b) Tasa del pasaje (T-2), regulada en los arts.205 a 210 del TR-LPEMM.
- c) Tasa de la mercancía (T-3), regulada en los arts.211 a 217 del TR-LPEMM.
- d) Tasa de la pesca fresca (T-4), regulada en los arts.218 a 222 del TR-LPEMM.
- e) Tasa de las embarcaciones deportivas y de recreo (T-5), regulada en los arts.223 a 230 del TR-LPEMM.
- f) Tasa por utilización especial de la zona de tránsito (T-6), regulada en los arts.231 a 236 del TR-LPEMM.

46 Vid. BÁEZ MORENO (2009), pág.67; y ANDRÉS AUCEJO (2013), págs.141 y 148.

47 Vid. BÁEZ MORENO (2009), pág.63; y CHECA GONZÁLEZ (2010), pág.14. Cada vez resulta menos defendible que el fundamento último de la reserva de ley se encuentre hoy día en el clásico principio de autoimposición, por la sencilla razón de que la separación entre los poderes legislativo y ejecutivo es más formal que real, especialmente en etapas parlamentarias de mayorías absolutas. Todo lo contrario, más bien se aprecia que el poder legislativo es un mero instrumento al servicio de las políticas diseñadas y planificadas por el Gobierno, por lo que la actuación de los representantes de los ciudadanos no se dirige tanto a servir de portavoz de los intereses del pueblo que los eligió cuanto de dar forma a la voluntad de sus gobernantes. [Vid. CHECA GONZÁLEZ (2010), págs.12-13].

margen de discrecionalidad a la Autoridad Portuaria para determinar, aunque sea de forma motivada, cuál es la situación coyuntural de su respectivo puerto para hacer frente a la competencia internacional en relación con las mercancías que se manipulan en el mismo. Pues bien, es pacífica la opinión doctrinal que apela, como único instrumento válido para preservar la letra y el espíritu del art.133.3 CE, a una ley lo suficientemente clara y precisa que regule la exención o bonificación, con el fin de evitar que su inconcreción o su indeterminación pueda ser utilizada por la Administración para, con base en una absoluta discrecionalidad, jugar a su antojo, y en función de sus propios criterios, con las disposiciones legales⁴⁸. A nuestro juicio, el mencionado art.182 no hace gala de un nivel suficiente de concreción a la hora de precisar los casos y condiciones en que procede otorgarles beneficios fiscales a los concesionarios de las terminales marítimas de mercancías. En tercer lugar, la aplicación de una exención total o parcial en la cuantía de las tasas supone una quiebra o desnaturalización del carácter retributivo de dichos tributos, en el sentido de que el coste del servicio que dejan de sufragar los sujetos pasivos exentos o bonificados debe ser satisfecho por los restantes contribuyentes, quienes soportarán así una carga tributaria que excede en su caso del coste del servicio recibido. En tal escenario, y descartada la posibilidad de que lo no abonado por los contribuyentes exentos se costee a través de impuestos, cabría considerar como salida factible que la Memoria económico-financiera de las tasas contemplase una previsión específica en concepto de exenciones o bonificaciones, solución que para algunos autores no vulneraría el criterio rector de que la tasa no puede superar, en su conjunto, el coste del servicio o de la actividad prestada⁴⁹.

El segundo gran problema que origina el art.182 del TR-LPEMM atañe a su dudosa compatibilidad con la normativa comunitaria en materia de ayudas de Estado, ya que utiliza la herramienta de los beneficios fiscales para potenciar la competitividad de los puertos estatales españoles frente a cualesquiera otros extranjeros, incluyendo también por supuesto a los de los restantes Estados miembros de la Unión Europea. A este particular dedicaremos especial atención en el siguiente apartado de este trabajo.

Continuando con el análisis de los casos problemáticos que plantea la normativa vigente, el art.245 del TR-LPEMM contempla distintas bonificaciones aplicables a la tasa de actividad y a las tasas de utilización. Recordemos que el hecho imponible de la primera está constituido por el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario, sujetas a autorización por parte de la Autoridad Portuaria. Por su parte, las segundas gravan la utilización especial de las instalaciones portuarias en sus distintas modalidades (buque, pasaje, mercancía, pesca fresca, etc.). Pues bien, el citado precepto establece una serie de bonificaciones, que obedecen a distintos objetivos o fines extrafiscales, respecto a las cuales vamos a centrarnos exclusivamente en aquellas cuya configuración jurídica merece, a nuestro entender, algunas reflexiones de interés desde la perspectiva de la legalidad tributaria.

a) Bonificaciones para incentivar mejores prácticas medioambientales (art.245.1)

En el caso de la tasa de actividad los beneficiarios de tales bonificaciones son los titulares de autorizaciones o concesiones demaniales destinadas bien a prestar servicios de manipulación de mercancías o bien a desarrollar actividades pesqueras, náutico-deportivas o de construcción, transformación o desguace de buques. En el caso

48 Vid. SIMÓN ACOSTA, CHECA GONZÁLEZ, GONZÁLEZ GARCÍA, y LOZANO SERRANO (1993), págs.1-2; SIMÓN ACOSTA, CHECA GONZÁLEZ, GONZÁLEZ GARCÍA, y LOZANO SERRANO (1995-I), pág.2; y SIMÓN ACOSTA, CHECA GONZÁLEZ, GONZÁLEZ GARCÍA, y LOZANO SERRANO (1995-II), pág.2.

49 Vid. MARTÍN FERNÁNDEZ (2010), pág.12.

de la tasa del buque (tasa de utilización T-1) los sujetos pasivos a quienes aprovechará la bonificación serán los armadores.

En ambos supuestos, y como requisito previo para el disfrute de la bonificación, es preciso que los beneficiarios hayan suscrito con la respectiva Autoridad Portuaria un convenio en materia de buenas prácticas ambientales. Es decir, el art.245.1 del TR-LPEMM, en su función de norma que al configurar un determinado beneficio fiscal está codefiniendo el hecho imponible de las citadas tasas portuarias, relega a una fórmula de naturaleza convencional acordada por las dos partes de la relación tributaria la determinación del importe definitivo a satisfacer por la respectiva tasa. Sin perjuicio de las garantías objetivas con las que la Ley quiere rodear la suscripción de tales convenios, como es el hecho de que deban contemplar un conjunto de instrucciones técnicas y operativas basadas en las guías de buenas prácticas ambientales aprobadas por Puertos del Estado, y que su cumplimiento operativo pueda ser verificado mediante un sistema de gestión medioambiental, lo cierto es que el mecanismo al que el TR-LPEMM anuda la efectiva aplicación de la bonificación fiscal nos lleva a cuestionar su pleno respeto al principio de indisponibilidad del crédito tributario.

El mencionado art.182 no hace gala de un nivel suficiente de concreción a la hora de precisar los casos y condiciones en que procede otorgarles beneficios fiscales a los concesionarios de las terminales marítimas de mercancías

Es más, los términos en que está redactada la norma son totalmente ambiguos a la hora de precisar si el acuerdo del sujeto pasivo con la Autoridad Portuaria en materia de buenas prácticas ambientales se perfecciona antes o después del devengo de la respectiva tasa. En el primer caso, la legalidad tributaria podría quedar salvaguardada al no haber nacido todavía el débito tributario, aunque desde nuestro punto de vista no parece suficientemente justificada esa subordinación de la cuantía adeudada a la Autoridad Portuaria a un escenario convencional en el que, al contrario de lo que ocurre en otros supuestos como por ejemplo el de los acuerdos previos de valoración en materia de operaciones vinculadas (art.16.7 TR-LIS), no se está ante una hipótesis de indefinición o incertidumbre sobre el valor de una magnitud cuya concreción sea determinante para una óptima cuantificación de la obligación tributaria. El reproche jurídico debe ser obviamente mayor en el segundo caso, es decir, cuando el convenio entre las dos partes de la relación tributaria se formaliza con posterioridad al devengo de la tasa y antes de que se abra el plazo para su liquidación⁵⁰. En este segundo supuesto el quebranto al principio de indisponibilidad del crédito tributario, y por ende a su naturaleza legal, sería palmario y absolutamente injustificado.

En definitiva, consideramos que el art.245.1 del TR-LPEMM deja en manos no ya de una norma reglamentaria sino de un pacto o acuerdo entre el acreedor y el deudor tributario la fijación del importe definitivo de la cuota a pagar, la cual en el caso por ejemplo de la tasa correspondiente al tráfico marítimo de graneles sólidos o líquidos puede alcanzar una nada desdeñable rebaja del 20 por ciento.

- b) Bonificaciones para incentivar la captación, la fidelización y el crecimiento de los tráficos (art.245.3), y bonificaciones para potenciar y consolidar el papel de España como plataforma logística internacional (art.245.4)

50 Piénsese que, en la tasa de actividad, su devengo se produce en la fecha de inicio de la actividad o, en el caso de actividades que impliquen la ocupación del dominio público portuario, desde el plazo máximo para el inicio de la actividad establecido en el título concesional (art.185), pero la citada tasa será exigible de conformidad con lo establecido en las cláusulas del título habilitante, sin que se pueda establecer un plazo de liquidación superior a un año (art.191). Es decir, nada impide que se fije un margen temporal suficiente entre el devengo y la exigibilidad dentro del cual sea posible suscribir el citado convenio en materia de buenas prácticas ambientales.

Se trata de dos beneficios fiscales distintos e incompatibles entre sí en lo que se refiere al tráfico marítimo de contenedores. Se aplican exclusivamente a determinadas tasas de utilización (tasa del buque, tasa del pasaje y tasa de la mercancía), con una reducción que en algunos casos puede alcanzar hasta el 60 por ciento de la cuota a pagar⁵¹. Dichas bonificaciones deben ser aprobadas de forma singular por cada Autoridad Portuaria y establecidas en el respectivo Plan de Empresa, para su posterior inclusión en la Ley de Presupuestos Generales del Estado o en la que en su caso se apruebe.

En realidad, estas bonificaciones son fruto de una readaptación normativa efectuada por el legislador español para ajustarse al fallo de la STJUE de 4 de febrero de 2010 (asunto C-18/09)⁵². Dicho pronunciamiento enjuició los arts.24, apartado 5, y 27, apartados 1, 2 y 4, de la LREP de 2003, que establecían un sistema de bonificaciones y exenciones de las tasas portuarias en virtud del cual la prestación de un mismo servicio se gravaba con tasas portuarias diferentes. Como consecuencia de este sistema, se concedía una ventaja, por un lado, al tráfico marítimo interno frente al intracomunitario y, por otro, al tráfico marítimo interno e intracomunitario frente al llevado a cabo entre un Estado miembro y un país tercero. En concreto, la Comisión europea le reprocha al Reino de España que esta distinción no responde a diferencias en los costes de los servicios portuarios sino que depende únicamente de los lugares de destino y origen de los buques, y que por consiguiente es incompatible con el Derecho comunitario, concretamente con el art.1 del Reglamento (CEE) núm. 4055/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986. La Comisión también alega que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el citado Reglamento comunitario, que extiende al sector del transporte marítimo entre Estados miembros las normas del Tratado CE que rigen la libre prestación de servicios, se opone a la aplicación de cualquier normativa nacional que haga más difícil la prestación de servicios entre Estados miembros que la realizada exclusivamente en el interior de un Estado miembro, a menos que dicha normativa esté justificada por una razón imperiosa de interés general y a condición de que las medidas que imponga sean necesarias y proporcionadas. Por último, la Comisión invoca la STJCE de 14 de noviembre de 2002 (asunto *Geha Naftiliaki y otros*, C-435/00) para recalcar que el art.1 del Reglamento núm. 4055/86 se opone a la aplicación, en un Estado miembro, de tasas portuarias diferentes para el tráfico interno o intracomunitario y para el tráfico entre un Estado miembro y un país tercero, si esta diferencia no está objetivamente justificada. La Comisión concluye que la aplicación de tarifas más favorables a los trayectos intracomunitarios que a los trayectos entre un Estado miembro y un país tercero, tal y como prevé el sistema de bonificaciones y exenciones de las tasas portuarias de la LREP española de 2003, es contraria a dicha jurisprudencia y, por consiguiente, al art.1 del mencionado Reglamento comunitario. La STJUE de 4 de febrero de 2010 acoge plenamente la tesis de la Comisión y concluye que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del citado Reglamento relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros, al mantener en vigor los arts.24, apartado 5, y 27, apartados 1, 2 y 4, de la LREP de 2003, que establecen un sistema de bonificaciones y exenciones de las tasas portuarias. En suma, tales beneficios fiscales daban lugar a la aplicación de tasas portuarias distintas según que el trayecto fuese nacional o intracomunitario, lo que constituye una clara restricción al principio de la libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea.

La reforma aprobada por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, adapta el sistema de bonificaciones de las tasas portuarias a la citada doctrina del TJUE y ello culmina con la vigente regulación contenida en el art.245 del TR-LPEMM que nos depara las siguientes consideraciones.

51 En la práctica, las tasas del buque y de la mercancía son para las APs sus principales fuentes de financiación, pudiendo representar en muchos casos más del 50% del volumen total de ingresos de tales entes públicos. [Vid. ARIÑO ORTIZ y otros (2004), pág.179].

52 Vid. TJCE/2010/27.

En primer lugar, sirvan aquí las mismas observaciones críticas que hemos expuesto más arriba sobre la forma en que el legislador permite la aprobación de los elementos sustanciales de tales beneficios fiscales, burlando astutamente el art.133.3 CE: por medio de un acuerdo de la respectiva Autoridad Portuaria que luego formalmente se incorpora o “incluye” en la Ley de Presupuestos Generales del Estado o en la que, en su caso, se apruebe a tales efectos⁵³.

En segundo lugar, en el caso que nos ocupa el protagonismo del acuerdo adoptado por la Autoridad Portuaria en detrimento de la mínima concreción deseable del instrumento legal es, si cabe, mayor por dos razones: 1ª) Tratándose de la bonificación para incentivar la captación, la fidelización y el crecimiento de los tráficos y de los servicios marítimos, tales tráficos y servicios susceptibles de esta bonificación “serán los calificados como sensibles, prioritarios o estratégicos para cada Autoridad Portuaria”. A nuestro juicio, ello supone otorgarle un amplio margen de discrecionalidad al organismo público portuario a la hora de determinar cuáles son esos servicios o tráficos “sensibles”, “prioritarios” o “estratégicos” e, indirectamente, es ese mismo organismo y no la Ley el que termina fijando quiénes pueden ser los sujetos pasivos de la tasa beneficiarios de dicha bonificación. 2ª) Con la única salvedad de que “en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, o en la que en su caso se apruebe, se incluirá la definición de los tráficos y servicios marítimos sujetos a esta bonificación”, lo cierto es que el Plan de Empresa de la Autoridad Portuaria se convierte en el documento clave para concretar “de forma motivada los tráficos y servicios marítimos sujetos a bonificación y las condiciones de aplicación de las bonificaciones reguladas en este apartado, así como su límite conjunto para su importe total en el ejercicio, teniendo en cuenta la evolución, características y condicionamientos de la demanda, así como la situación de los mercados y la posición competitiva del puerto respecto a los mismos” (art.245.3)⁵⁴. Así pues, el perímetro esencial de los elementos nucleares de la bonificación termina siendo fijado por la Administración, aunque luego se intente vestir bajo el sutil ropaje de la Ley de Presupuestos.

En tercer y último lugar, entendemos que sigue siendo muy discutible encajar en el Derecho de la Unión Europea la bonificación para incentivar la captación, la fidelización y el crecimiento de los tráficos y de los servicios marítimos, y que la redacción del art.245.4, al contemplar importantes beneficios fiscales para potenciar y consolidar el papel de España como plataforma logística internacional, continua participando de idéntica filosofía que el art.27.1 de la LREP de 2003, declarado este último contrario al principio de libre prestación de servicios en el transporte marítimo

53 En la situación descrita se superponen tres graves inconvenientes que desvirtúan la esencia misma de la reserva de ley: 1º) Con carácter general, en la actualidad y en la mayoría de las ocasiones, el procedimiento parlamentario de aprobación de las leyes se presenta como un trámite de escasa relevancia sustantiva, ya que el Parlamento se limita a introducir modificaciones intrascendentes en los proyectos de ley remitidos por el Gobierno. Además, cuando las enmiendas que prosperan han sido pactadas entre distintos grupos parlamentarios se intenta escenificar una imagen de consenso a todas luces falta de rigor, pues lo sustancial y lo que se mantiene inmutable ya ha sido decidido previamente por el Gobierno [Vid. CHECA GONZÁLEZ (2010), págs.15-16]. 2º) Como es sabido, cuando el cauce legislativo empleado es el previsto para la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, la capacidad de debate y enmienda por parte de los grupos parlamentarios es todavía menor que en el procedimiento legislativo ordinario. 3º) Por último, el mayor exponente del escaso o nulo poder de intervención y modificación por parte de los grupos parlamentarios consiste en la previsión normativa de que la materia, ya regulada por un reglamento previo –por ejemplo, el acuerdo adoptado por una Autoridad Portuaria–, “se incluya” sin más en el texto de la Ley que apruebe el Parlamento.

54 En concreto, el *modus operandi* contemplado por el art.245 del TR-LPEMM consiste en que sea el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria el que disponga de forma motivada qué bonificaciones se han de concretar en el Plan de Empresa acordado con Puertos del Estado. Posteriormente será la Ley de Presupuestos Generales del Estado u otra la que se limite a incluir en su texto el valor de las bonificaciones y, en su caso, las condiciones de aplicación. Por consiguiente, el citado texto legal rara vez se atreverá a enmendar el contenido sustancial de las bonificaciones propuestas por la Administración portuaria, ya que ello supondría modificar los términos del Plan de Empresa previamente acordado por cada Autoridad Portuaria con Puertos del Estado.

entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros por la citada STJUE de 4 de febrero de 2010⁵⁵. En otras palabras, a nuestro juicio, tales normas están muy lejos de crear óptimas condiciones equitativas en la competencia interportuaria dentro de la Unión Europea.

3.2. La posible colisión de algunas bonificaciones fiscales con el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado

Avanzábamos en el apartado anterior que nos suscitaba serias dudas la compatibilidad del art.182 del TR-LPEMM con la normativa comunitaria en materia de ayudas de Estado, ya que dicho precepto, al regular la tasa por la ocupación privativa del dominio público portuario, apela a la posibilidad de utilizar bonificaciones singulares -de hasta el 30 por ciento de la cuota tributaria- con el exclusivo propósito de potenciar la competitividad de los puertos estatales españoles frente a cualesquiera otros extranjeros, incluyendo también por supuesto a los de los restantes Estados miembros de la Unión Europea⁵⁶.

Ese planteamiento puede hacerse igualmente extensivo a las bonificaciones para incentivar la captación, la fidelización y el crecimiento de los tráficos (art.245.3 TR-LPEMM), y a las bonificaciones para potenciar y consolidar el papel de España como plataforma logística internacional (art.245.4 TR-LPEMM)⁵⁷, cuya finalidad esencial no es otra que la de atraer a las terminales portuarias españolas un mayor volumen de tráfico marítimo de contenedores, minorando para ello la carga tributaria inherente a las tasas de utilización (tasa del buque, tasa del pasaje y tasa de la mercancía), con una reducción que en algunos casos puede alcanzar hasta un 60 por ciento de la cuota a pagar.

Pues bien, es sobradamente conocido que, a la luz del antiguo art.87 del Tratado CE y del vigente art.107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los beneficios fiscales establecidos por los Estados miembros son calificados como ayudas de Estado, en tanto en cuanto supongan la renuncia a ingresos tributarios por parte de la Hacienda Pública, cuando se trate de una medida selectiva que otorga una ventaja económica o fiscal para favorecer a determinadas empresas o producciones y siempre que tal ventaja falsee o amenace falsear la competencia y pueda afectar a los intercambios comerciales entre los países miembros de la UE⁵⁸.

Así las cosas, parece oportuno efectuar una tarea de contraste a fin de determinar si las citadas bonificaciones del TR-LPEMM encajan en el concepto de ayudas de Estado del art.107 del TFUE. Sobre la base de los distintos pronunciamientos emitidos por la Comisión⁵⁹ y, más específicamente, atendiendo a la copiosa jurisprudencia

55 En efecto, la redacción del art.27.1 LREP, calificado de incompatible con el Derecho comunitario por la mencionada STJUE, rezaba del siguiente tenor: "Para potenciar y consolidar el papel de España como plataforma cruceira y logística a nivel internacional. Con el objeto de adecuar los puertos españoles a las condiciones de competencia internacional de los tráficos marítimos en cada momento, se aplicarán las siguientes bonificaciones...".

56 Parece evidente que el objetivo de la competitividad pretendido por la norma se predica frente a cualquier puerto extranjero, incluidos los de otros países miembros de la Unión Europea, ya que se refiere a la necesidad de "impulsar la competitividad de los puertos españoles y su adaptación a las condiciones existentes en cada momento en los mercados internacionales", así como a "la situación coyuntural en que se encuentra el puerto en relación con las condiciones existentes de competencia internacional".

57 Vid. EGUINO DE SAN ROMÁN (2012), pág.324; y PASCUAL GONZÁLEZ (2012), pág.9.

58 Vid. IBÁÑEZ GARCÍA (2010), pág.32.

59 Vid., por ejemplo, la Comunicación COM CE 98/C 384/03, sobre la aplicación de las normas relativas a las ayudas de Estado a las medidas sobre la imposición directa de las empresas (DOCE núm. C 384, de 10-12-1998).

dictada por el TJUE⁶⁰ es posible construir un concepto de ayudas de Estado que aglutine los elementos descriptivos que contenía el antiguo art.87 del TCE y que contiene el actual art.107.1 del TFUE. Recordemos que, a tenor de este último precepto, “salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. A partir de aquí, la doctrina ha identificado cuatro requisitos o circunstancias cuya concurrencia es necesaria para apreciar la incompatibilidad de una medida de naturaleza tributaria con el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado⁶¹.

Nos suscita serias dudas la compatibilidad del art.182 del TR-LPEMM con la normativa comunitaria en materia de ayudas de Estado, ya que dicho precepto, al regular la tasa por la ocupación privativa del dominio público portuario, apela a la posibilidad de utilizar bonificaciones singulares -de hasta el 30 por ciento de la cuota tributaria- con el exclusivo propósito de potenciar la competitividad de los puertos estatales españoles frente a cualesquiera otros extranjeros

a) Existencia de una ventaja económica o de una medida fiscal que minore la carga tributaria de una empresa

Desde esta perspectiva, es absolutamente irrelevante la forma que adopte la ayuda, pudiendo englobarse aquí no sólo las subvenciones sino también cualquier beneficio fiscal que implique una reducción de la deuda tributaria⁶². Así pues, la medida puede conllevar una salida de dinero del erario público o también una menor entrada de ingresos tributarios derivada de una eliminación total o parcial de los pagos a efectuar por las empresas favorecidas con tal medida, fruto esto último de incentivos o beneficios fiscales (exenciones, deducciones, bonificaciones, etc.)⁶³. Tampoco es preciso que haya una transferencia directa de fondos estatales a favor de los beneficiarios sino que basta con colocar a estos últimos en una posición financiera más favorable que la de otros contribuyentes, a la postre competidores de aquéllos⁶⁴. En este contexto, parece posible defender que las notas anteriores concurren en las bonificaciones que el TR-LPEMM prevé para las tasas portuarias enunciadas más arriba.

No obstante, existe un elemento en la doctrina del TJUE que podría neutralizar la concurrencia de este primer requisito en el caso que nos ocupa. Se trata del “test del inversor privado”, en virtud del cual el Tribunal de Luxemburgo exige analizar si, en circunstancias similares, un inversor privado de dimensiones comparables a las del inversor público habría efectuado una operación análoga consistente en otorgar una ventaja económica capaz de aligerar el presupuesto de gastos de una de sus empresas. No cabe duda que estamos ante un elemento

60 Vid. por todos PÉREZ BERNABÉU (2008), págs.39-41.

61 Vid. PÉREZ BERNABÉU (2008), págs.41-75; MULEIRO PARADA (2008), págs.303-306; PÉREZ BERNABÉU (2010), págs.366-383; y FERNÁNDEZ PAVÉS (2013), págs.359-362.

62 Vid. SOLER ROCH (2006), págs.3-4; y MARTÍN JIMÉNEZ (2011), pág.1145.

63 Vid. FERNÁNDEZ PAVÉS (2013), pág.360.

64 Vid. PÉREZ BERNABÉU (2008), pág.141.

de análisis que requiere una valoración económica compleja, con la que someter a un juicio de comparabilidad la decisión tomada por el ente público concedente de la ayuda confrontándola con la eventual decisión que adoptaría “un holding privado o un grupo privado de empresas que persigue una política estructural global o sectorial y se guía por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo”⁶⁵.

Trasladando el planteamiento anterior al supuesto de las bonificaciones fiscales aplicables a las tasas portuarias, desde luego, no sería sencillo determinar hasta qué punto las APs –al implementar tales beneficios tributarios– estarían actuando de forma similar a un inversor privado que insufla liquidez, de forma directa o indirecta, a una empresa en una economía de libre mercado. Ahora bien, tras un detenido estudio de la jurisprudencia comunitaria, PÉREZ BERNABÉU ha identificado diferentes situaciones que arrojan cierta luz sobre los criterios secundados por el TJUE⁶⁶, y dos de esas situaciones pueden ser extrapolables a la relación bilateral que se entabla entre las APs y las empresas que, en su condición de licenciatarias o concesionarias de la explotación de bienes o servicios en el dominio público portuario, se convierten en sujetos pasivos de dichas tasas.

Así, a juicio del Tribunal de Luxemburgo, el Estado no se comportará como un inversor privado si la situación financiera, estructura y volumen de la empresa es tal que no quepa esperar un rendimiento normal del capital invertido dentro de un plazo de tiempo razonable (aquí habría que calcular si la rentabilidad o el retorno financiero a obtener por una Autoridad Portuaria como consecuencia de las bonificaciones fiscales concedidas a las empresas que operan en los puertos es superior a los ingresos tributarios que deja de percibir aquélla por aplicar tales incentivos fiscales a favor de dichas entidades privadas: si tal retorno no se espera o es claramente negativo entonces habría que descartar la excepción del “inversor privado”).

El otro escenario posible contemplado por el TJUE le lleva a concluir que el Estado tampoco se comportará como un inversor privado cuando exista un exceso de capacidad o graves dificultades en el sector y a pesar de ello invierta⁶⁷: esta hipótesis exige valorar el nivel de la oferta de servicios y las expectativas económicas que presenta el sistema portuario español de competencia estatal para, en un segundo estadio, calibrar si una posible saturación o sobreoferta de servicios, o una negativa expectativa de negocio, desaconsejaría una mayor aportación financiera por un inversor privado que ocupase una posición similar a la que, según el ordenamiento vigente, detentan las APs. Si la expectativa empresarial es claramente negativa a la vista del escenario que presenta el sector portuario estatal, y a pesar de ello el ente público realiza una trasvase indirecto de fondos en forma de menor recaudación de ingresos tributarios, en ese caso también habría que descartar la posible excepción del “inversor privado” y, por consiguiente, se cumpliría el primer requisito para calificar la ventaja económica concedida por las APs como ayuda de Estado en los términos del art.107.1 del TFUE.

b) El beneficio o la ventaja económica debe ser concedida por el Estado o mediante fondos públicos

La pérdida de recaudación fiscal que sufren las APs como consecuencia de la aplicación de ciertas bonificaciones a las tasas portuarias demuestra claramente que la ventaja económica para las empresas beneficiarias lo es a costa de los fondos públicos de la Administración portuaria. Por lo demás, no se olvide que las APs son entes de derecho público de los previstos en el art.2.1 g) de la LGP con personalidad jurídica y patrimonio propio, de modo que su

65 Vid. STJCE de 21 de marzo de 1991 (asunto C-305/89, conocido como “Alfa Romeo” Italia/Comisión).

66 Vid. PÉREZ BERNABÉU (2008), págs.68-69.

67 Vid. PÉREZ BERNABÉU (2008), pág.68.

naturaleza es la de un organismo público dependiente del Estado y actúa en la esfera de influencia del Estado, cumpliéndose así la condición de que las cantidades que deja de ingresar a causa de las bonificaciones fiscales merman su presupuesto de ingresos públicos. En suma, estamos en presencia de una ayuda de Estado “negativa”, derivada de una concesión de beneficios fiscales, que ocasiona un consumo de fondos estatales y, por ende, una carga económica suplementaria para el propio Estado⁶⁸.

Es así que el concepto de gastos fiscales, en cuanto proyección del principio presupuestario de universalidad, afecta por igual a las dos vertientes de la actividad financiera, por lo que el sacrificio patrimonial para la Hacienda Pública puede consistir tanto en gastar como en dejar de ingresar, y ambas situaciones pueden a su vez generarse bien por normas jurídicas (ámbito de la ordenación) o bien por prácticas administrativas (ámbito de la aplicación)⁶⁹. En el caso analizado, son disposiciones reguladoras de beneficios fiscales –cuyo singular proceso de aprobación ya ha sido resaltado en un apartado precedente– las que posteriormente aplica la Administración portuaria para favorecer a las empresas que operan en las terminales marítimas de mercancías y pasajeros.

c) La medida fiscal o beneficio económico debe ser de carácter selectivo

Quiere ello decir que la ventaja concedida con cargo a fondos públicos sólo puede favorecer “a determinadas empresas o producciones”, a las cuales se les reducen las cargas públicas –y por tanto su estructura de costes– aunque ello no siempre implique, en paralelo, un perjuicio para los eventuales competidores⁷⁰. En realidad, el factor determinante para apreciar el requisito de la selectividad consiste en contrastar la situación de la empresa beneficiaria con la de otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, teniendo en cuenta el objetivo perseguido por la medida fiscal. Si se detecta una posición claramente ventajosa para un operador o sector económico concreto, haya o no un perjuicio económico directo para sus rivales o competidores, en ese caso se estaría ante una medida fiscal selectiva y contraria al Derecho de la Unión Europea.

En este punto, puesto que las bonificaciones fiscales están contempladas en el TR-LPEMM para todas las APs españolas que gestionan puertos de interés general, siendo éstas últimas las que tienen capacidad para decidir si las implementan o no a las empresas que operan en sus respectivas terminales marítimas, la tarea de contraste debería efectuarse exclusivamente frente a las empresas que desarrollan similares actividades económicas en puertos de otros Estados miembros de la UE con vistas a discernir si, en una situación fáctica y jurídica comparable, estas otras entidades privadas también gozan o pueden gozar de una ventaja económica similar a la que reciben las que actúan como concesionarias, licenciatarias o usuarias de los puertos estatales españoles⁷¹.

68 Vid. PÉREZ BERBABÉU (2008), pág.118.

69 Vid. SOLER ROCH (2006), págs.2 y 4.

70 Vid. SOLER ROCH (2006), pág.5.

71 A este respecto, al abordar el régimen de tarificación y financiación portuarias, la Comisión ya alertó en 1997 que “una ayuda financiera de la que se benefician determinados operadores y no otros se considera ayuda estatal de conformidad con las disposiciones del Tratado. Este planteamiento contribuirá a mejorar la aplicación de un principio de recuperación de costes al garantizar que, excepto en las circunstancias para las que el Tratado prevé una exención, las inversiones serán financiadas por las empresas portuarias sobre bases comerciales y, en consecuencia, su coste se repercutirá en los usuarios. Para hacer realidad el marco de tarificación portuaria propuesto, se tendrá en cuenta la necesidad de ponerlo en relación con las reglas a aplicar vigentes en materia de ayudas estatales”. [Vid. “Libro verde sobre los puertos y las infraestructuras marítimas”, de 10 de diciembre de 1997 [COM (97) 678 final], pág.22].

La existencia de un mercado interior apoyado en el principio de libre competencia es incompatible con el otorgamiento de ayudas públicas a empresas que operen en el ámbito intracomunitario, ya que ello afectaría a los intercambios comerciales entre Estados miembros con la consecuencia de acarrear de forma real o potencial un falseamiento de la competencia

Desde un punto de vista objetivo, es posible afirmar que las bonificaciones previstas en el art.182 y en los apartados 3 y 4 del art.245 del TR-LPEMM intentan mejorar la competitividad de las empresas que actúan en los puertos españoles, y todo ello con el propósito último de potenciar o reforzar la posición competencial de las terminales portuarias como plataformas logísticas en el mercado europeo e internacional. Así pues, si tales incentivos tributarios provocan el efecto de atraer un mayor tráfico de contenedores y pasajeros hacia los puertos españoles cuyas APs han adoptado dichas medidas, es posible colegir que esos mecanismos están operando como medidas fiscales selectivas

con capacidad de influir en los intercambios intracomunitarios, y ello aunque la empresa o empresas beneficiarias no participen directamente en dichos intercambios⁷².

La selectividad de la medida viene, a su vez, corroborada por el específico sector económico al que afectan los mencionados incentivos fiscales, que no es otro que el de las empresas que actúan como proveedoras de bienes y servicios logísticos en los puertos españoles de interés general⁷³. Es cierto que tanto la Comisión como el TJUE han matizado que no todas las diferencias de trato dispensadas a determinados sectores de actividad constituyen una ventaja en el sentido del art.107.1 del TFUE. Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha entendido que carecen de carácter selectivo aquellas diferencias de trato que, aun favoreciendo a determinados sectores económicos, encuentren justificación en "la naturaleza o la economía del sistema en el que se inscriben", como sería el caso de las diferencias de trato fiscal que obedezcan a la lógica del sistema tributario⁷⁴. Sin embargo, los fines de carácter extrafiscal, como son los preconizados por el TR-LPEMM para fundamentar los beneficios tributarios que nos ocupan, quedarían extramuros de los aspectos inherentes al propio sistema tributario, por lo que tampoco servirían para neutralizar los efectos del art.107.1 del TFUE.

Por otra parte, como acabamos de ver, en principio la selectividad de las bonificaciones aplicables a las tasas portuarias se podría inferir, exclusivamente, de un previo contraste o comparabilidad de los operadores económicos que desarrollan su actividad en los puertos españoles frente a los que actúan en los puertos de otros Estados miembros de la Unión Europea. Ahora bien, pudiendo inicialmente calificarse tales beneficios fiscales previstos en el TR-LPEMM como medidas generales en el contexto del mercado interno español, toda vez que potencialmente podrían disfrutar de las mismas la globalidad o totalidad de las empresas que operan en los puertos de interés general, lo cierto es que tampoco habría que descartar una posible selectividad *de facto* en dicho ámbito interno.

72 Vid. SOLER ROCH (2006), págs.5 y 6, autora que a su vez se apoya en la STJCE de 19 de septiembre de 2000 (asunto C-156/98) y en la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (asunto C-66/02).

73 Desde esta perspectiva, podría ocurrir que las bonificaciones para incentivar la captación, la fidelización y el crecimiento de los tráficos (art.245.3), así como las bonificaciones para potenciar y consolidar el papel de España como plataforma logística internacional (art.245.4), vulnerasen dos ámbitos distintos del Derecho de la Unión Europea: de una parte serían contrarias al principio de libre prestación de servicios en el transporte marítimo entre Estados miembros, y de otra parte –al ser selectivas– incurrirían en la prohibición de ayudas de Estado del art.107.1 del TFUE.

74 Vid. PÉREZ BERNABÉU (2010), págs.376-377.

En efecto, también son medidas selectivas de *facto* aquellas medidas generales que confieren al Estado un amplio margen de discrecionalidad para su aplicación de modo que, llegado el caso, las autoridades estatales pueden beneficiar sólo a determinadas empresas⁷⁵. Esta hipótesis no es en absoluto descartable, por ejemplo, tras un detenido análisis del art.182 del TR-LPEMM, el cual permite que las APs puedan decidir la aplicación de bonificaciones “singulares” a la tasa de ocupación, y ello “de acuerdo con la situación coyuntural en que se encuentra el puerto en relación con las condiciones existentes de competencia internacional y de los mercados asociados con la mercancía que se manipula en la misma” (terminal portuaria). Pues bien, aun cuando la coyuntura económica del puerto constituya un elemento decisorio que debe ser explicado y convenientemente motivado en el Plan de Empresa, parece evidente que las APs gozan en este punto de un considerable margen de discrecionalidad a la vista de los términos en que está redactada la norma. Así las cosas, lo que semeja ser una medida de alcance general para el conjunto de los operadores privados que actúan en los puertos españoles de interés general podría convertirse, con base en argumentos de coyuntura comercial o estratégica, en una medida selectiva *de facto* que favoreciese sólo a las empresas licenciatarias o concesionarias de determinadas APs.

Por último, sin perjuicio de lo que analizaremos más adelante, a propósito de si tales empresas beneficiarias de las bonificaciones en las tasas portuarias tienen o no por objeto la prestación de servicios susceptibles de encuadrarse en la específica categoría de servicios de interés económico general (SIEG), conviene subrayar que es irrelevante a los efectos de determinar la existencia de una ayuda de Estado la concreta actividad económica de la empresa. Es más, el TJCE ha considerado que, aun cuando la Administración le confíe a una determinada empresa una misión de interés general, ello no evita que la actividad que desempeña esa entidad privada sea calificada como actividad económica cuando la misión encomendada no obedezca al principio de solidaridad⁷⁶.

- d) La ventaja económica o la medida fiscal debe provocar un falseamiento de la competencia o repercutir en el comercio entre los Estados miembros

La existencia de un mercado interior apoyado en el principio de libre competencia es incompatible con el otorgamiento de ayudas públicas a empresas que operen en el ámbito intracomunitario, ya que ello afectaría a los intercambios comerciales entre Estados miembros con la consecuencia de acarrear de forma real o potencial un falseamiento de la competencia.

Pues bien, tanto las bonificaciones para incentivar la captación, la fidelización y el crecimiento de los tráficos (art.245.3 TR-LPEMM), como las bonificaciones para potenciar y consolidar el papel de España como plataforma logística internacional (art.245.4 TR-LPEMM), pretenden atraer a los puertos españoles un mayor volumen de tráfico de contenedores y pasajeros. Si ello se complementa con la bonificación a la tasa de ocupación, con la que el legislador pretende impulsar la competitividad de los puertos españoles y su adaptación a las condiciones existentes en cada momento en los mercados internacionales (art.182 TR-LPEMM), con la consabida consecuencia de beneficiar a las empresas que se establezcan en España como concesionarias de una terminal marítima de mercancías, cabe deducir que todas estas medidas terminan incidiendo en el comercio a escala comunitaria. En otras palabras, la ventaja obtenida por las empresas beneficiarias termina adulterando la competencia en el ámbito del mercado único, máxime si se produce una desviación de tráficos hacia aquellos puertos que ofrecen mejores condiciones económicas –en forma de beneficios tributarios- a las empresas proveedoras de servicios portuarios.

75 Vid. PÉREZ BERBABÉU (2008), pág.61.

76 Vid. PÉREZ BERNABÉU (2010), pág.370.

Por lo demás, habida cuenta que los potenciales beneficiarios de las bonificaciones fiscales serán empresas concesionarias o licenciatarias que, a su vez, prestarán servicios portuarios a compañías de transporte marítimo o a industrias exportadoras e importadoras, basta con que aquellas empresas desarrollen una actividad transfronteriza, puedan desarrollarla o puedan incidir en una actividad de esa naturaleza, y que su posición quede reforzada por tales incentivos tributarios frente a los competidores de otros Estados miembros, o frente a rivales de mercados extracomunitarios, para poder concluir que la medida selectiva distorsiona la competencia en el mercado interior⁷⁷. Por consiguiente, las mencionadas medidas fiscales sí podrían influir en la competencia intracomunitaria, pues como resaltó la STJCE de 13 de febrero de 2000 (asunto C-409/00) “el elemento decisivo es la mera idoneidad de la medida controvertida para perjudicar los intercambios comerciales entre los Estados miembros y falsear la competencia”. Es decir, para el TJCE lo relevante es que la medida litigiosa pueda influir en la competencia respecto a otras entidades que operan en el mercado común, y ello aún cuando la empresa o empresas beneficiarias de la medida no participen en los intercambios comerciales con otros Estados miembros⁷⁸. Desde un punto de vista probatorio, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo deja muy claro que no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda concedida sobre los intercambios intracomunitarios o sobre el falseamiento efectivo de la competencia, sino que basta con dilucidar si la medida fiscal es susceptible de afectar a dichos intercambios o de falsear la competencia⁷⁹.

Por otro lado, en modo alguno cabe encuadrar a las bonificaciones de las tasas portuarias objeto de nuestro análisis en las ayudas de Estado compatibles con el mercado interior, enumeradas en el art.107.2 del TFUE, ni tampoco parece factible que puedan acogerse al art.107.3, el cual enumera una serie de supuestos excepcionales en los que, llegado el caso, sí podría apreciarse dicha compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea⁸⁰. Quizá el supuesto que podría suscitar alguna duda al respecto es el que hace referencia a “las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo” [art.107.3 b)]. Como vamos a ver de inmediato, es cierto que la autoridades comunitarias han presentado propuestas normativas para potenciar la denominada “Red Transeuropea de Transporte (RTE-T)” de la que forman parte una serie de puertos europeos⁸¹, pero no es del todo seguro que este proyecto a escala comunitaria pueda calificarse de “interés común europeo”. Todo ello sin perjuicio de que, aún admitiéndose que sí lo fuese, sería preciso además que el Derecho de la Unión Europea

77 Vid. MARTÍN JIMÉNEZ (2011), pág.1150.

78 Vid. PÉREZ BERBABÉU (2008), págs.71-72.

79 Vid., entre otras, las STJCE de 29 de abril de 2004 (asunto C-372/97), de 15 de diciembre de 2005 (asunto C-148/04), y de 15 de junio de 2006 (asuntos acumulados C-393/04 y C-41/05).

80 De todos modos, una medida tributaria tampoco sería autorizada por la Comisión, aun pudiendo ampararse en los apartados 2 y 3 del art.107 del TFUE, cuando vulnerase otras normas comunitarias, como por ejemplo las atinentes a las libertades fundamentales [Vid. MARTÍN JIMÉNEZ (2011), pág.1149]. A este respecto, ya hemos advertido que tanto las bonificaciones para incentivar la captación, la fidelización y el crecimiento de los tráficos (art.245.3 TR-LPEMM), como las bonificaciones para potenciar y consolidar el papel de España como plataforma logística internacional (art.245.4 TR-LPEMM), podrían ser contrarias al principio de libre prestación de servicios en el transporte marítimo intracomunitario, lo que anularía la posibilidad de aplicar el art.107.2 y 3 del TFUE.

81 Vid. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23-05-2013, por el que se crea un marco sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios y la transparencia financiera de los puertos* [COM (2013) 296 final].

reconociere la posibilidad de introducir incentivos fiscales como los que aquí nos ocupan como eventual vía de estímulo o potenciación a la RTE-T, algo que hasta el momento no ha ocurrido⁸².

De todos modos, no han faltado supuestos en los que la Comisión aprecia la concurrencia de excepciones que salvan la compatibilidad de la ayuda estatal con el Derecho comunitario. Quizá el caso más evidente lo constituyó el régimen notificado por Francia a la Comisión, en el que se proponía una reducción de la base imponible del impuesto profesional francés (impuesto fijado y recaudado por las autoridades locales) a las empresas estibadoras privadas⁸³. Los beneficios tributarios consistían, de una parte, en una reducción fiscal aplicable a la transferencia y a la renovación del equipamiento existente en 23 puertos identificados por la República francesa y, por otra, en una medida similar aplicable específicamente a la adquisición de equipamiento nuevo y adicional en los puertos de Le Havre y Dunkerque. De entrada, la Comisión apreció que el régimen de ayuda notificado debía considerarse ayuda estatal de conformidad con el apartado 1 del artículo 87 del Tratado CE, “pues el régimen se financia a través de recursos del Estado, supondrá una carga para el presupuesto nacional y es selectivo en su aplicación” (Considerando 13), selección que tampoco estaba justificada atendiendo a “la naturaleza o la economía del sistema”, entre otras razones porque Francia no había facilitado pruebas en ese sentido. Además, la ventaja económica también podía incidir en el comercio intracomunitario, pues “en este sector las empresas estibadoras compiten por el tráfico con empresas estibadoras del mismo puerto o de otros puertos. Según el destino final de la carga, a menudo puede existir una posibilidad de elección entre diferentes puertos para cargar y descargar. En el caso que nos ocupa, como las empresas estibadoras de los 23 puertos concernidos se encuentran en muchos casos en competencia, real o potencialmente, con otras de otros puertos franceses y comunitarios, puede resultar afectado el comercio entre Estados miembros” (Considerando 15).

Posteriormente, en el caso analizado, la Comisión procedió a verificar si concurría alguna de las exenciones previstas en el Tratado CE a fin de salvaguardar la compatibilidad de la mencionada ayuda estatal con el mercado común. Descartó la posible aplicación de las excepciones contempladas en el art.86 (pues los servicios de estibación no pueden considerarse de interés económico general) y en el art.87.2 del Tratado. Sin embargo, se apoyó en la exención de la letra c) del art.87.3 del Tratado, referente a “las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios comerciales en forma contraria al interés común”, para salvar la legalidad comunitaria de la medida controvertida, al menos en relación con las empresas estibadoras que operaban en los 23 puertos identificados por Francia (excluidos Le Havre y Dunkerque). A tal efecto, considerando el tamaño medio de dichas entidades (PYMES), que el régimen propuesto ayudará a las empresas estibadoras privadas a adaptarse a un mercado que se está abriendo a la competencia sin provocar por ello distorsiones –contribuyendo así al desarrollo económico del sector–, que el objetivo del régimen tributario redunde en interés de la Comunidad, que el impacto económico de la reducción fiscal es limitado, que la ayuda propuesta es importante para aumentar la productividad y la eficiencia del sector portuario francés gracias a una mejor organización del trabajo y, por último, que no se prevé que distorsione la competencia hasta el punto de alterar de manera palpable las condiciones de los intercambios

82 De hecho, el art.13 de la citada Propuesta de Reglamento apuesta por la transparencia y la no discriminación en la regulación nacional de las tasas por servicios portuarios, y en modo alguno contempla la existencia de posibles beneficios fiscales aplicables a dichos tributos. Más ambiguo es, en cambio, el art.14 al regular los “cánones de infraestructuras portuarias”, ya que aquí sí se admite que el organismo gestor del puerto podrá definir “de forma autónoma la estructura y el nivel de los cánones de la infraestructura portuaria con arreglo a su propia estrategia comercial y plan de inversión que reflejen las condiciones competitivas del mercado pertinente”, si bien apostilla que todo ello deberá hacerse “de conformidad con las normas sobre ayudas estatales”.

83 Vid. *Decisión de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, sobre la ayuda que Francia contempla aplicar en favor del sector portuario francés* [notificada con el número C (1999) 5204], *Diario Oficial* n° L 155 de 28/06/2000, págs.52–59.

comerciales entre empresas portuarias en forma contraria al interés común, la Comisión concluye afirmando que "la ayuda facilita el desarrollo de determinadas actividades económicas y es, por tanto, compatible con el mercado común" (Considerando 27). En cambio, la Comisión entiende que no es posible llegar a idéntica conclusión respecto a las ayudas en forma de reducciones fiscales para fomentar las inversiones en equipamiento nuevo y adicional en los puertos de Le Havre y Dunkerque, con el fin de ampliar la capacidad de los mismos, por lo que declara tales beneficios tributarios incompatibles con el mercado común⁸⁴.

En cualquier caso, como primera conclusión de cuanto llevamos dicho, no es en absoluto descabellado alertar sobre el serio riesgo de que en el futuro la Comisión Europea considere los incentivos fiscales previstos en el art.182 y en los apartados 3 y 4 del art.245 del TR-LPEMM como mecanismos susceptibles de conculcar la libre competencia interportuaria entre los Estados miembros y el normal funcionamiento del mercado interior, llegando a calificarlos como ayudas de Estado incompatibles con el Derecho de la UE. Si ello fuera así, toda vez que España no ha notificado a la Comisión en tiempo y forma tales medidas, las empresas beneficiarias deberían reintegrar a las APs el importe de las bonificaciones fiscales de las que se aprovecharon a la hora de liquidar las tasas portuarias, siendo el plazo de prescripción de diez años, y la Administración portuaria debería hacer todo lo posible por recuperar dichas cantidades que en su día dejó de ingresar.

Ahora bien, y no obstante lo anterior, también cabe plantearse la posibilidad de que tales beneficios fiscales puedan encuadrarse, llegado el caso, en la categoría de las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público. A este respecto, el art.106.2 del TFUE contempla la base jurídica que permite enjuiciar la compatibilidad con el Derecho de la UE de las ayudas estatales otorgadas a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (SIEG). Evidentemente, ello exige como análisis previo despejar la incógnita de si alguna de las actividades ofertadas o de los servicios prestados por las entidades privadas que operan en los puertos, a la postre sujetos pasivos de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario y de determinadas tasas de utilización (tasa del buque, tasa del pasaje y tasa de la mercancía), pueden ser calificados como servicios de interés económico general (SIEG).

Si examinamos la trayectoria seguida por la normativa comunitaria europea sobre esta cuestión, lo cierto es que el tema dista de estar suficientemente resuelto. En efecto, tomando como punto de partida el *Libro verde sobre los puertos y las infraestructuras marítimas* de 10 de diciembre de 1997⁸⁵, en dicho documento la Comisión sostiene que "en el pasado, se tendía a pensar que los puertos eran impulsores del comercio y polos de desarrollo

84 En relación con estos dos puertos, la Comisión basa su decisión de considerar las ayudas de Estado contrarias al Derecho comunitario en la clara distorsión de la competencia que pueden ocasionar tales medidas previstas en exclusiva para dichas terminales portuarias. En concreto, argumenta que "los datos suministrados por las autoridades francesas con motivo de la incoación del procedimiento reflejan, por otro lado, un aumento del tráfico en Le Havre y Dunkerque muy inferior al registrado en los puertos rivales del Mar del Norte. Hay que señalar también que el aumento del tráfico de contenedores agudiza una competencia, ya de por sí encarnizada, entre los puertos del Mar del Norte, los más grandes de Europa. Por este motivo, una ayuda concedida específicamente con el fin de aumentar la capacidad de las empresas estibadoras en cualquiera de estos puertos, en detrimento de los demás, falsearía sin duda alguna las condiciones de competencia" (Considerando 29). Y como correlato de lo anterior, "hay que subrayar que una ayuda pública no puede aceptarse cuando se trata de responder a cambios en la oferta y en la demanda de servicios comerciales en los puertos, ya que en tal caso son las fuerzas del mercado las que deben reaccionar. La ayuda propuesta facilitaría a las empresas estibadoras de los dos puertos correspondientes una situación competitiva más favorable que la de sus competidores franceses y comunitarios en otros puertos (...). Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, es probable que tal ayuda afecte al equilibrio entre la oferta y la demanda debido al aumento de la capacidad estibadora adicional, distorsionando así la competencia de una manera que puede afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros en forma contraria al interés común" (Considerando 30).

85 Vid. COM (97) 678 final.

nacional y regional a través de los cuales el sector público ofrecía servicios de interés general que debía financiar el contribuyente. Sin embargo, suele considerarse que los puertos son entidades comerciales que deben recuperar la totalidad de sus costes a través de sus usuarios, que son quienes se benefician de ellos directamente". En este sentido, habida cuenta de la progresiva penetración de la iniciativa privada en el desarrollo de actividades portuarias de carácter comercial, como la manipulación de la carga, y el hecho de que los usuarios de tales servicios o actividades constituyan un grupo limitado, conduce a la Comisión a sostener que los puertos cada vez se diferencian más de los bienes típicamente públicos con los que a menudo se han comparado por lo que, en consecuencia, "pierde peso el argumento del "interés económico general", y se desarrolla una actitud de carácter más comercial con respecto a la financiación y la tarificación de las infraestructuras"⁸⁶.

Posteriormente, la Comisión aprobó en 2004 el denominado *Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público*, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2007⁸⁷. Las ideas más destacadas que cabe extraer de dicho documento, el cual se sustenta en buena medida en dos pronunciamientos previos del TJCE⁸⁸, son las siguientes: 1ª) Las compensaciones por servicio público no constituyen ayudas estatales en el sentido de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 87 del Tratado, siempre que cumplan determinadas condiciones⁸⁹. 2ª) Ante la falta de normativa comunitaria al respecto, los Estados miembros gozan de un amplio poder de decisión a la hora de determinar cuáles son los servicios susceptibles de ser calificados de interés económico general. En este contexto, la tarea de la Comisión debe ceñirse estrictamente a velar porque estas disposiciones se apliquen sin error manifiesto. 3ª) Atendiendo al art.86.2 del Tratado CE, el concepto de servicio de interés económico general (SIEG) implica que se haya encomendado a las empresas en cuestión una misión particular atribuida por el Estado. Es decir, se requiere que exista una atribución de servicio público que defina las obligaciones recíprocas de las empresas en cuestión y del Estado, entendido este último en sentido amplio (Administraciones central, regionales y locales). 4ª) Los recursos estatales concedidos para la financiación de un SIEG y utilizados para intervenir en otros mercados ajenos al SIEG, constituyen ayudas no justificadas por la obligación de servicio público, y en consecuencia incompatibles con el Tratado CE.

La etapa más reciente en este recorrido seguido por la Comisión en el tema que nos ocupa está constituida por una serie de disposiciones normativas y documentos aprobados a lo largo de los años 2011 y 2012. Así, en primer

86 Vid. VV.AA., *Libro verde sobre los puertos y las infraestructuras marítimas* [COM (97) 678 final], 1997, págs.15-16.

87 Vid. DG D (2004).

88 La Sentencia de 24 de julio de 2003 (asunto C-280/00, Altmark Trans.), y la Sentencia de 27 de noviembre de 2003 (asuntos acumulados C-34/01 a C-38/01, Enirirsorse SpA.).

89 Las condiciones que deben concurrir para que las ayudas en forma de compensación sean compatibles con el Derecho comunitario han sido perfiladas por la susodicha STJCE de 24 de julio de 2003 (asunto C-280/00, Altmark Trans.) en los siguientes términos:

- a) Que la empresa beneficiaria esté efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se hayan definido claramente.
- b) Que los parámetros para el cálculo de la compensación se hayan establecido previamente de forma objetiva y transparente.
- c) Que la compensación no supere el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.
- d) Cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento abierto de contratación pública, que el nivel de la compensación necesaria se haya calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, hubiese soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

término, la Comunicación de 20 de diciembre de 2011⁹⁰ tiene la virtud de proporcionar un concepto de SIEG, a los que define como “actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general 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”. Además, aclara que la obligación de servicio público “se impone al prestador mediante una atribución y sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permiten desempeñar su misión”.

Abunda en la idea anterior la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general*⁹¹, al afirmar que el concepto de servicio de interés económico general es un concepto cambiante “que depende, entre otras cosas, de las necesidades de los ciudadanos, la evolución tecnológica y del mercado, así como las preferencias sociales y políticas en el Estado miembro en cuestión”. Y, de nuevo, recuerda que “los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir un determinado servicio como SIEG y de conceder una compensación al proveedor del servicio”, por lo que las competencias de la Comisión sobre este asunto “se limitan a comprobar si el Estado miembro ha incurrido en error manifiesto al definir el servicio como servicio de interés económico general y al evaluar la ayuda estatal contenida en la compensación” (Considerandos 45 y 46). Para más concreción, en lo tocante a determinados servicios portuarios, dicho pronunciamiento de la Comisión sostiene que no resulta aplicable el art.107 del TFUE a las “las actividades que forman parte intrínsecamente de las prerrogativas típicas de la autoridad oficial”, es decir, aquellas que desempeña el Estado actuando como autoridad pública o en calidad de Administración pública –no constituyendo así actividades económicas- y cita como ejemplo de tales actividades públicas “el control y la seguridad del tráfico marítimo” (Considerando 16). Al mismo tiempo, la citada Comunicación corrobora que las transferencias de fondos estatales a que se refiere el mencionado precepto del TFUE pueden revestir diversas formas (subvenciones, beneficios fiscales, etc.) y, en particular, “el hecho de que el Estado no cobre el precio de mercado por determinados servicios constituye una renuncia a recursos estatales” (Considerando 32), lo que, trasladado al caso de las tasas portuarias, equivaldría a una ayuda de Estado a modo de condonación de deuda tributaria por parte del ente público a favor de la empresa o entidad proveedora del servicio. Es decir, una tarificación máxima inferior al precio de mercado fijada por el ente público, como contraprestación a percibir del usuario del servicio por el concesionario o licenciario prestador del mismo, se compensa con una agresiva política de beneficios fiscales concedidos por la Administración a favor dicho prestador, lo que le permite a éste alcanzar un beneficio económico razonable a costa de una pérdida de ingresos públicos que apunta a una clara ayuda de Estado. Evidentemente, lo que consigue el ente público titular del servicio es atraer a un mayor número de usuarios –estimulados por unas tarifas relativamente bajas- con el fin de potenciar la actividad económica desarrollada en torno a dicho servicio.

De todos modos, la norma más clarificadora publicada hasta el momento ha sido la *Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general*⁹². Tras un atento examen de la misma podemos colegir qué requisitos deben concurrir para que tales ayudas estatales sean compatibles con el mercado interior y estén exentas de la

90 Vid. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, por la que se fija un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa* [COM (2011) 900 final].

91 Vid. DOUE de 11-01-2012 (2012/C 8/02). De la misma fecha de publicación es la *Comunicación de la Comisión relativa al Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público* (2011) (2012/C 8/03).

92 Notificada con el número C (2011) 9380. DOUE de 11-01-2012 (2012/21/UE).

obligación de notificación establecida en el art.108.3 del TFUE. Para empezar, la norma comunitaria ciñe su ámbito de aplicación a determinadas ayudas estatales, entre las que se encuentra “la compensación por la prestación de servicios de interés económico general en lo relativo a aeropuertos y puertos cuyo tráfico medio anual durante los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se atribuyó el carácter de servicio de interés económico general no hubiere superado 200.000 pasajeros en el caso de los aeropuertos y 300.000 pasajeros en el caso de los puertos” [art.2.1 e)]. Por lo demás, desde el punto de vista temporal, la Decisión sólo se aplicará “cuando el período durante el que se ha encomendado a la empresa el funcionamiento del servicio de interés económico general no supere los diez años. Cuando el período de atribución supere los diez años, la presente Decisión solo se aplicará en la medida en que se requiera una inversión importante, por parte del proveedor del servicio, que necesite ser amortizada durante un período más prolongado de conformidad con los principios contables aceptados generalmente” (art.2.2).

Pues bien, para que las ayudas en forma de compensación por la prestación de SIEG sean compatibles con el mercado interior y estén exoneradas de la obligación de notificación a la Comisión, el primer conjunto de requisitos a cumplir atañe a la forma en que debe atribuirse a una empresa la gestión y el funcionamiento del respectivo servicio. La forma habrá de consistir en uno o varios actos en los que, a tenor del art.4 de la Decisión, se indicará lo siguiente: a) El contenido y la duración de las obligaciones de servicio público. b) Las empresas afectadas y, si procede, el territorio afectado. c) La naturaleza de cualesquiera derechos exclusivos o especiales atribuidos a las empresas por la autoridad otorgante. d) Una descripción del mecanismo de compensación y los parámetros aplicados al cálculo, control y revisión de la compensación. e) Las modalidades para evitar y recuperar las posibles compensaciones excesivas.

A los efectos que nos ocupan, conviene reparar de manera especial en el requisito atinente al mecanismo de compensación ya que, por ejemplo, en un procedimiento de licitación pública de un servicio portuario, en el caso concreto del Derecho español, será muy importante que el pliego de prescripciones particulares del servicio indique clara y expresamente si la entidad que gane la adjudicación tendrá o no derecho, según la normativa nacional en vigor, a algún tipo de ayuda o compensación y, adicionalmente, qué parámetros objetivos se seguirán para aplicar dicha ayuda o compensación⁹³.

Además, la citada Decisión señala como requisito adicional la necesidad de que la compensación a percibir por la empresa o empresas prestadoras del SIEG no supere un determinado importe. Concretamente, la cuantía “no superará lo necesario para cubrir el coste neto derivado del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, incluido un beneficio razonable”⁹⁴. El exceso sobre esa magnitud descrita por la norma constituye una ayuda estatal incompatible que debe reembolsarse al Estado⁹⁵. Naturalmente, los Estados miembros tendrán a disposición de la Comisión durante el período de atribución de un SIEG a una empresa, y durante un mínimo de diez años desde

93 El preámbulo de la Decisión aclara que “el cálculo y el control del importe de la compensación solo pueden efectuarse correctamente si las obligaciones de servicio público que incumben a las empresas y las posibles obligaciones que incumben al Estado se hallan claramente definidas en un acto público formal de las autoridades públicas competentes del Estado miembro correspondiente”.

94 El art.5 de la Decisión detalla cómo se calcula el “coste neto” en sus diferentes componentes: costes o gastos brutos, ingresos, y beneficio razonable.

95 El considerando 16 de la Exposición de Motivos de la Decisión también aclara que “la compensación concedida para la prestación de un servicio de interés económico general, pero utilizada en realidad para operar en otro mercado con otros fines que los precisados en el acto de atribución, tampoco es necesaria para la gestión del servicio de interés económico general y puede, por consiguiente, constituir también una ayuda estatal incompatible, que deberá ser reembolsada”.

que termine dicha atribución, toda la información necesaria para establecer si las compensaciones atribuidas son compatibles con la Decisión.

Por último, dentro del Derecho de la Unión Europea, completaría la regulación anterior el Reglamento UE 360/2012, de la Comisión, de 25 de abril de 2012, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE a las ayudas *de minimis* concedidas a empresas que prestan servicios de interés económico general⁹⁶. Los apartados 2 a 8 del art.2 del mencionado Reglamento establecen cuáles son las condiciones que habrán de concurrir para que las ayudas concedidas a empresas que presten un SIEG no reúnan todos los criterios del art.107.1 del TFUE y, por consiguiente, queden exentas de la obligación de notificación prevista en el art.108.3 del mismo Tratado. De entre todas las condiciones exigidas en el citado Reglamento, la regla general es que el importe total de la ayuda *de minimis* concedida a una empresa que preste servicios de interés económico general no podrá exceder de 500.000 € durante cualquier período de tres ejercicios fiscales, de tal manera que cualquier pequeño exceso sobre dicho importe ya no podría acogerse al mencionado Reglamento. Posteriormente se publicó el Reglamento UE 1407/2013, de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los arts.107 y 108 del TFUE a las ayudas *de minimis*⁹⁷. Su art.3.2 dispone que el importe total de las ayudas *de minimis* concedidas por un Estado miembro a una única empresa no excederá de 200.000 € durante cualquier período de tres ejercicios fiscales. Así las cosas, y puesto que este último es un Reglamento de alcance general para las empresas de todos los sectores cuyo art.1 no excluye de su ámbito de aplicación a las empresas que prestan SIEG, la diferente cuantía para los topes máximos que se consideran ayudas *de minimis* según este Reglamento (200.000 €) y el Reglamento 360/2012 (500.000 €) debe ser interpretada a la luz del art.5.1 del primero, a tenor del cual “las ayudas *de minimis* concedidas con arreglo al presente Reglamento podrán acumularse con las ayudas *de minimis* concedidas con arreglo al Reglamento (UE) nº 360/2012, de la Comisión hasta el límite máximo establecido en este último Reglamento”. Por consiguiente, es la cifra fijada en el Reglamento de 2012 la que marca la cuantía máxima permitida en concepto de ayuda *de minimis* a las empresas que, previa adjudicación por la Administración, gestionen un SIEG.

En conclusión, a la vista de todo el conjunto de normas de la UE que hemos traído a colación, cabe deducir que sólo pueden ser SIEG los calificados o identificados como tales por el Derecho interno de cada país, dado su carácter mutable en el tiempo y en el espacio (necesidades sociales de cada momento, evolución tecnológica y del mercado, preferencias políticas de cada Estado miembro, etc.). Así las cosas, si dirigimos ahora nuestra atención al TR-LPEMM, observamos que su art.106 califica como servicios generales del puerto “aquellos servicios de los que se benefician los usuarios del puerto sin necesidad de solicitud, así como aquellos necesarios para el cumplimiento de las funciones de las Autoridades Portuarias”⁹⁸. Por lo demás, corresponde a la Autoridad Portuaria la prestación de dichos servicios, “sin perjuicio de que su gestión pueda encomendarse a terceros cuando no se ponga en riesgo la seguridad o no impliquen ejercicio de autoridad” (art.107 TR-LPEMM). A nuestro modo de ver, y contestando así

96 Vid. DOUE de 26-04-2012 (L 114/8 a L 114/13).

97 Vid. DOUE de 24-12-2013 (L 352/1 a L 352/8).

98 El citado precepto enumera como tales los siguientes: “a) El servicio de ordenación, coordinación y control del tráfico portuario, tanto marítimo como terrestre. b) El servicio de coordinación y control de las operaciones asociadas a los servicios portuarios, comerciales y otras actividades. c) Los servicios de señalización, balizamiento y otras ayudas a la navegación que sirvan de aproximación y acceso del buque al puerto, así como su balizamiento interior. d) El servicio de policía en las zonas comunes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras administraciones. e) El servicio de alumbrado de las zonas comunes. f) El servicio de limpieza habitual de las zonas comunes de tierra y de agua. No se incluyen en este servicio la limpieza de muelles y explanadas como consecuencia de las operaciones de depósito y manipulación de mercancías, ni la de los derrames y vertidos marinos contaminantes. g) Los servicios de prevención y control de emergencias, en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil, en colaboración con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación”.

al interrogante que planteábamos más arriba, no parece forzado concluir que tales servicios –o al menos la mayoría de ellos– pueden encuadrarse en esa categoría genérica que la normativa de la UE califica como SIEG (porque o bien tienen carácter indivisible o bien comportan el ejercicio de autoridad), por lo que les resultaría plenamente aplicable la antedicha Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011, singularmente en lo atinente a los requisitos que deben concurrir para que las eventuales bonificaciones fiscales aplicadas por las APs a las entidades privadas prestadoras de tales servicios no constituyan ayudas de Estado en los términos del art.107 del TFUE.

En cambio, al no tratarse de actividades económicas que producen resultados exclusivamente en aras del bien público general y al haber un manifiesto interés por los operadores privados en su prestación (ya que no están sometidos en su oferta a los potenciales usuarios a rígidas o severas condiciones de calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal), desde nuestro punto de vista, no pueden ser calificados como SIEG los servicios portuarios –o al menos la mayoría de ellos⁹⁹–, que el art.108.1 del TR-LPEMM define como “las actividades de prestación que sean necesarias para la explotación de los puertos dirigidas a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, y que sean desarrolladas en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias”. Como veremos más adelante, el TR-LPEMM prevé que por tales servicios las APs aprueben y exijan tarifas y no tasas. En cualquier caso, lo que importa subrayar ahora es que, con independencia de que el usuario de un determinado servicio portuario, por ejemplo de carga y estiba, satisfaga una tarifa al prestador de dicho servicio, éste último en su condición de titular de una licencia para la prestación del mismo estará obligado a pagar una tasa de actividad (prestación de un servicio en el dominio público portuario) o, en su caso, una tasa de utilización (utilización especial de instalaciones portuarias) a la respectiva Autoridad Portuaria, pero lo que parece incuestionable es que el TR-LPEMM no califica a la carga o estiba como un servicio público esencial, es decir, como un SIEG, por lo que no podrá acogerse a la flexibilidad que, en materia de ayudas de Estado, otorga la mentada Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011.

3.3. El diferente procedimiento de aprobación previsto para los coeficientes correctores

Además de las bonificaciones, el otro gran elemento modulador de las tasas portuarias lo constituye la figura de los coeficientes correctores aplicables, respectivamente, a las cuantías básicas de las tasas del buque (T-1), del pasaje (T-2) y de la mercancía (T-3). Los coeficientes correctores operan en la práctica como verdaderos elementos de cuantificación de la deuda tributaria y han sido calificados como uno de los aspectos más llamativos de la reforma introducida en la normativa portuaria por la Ley 33/2010, de 5 de agosto¹⁰⁰, que actualmente incorpora el art.166 del TR-LPEMM. Dichos coeficientes, que pueden diferir entre sí en una misma Autoridad Portuaria y ser diferentes también entre Autoridades Portuarias, pretenden alcanzar un doble objetivo: tomar en consideración la estructura de costes de cada Autoridad Portuaria y garantizar el principio de autosuficiencia económico-financiera.

Los coeficientes correctores sobre la cuota íntegra de la tasa pueden actuar como multiplicadores (nunca superiores a 1,30) o como reductores (inferiores a la unidad aunque debidamente justificados los menores de 0,70). Además, la Ley somete a cinco límites distintos la fijación de tales elementos correctores con los

99 En efecto, aunque no implique el ejercicio de autoridad o de función pública, en nuestra opinión suscita serias dudas que el servicio de practicaje no pueda calificarse como de interés económico general, ya que con él se garantiza la seguridad y la prevención de daños al medio ambiente en las maniobras necesarias para conducir o guiar el buque dentro de la zona portuaria.

100 Vid. ORDIZ FUENTES (2011), pág.596.

que, en palabras de ORDIZ FUENTES (2011), “se trata de evitar tanto propensiones inflacionarias –derivadas por ejemplo de grandes inversiones–, como en sentido contrario, un empleo agresivo de las tasas próximo al *dumping*”¹⁰¹. Es decir, entra nuevamente en juego el principio de equivalencia de las tasas portuarias, elevado a la categoría de criterio informante de su configuración cuantitativa por el art.163 del TR-LPEMM. En la estructura de costes cuyo importe debe estar cubierto por las tasas portuarias figura, entre otros componentes, “un rendimiento razonable sobre el activo no corriente neto medio del ejercicio”, asignándosele al Ministerio de Fomento el establecimiento por Orden Ministerial de los criterios por los cuales se considerará que los rendimientos son razonables. Con dicha intervención ministerial se quiere garantizar el cumplimiento del principio de autofinanciación y, a la vez, evitar la competencia desleal entre puertos por medio de prácticas abusivas o discriminatorias.

En cualquier caso, interesa subrayar que el procedimiento diseñado por el TR-LPEMM para la aprobación y establecimiento de los coeficientes correctores difiere sensiblemente del previsto para las bonificaciones fiscales de las que nos hemos ocupado más arriba, ya que deja menos margen de discrecionalidad a la actuación singular de las APs¹⁰² y, por contraposición, reconoce el papel que constitucionalmente le corresponde al titular del poder legislativo en la aprobación y establecimiento de un elemento modulador de la cuantía de la deuda tributaria. Así, de entrada, es el Ministerio de Fomento el que desarrollará mediante orden los criterios generales que deben regir las propuestas de estos coeficientes correctores. A continuación, cada Autoridad Portuaria se limitará a formular una propuesta concreta de coeficientes correctores aplicables en su respectiva terminal portuaria, tomando en consideración las previsiones de evolución de sus tráficos, el nivel de endeudamiento, sus necesidades de inversión y sus objetivos de gestión, así como la rentabilidad anual esperada y el rendimiento razonable sobre el activo no corriente neto medio exigible para los ejercicios correspondientes. Seguidamente, las APs acordarán con el organismo público Puertos del Estado, en el marco de los acuerdos del Plan de Empresa, las correspondientes propuestas de coeficientes correctores¹⁰³. Finalmente, el acuerdo alcanzado se elevará al Ministerio de Fomento, que lo remitirá, si procede, al Ministerio de Hacienda para su incorporación al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado o en la que, en su caso, se apruebe¹⁰⁴. A este respecto, a diferencia de lo que sucede con las bonificaciones analizadas anteriormente, el art.166.3 del TR-LPEMM rehúye del término “incluir” y confiere a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, o a la que en su caso se apruebe a estos efectos, la función de “establecer” los coeficientes correctores definitivos para cada Autoridad Portuaria.

En definitiva, a nuestro juicio, la flexibilidad que preside el proceso de toma de decisiones por los distintos órganos de la Administración, en cuanto al importe y condiciones de aplicación de los coeficientes correctores de las tasas portuarias, es plenamente compatible con las exigencias de la reserva de ley en materia tributaria (arts.31.3 y 133.3 CE). Por las razones ya expuestas, no podemos llegar a la misma conclusión en lo que atañe al proceso de fijación y aprobación de las bonificaciones fiscales estudiadas más arriba.

101 Vid. ORDIZ FUENTES (2011), pág.596.

102 Vid. ARIÑO ORTIZ y otros (2004), pág.200.

103 Ello determina que, si una Autoridad Portuaria desea introducir modificaciones en los coeficientes correctores existentes, previamente deberá haber modificado el Plan de Empresa en idéntico sentido. [Vid. ARIÑO ORTIZ y otros (2004), págs.202-202].

104 Vid. apartado 3 de la disposición adicional vigésima segunda del TR-LPEMM.

3.4. Valoración general sobre el régimen jurídico vigente

Pese a que las bonificaciones de las tasas portuarias se han convertido en uno de los mejores reclamos comerciales para que las APs consigan atraer mayores tráfico de buques, pasajes y mercancías a las terminales marítimas que gestionan, y aun cuando –como hemos visto– el diseño a veces a medida de tales beneficios fiscales intenta huir de las rigideces inherentes a la reserva de ley tributaria, lo cierto es que esos pasos liberalizadores dados por el legislador español para atribuir a las APs una verdadera autonomía de gestión en la política comercial de los puertos estatales parecen todavía insuficientes. En otras palabras, las trabas vinculadas al régimen de derecho público a que están sujetos algunos de los ingresos de las APs –singularmente las tasas– siguen restando agilidad al proceso de toma decisiones de dichos organismos portuarios.

Surge así un importante dilema para las APs: de un lado son titulares de un poder tributario cuyo ejercicio, se quiera o no, debe respetar mínimamente el principio de reserva de ley así como evitar la colisión con el Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado y libre competencia interportuaria¹⁰⁵, pero por otro lado deben actuar desde una óptica puramente empresarial como gestores de unas instalaciones cuya razón de ser es atraer tráfico¹⁰⁶. El mayor peso de uno de los dos platillos de la balanza en detrimento del otro supone, a su vez, otorgarle mayor protagonismo bien al principio de legalidad o bien a la autonomía de la voluntad, con todas las ventajas e inconvenientes recíprocos que ello comporta para cada uno de ellos.

4. La cuestionable regulación legal de los ingresos obtenidos por determinados servicios: las tarifas portuarias

Como hemos avanzado en otro apartado de este trabajo, además de las tasas, el segundo tipo de ingresos de las APs que reclasifica la LREP de 2003 está constituido por las tarifas o precios privados. En efecto, dicha Ley acometió una nueva regulación de los precios privados por determinados servicios prestados por las APs, en concreto aquellos servicios que, no siendo obligatorios sino puramente comerciales, se ofertan en régimen de concurrencia con el sector privado y, por esta razón, la LREP entendió que en lo sucesivo quedaban sometidos al derecho privado.

En la actualidad, el TR-LPEMM otorga potestad tarifaria a las APs en dos ámbitos: el de los servicios portuarios definidos en su art.108 y el de los servicios comerciales a que se refieren los arts.138 y 139 del citado texto legal.

105 A este respecto, la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2013, por el que se crea un marco sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios y la transparencia financiera de los puertos [COM (2013) 296 final], relata que, tras un proceso de consulta llevado a cabo por la Comisión a lo largo de los años 2012-2013 con las partes interesadas (administraciones nacionales encargadas de la política de los puertos y las principales asociaciones europeas del sector portuario), existen conclusiones muy esclarecedoras: a) Todas las partes interesadas destacaron la necesidad de contar con unas condiciones equitativas en la competencia interportuaria (competencia entre puertos) e intraportuaria (competencia entre proveedores de un mismo servicio portuario en un puerto) en la Unión Europea. b) Existe una gran preocupación en torno a la competencia desleal entre los puertos en relación con las prácticas de financiación pública de las infraestructuras portuarias. Los Estados miembros y las autoridades portuarias exigen un estrecho control de las ayudas estatales. c) Un porcentaje considerable de los usuarios de los servicios portuarios, las compañías de transporte marítimo y las industrias de importación y exportación consideran que los servicios portuarios de numerosos puertos de la UE no son satisfactorios en cuanto a precio, calidad y carga administrativa. d) El 30% de las autoridades portuarias europeas opinan que la situación actual no es satisfactoria. Sin embargo, la mayoría de ellas se opone a la introducción de procedimientos de la UE que limiten la capacidad de las autoridades públicas para conceder contratos y permisos a los operadores de servicios portuarios mediante adjudicaciones directas.

106 Vid. EGUINO DE SAN ROMÁN (2012), págs.401-402.

Centrándonos ahora en los primeros, son servicios portuarios las actividades de prestación que, siendo desarrolladas en el ámbito territorial de las APs, sean necesarias para la explotación de los puertos con vistas a posibilitar la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación. La Ley tipifica como tales los servicios técnico-náuticos (practicaje, remolque portuario, amarre y desamarre), el servicio al pasaje (embarque y desembarque de pasajeros, carga y descarga de equipajes, y la de vehículos en régimen de pasaje), el servicio de recepción de desechos generados por buques y, por último, el servicio de manipulación de mercancías (carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y trasbordo de mercancías). En el decir del art.109 del TR-LPEMM, la prestación de todos estos servicios se llevará a cabo por la iniciativa privada, rigiéndose por el principio de libre concurrencia, y su prestación estará condicionada a la obtención de la correspondiente licencia que otorga, con carácter reglado, la respectiva Autoridad Portuaria¹⁰⁷.

Así las cosas, no plantea mayor problema el ejercicio de la potestad tarifaria por las APs cuando los operadores privados actúan, previa licencia, como prestadores de los servicios portuarios procediendo a exigirles las correspondientes tarifas o precios privados a los usuarios de tales servicios. Por todo ello, la relación entre los prestadores o licenciarios y los usuarios de los servicios portuarios es una relación de derecho privado y la tarifa constituye un ingreso exclusivo del prestador del servicio. Es decir, el TR-LPEMM parte de la premisa de que, tratándose de servicios portuarios, los usuarios gozan de plena capacidad de elección, en la medida en que aquéllos no son de solicitud o recepción obligatoria y no se prestan en posición de monopolio, toda vez que los usuarios o compañías navieras pueden decantarse por diferentes puertos a la hora de proceder al amarre y desamarre, embarque o desembarque de pasajeros, carga o descarga de mercancías, etc. Si la citada premisa legal es cierta, efectivamente no se estará en presencia de prestaciones patrimoniales de carácter público, sometidas al principio de reserva de ley, por lo que es correcto que la respectiva Autoridad Portuaria apruebe e imponga el importe de las tarifas. Sin embargo, como ya hemos expuesto en otro momento, la coactividad, en cuanto elemento esencial definitorio de la prestación patrimonial pública, sólo puede ser apreciada sobre la base de presupuestos fácticos (presencia de monopolio o carácter imprescindible u objetivamente indispensable del servicio para el usuario), por lo que podría ocurrir que, en determinadas circunstancias, algún servicio portuario sí estuviese rodeado de la nota de coactividad¹⁰⁸, en cuyo caso la tarifa participaría de la naturaleza de prestación patrimonial pública y la configuración de sus elementos esenciales en modo alguno podría quedar en manos de las APs. Es más, en muchos casos es posible que los servicios portuarios funcionen *de facto* como servicios públicos esenciales u objetivamente indispensables para sus destinatarios, por lo que, salvo que concurra la nota de la libre voluntariedad en los usuarios de los mismos, las tarifas portuarias estarían comportándose como verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público¹⁰⁹. Por consiguiente, apriorísticamente no es posible identificar a qué servicios portuarios acceden los usuarios en régimen de voluntariedad y plena libertad, por haber en esta hipótesis competencia o alternativas diferentes en la prestación de los mismos, y –por el contrario– en cuáles no

107 La prestación de los servicios portuarios, obteniendo a cambio tarifas o precios privados, constituye así una de las muestras más palmarias de la apuesta del legislador español por convertir a los puertos de interés general en unidades económicas competitivas en el mercado de los tráficos marítimos. La Exposición de Motivos del TR-LPEMM reconoce, en este sentido, que la flexibilización del modelo tarifario sirve "para que cada Autoridad Portuaria pueda adaptarse a la realidad económica de cada momento e intensifica la liberalización de los servicios portuarios y de la actividad económica y comercial en los puertos, a fin de que el conjunto de la legislación portuaria pueda ser cimiento estable para la mejora continua de la competitividad del sistema portuario de interés general".

108 RUIZ HIDALGO (2012, pág.124) pone el ejemplo de un buque para el que resulta imprescindible el servicio de amarre y desamarre en un determinado puerto, cuya terminal marítima es la única que permite la carga de ciertas mercancías (vehículos de una determinada marca) para su ulterior transporte por mar.

109 Vid. EGUINO DE SAN ROMÁN (2012), pág.382.

hay opciones a la hora de elegir, con lo que habrá que estar a cada situación o caso concreto¹¹⁰. En cambio, el TR-LPEMM crea la *fiction iuris* de que todos los servicios portuarios no sólo no son servicios públicos esenciales sino que además se prestan siempre en régimen de libre concurrencia y que, por consiguiente, devengan tarifas cuya estructura y cuantía máxima pueden ser normativamente establecidas por las APs.

Con todo, existen dos claras hipótesis donde la propia norma legal reconoce o admite la presencia de coactividad y, pese a ello, sigue atribuyendo a las APs el pleno ejercicio de la potestad de aprobación de las correspondientes tarifas. Dicha potestad se hace efectiva, con carácter previo al otorgamiento de las licencias de prestación de los servicios portuarios, con la determinación de las condiciones de acceso en la prestación por medio de la aprobación de los pliegos de prescripciones particulares de dichos servicios, prescripciones que definen la estructura tarifaria¹¹¹. Nos referimos al art.125.2 d) del TR-LPEMM, que establece expresamente como función específica de las APs “aprobar las tarifas máximas en los servicios portuarios, excepto en las terminales marítimas de pasajeros y mercancías dedicadas a uso particular, cuando el número de prestadores del servicio esté limitado o sea insuficiente para garantizar la competencia”. Las dos hipótesis aquí previstas serían pues las siguientes: limitación del número de prestadores de servicio, y ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada.

a) Limitación del número de prestadores de servicio

En efecto, el art.111.1 del TR-LPEMM contempla la posibilidad de que la Autoridad Portuaria, de oficio y de forma excepcional, limite en cada puerto el número máximo de posibles prestadores de un servicio portuario, atendiendo únicamente a razones de disponibilidad de espacios, de capacidad de las instalaciones, de seguridad, de normas medioambientales o por otras razones objetivas relacionadas con las condiciones de competencia y, en todos los supuestos, debidamente motivadas.

Concurriendo alguna de las circunstancias extraordinarias mencionadas, se podría llegar al extremo de que la Autoridad Portuaria limite el número de prestadores de servicio a uno solo, por lo que al menos en la zona o área geográfica de dicho organismo portuario los servicios se estarían prestando en situación de monopolio y la consiguiente coactividad conferiría a las tarifas percibidas la naturaleza de prestaciones patrimoniales de carácter público. La naturaleza reglamentaria de los acuerdos adoptados por las APs al aprobar tales tarifas conculcaría claramente la reserva de ley consagrada en el art.31.3 de la Constitución.

Es más, la Ley admite expresamente que existe un servicio portuario cuya licencia debe estar limitada o reservada a un solo prestador: el servicio de practica¹¹². Al tratarse de un servicio estrechamente vinculado tanto a la actividad

110 Vid. EGUINO DE SAN ROMÁN (2012), pág.383.

111 A este respecto, el art.109.2 del TR-LPEMM dispone lo siguiente:

“La prestación de los servicios portuarios requerirá la obtención de la correspondiente licencia otorgada por la Autoridad Portuaria, la cual solo puede otorgarse previa aprobación del correspondiente Pliego de Prescripciones Particulares del servicio correspondiente.

La licencia no otorgará el derecho a prestar el servicio en exclusiva.

La licencia se otorgará con carácter reglado, previa acreditación del cumplimiento por el solicitante de las condiciones y requisitos previstos en esta ley, y en las prescripciones particulares del servicio. No obstante, cuando esté limitado el número de prestadores, las licencias se otorgarán por concurso”.

112 Así, de conformidad con el art.126.3 del TR-LPEMM, en el servicio de practica “el número de prestadores quedará limitado a un único prestador en cada área portuaria. A estos efectos, se entiende como área portuaria aquella que sea susceptible de explotación totalmente independiente incluyendo su accesibilidad marítima y, por tanto, que los límites geográficos de prestación del servicio de practica correspondientes a cada una de dichas áreas sean totalmente independientes”.

portuaria como a la navegación marítima, sobre el mismo ejercen competencias no sólo las APs sino también la Administración marítima (Capitanía Marítima)¹¹³. En cualquier caso, estamos ante un claro ejemplo de falta de competencia en la oferta del servicio, lo que conllevaría que la exacción percibida por el único oferente fuese una prestación patrimonial pública cuyos elementos esenciales debieran fijarse por una norma con rango de ley. No lo ha entendido así el TR-LPEMM al conferirle a las APs la potestad para fijar los importes máximos de las tarifas.

b) Ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada

A este respecto, a tenor del art.109.3 del TR-LPEMM, “las Autoridades Portuarias deberán adoptar las medidas precisas para garantizar una adecuada cobertura de las necesidades de servicios portuarios en el puerto. A tal fin, podrán excepcionalmente asumir, previo informe favorable de Puertos del Estado, la prestación directa o indirecta de un servicio portuario cuando por ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada sea necesario garantizar una adecuada cobertura de las necesidades del servicio”¹¹⁴. La gestión directa o indirecta de un servicio portuario por la Autoridad Portuaria determina, por mandato del art.125.1 d) del TR-LPEMM, que sea la entidad Puertos del Estado la que asuma la autorización, regulación y control de dicho servicio así como la potestad tarifaria en relación con el mismo. En consecuencia, sigue siendo la Administración portuaria la que aprueba las tarifas vinculadas a tales servicios.

Compartimos la opinión de EGUINO DE SAN ROMÁN (2012) cuando afirma que, en esta hipótesis de ausencia o insuficiencia de iniciativa privada, tampoco habrá concurrencia suficiente sino que, por el contrario, estará presente la coactividad, creándose en definitiva el caldo de cultivo perfecto para que las tarifas se comporten como verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público¹¹⁵. Una vez más, el principio de reserva de ley obligaría al poder legislativo a definir los elementos esenciales de aquéllas, con independencia de que el servicio portuario sea prestado por la respectiva Autoridad Portuaria de forma directa o indirecta.

En efecto, cuando las APs asumen la prestación directa de un servicio portuario y lo hacen en una situación de monopolio lo correcto sería entender que la contraprestación recibida participa de la naturaleza de las tasas, por lo que la regulación de sus elementos básicos por normas de rango reglamentario, y más concretamente por resoluciones adoptadas por la Administración portuaria, contravendría el art.31.3 de la Carta Magna y el art.10.1 de la LTPP¹¹⁶. Si, por el contrario, las APs concurren con el sector privado en la prestación de un determinado servicio portuario, al estar ausente la nota de la coactividad en la recepción o solicitud del servicio, las contraprestaciones recibidas por los organismos portuarios encajarían en la figura de los precios públicos.

113 Así, por ejemplo, a la Administración marítima le corresponde determinar los puertos en que el servicio de practicaje será obligatorio (art.126.2 TR-LPEMM).

114 El mismo precepto aclara que hay insuficiencia de la iniciativa privada “cuando las licencias otorgadas no puedan atender toda la demanda existente en el puerto con los indicadores de calidad exigidos en el Pliego de Prescripciones Particulares del servicio”.

115 Vid. EGUINO DE SAN ROMÁN (2012), pág.383.

116 A tenor de este último, “el establecimiento de las tasas, así como la regulación de los elementos esenciales de cada una de ellas, deberá realizarse con arreglo a Ley”. Además, tras la modificación introducida por la Ley 25/2008, de 13 de julio, en el art.10 de la LTPP, el Gobierno carece de la posibilidad de acordar, mediante Real Decreto, la aplicación y el desarrollo normativo de cada tasa. En la actualidad, el citado art.10.3 de la LTPP es taxativo al disponer que las normas reglamentarias podrán concretar las cuantías exigibles de cada tasa, pero ello únicamente “cuando se autorice por Ley, con subordinación a los criterios o elementos de cuantificación que determine la misma”.

Pero también en los supuestos de gestión indirecta es posible considerar que nos hallamos ante la genérica categoría de la prestación patrimonial de carácter público. Sin embargo, todo apunta a que el TR-LPEMM, aprobado el 5 de septiembre de 2011, ha ignorado por completo que la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, aprobada varios meses antes –concretamente el 4 de marzo de 2011–, había suprimido el párrafo segundo del art.2.2 a) de la LGT, entre otras razones, para corroborar la tesis de que las contraprestaciones percibidas por los servicios públicos prestados indirectamente a través de sociedades o concesionarias en régimen de monopolio no son tasas sino tarifas o precios privados, pero no por ello han perdido la calificación de prestaciones patrimoniales de carácter público. Como explica FALCÓN (2011-I), “la eliminación del párrafo segundo del art. 2.2.a) LGT viene a confirmar que la finalidad de dicho párrafo nunca ha sido la de reconvertir las tarifas en tasas. Las tarifas son y han sido siempre precios privados, incluso cuando se trate de prestaciones patrimoniales públicas a los efectos del art.31.3 de la Constitución”¹¹⁷. Desde esta perspectiva, resulta indiferente que la prestación patrimonial coactiva se abone a un ente público o a una entidad privada, pues en ambos casos –siendo el mismo el grado de coactividad y de injerencia en la esfera patrimonial del sujeto llamado a satisfacerla– el rango normativo exigible sigue manteniendo a la ley como único instrumento indispensable para su aprobación¹¹⁸.

En suma, a nuestro juicio, tanto en los casos en que se limite el número de prestadores de los servicios portuarios –e indubitadamente cuando haya un único prestador– como en aquellos otros en que, formalmente, las APs reconozcan una ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada a la hora de ofertar tales servicios, el principio consagrado en el art.31.3 de la Norma Fundamental obligaría a que los elementos de cuantificación y los topes máximos de las tarifas portuarias estuviesen regulados en una norma con rango de Ley¹¹⁹. No siendo así, creemos que las tarifas establecidas por la Administración portuaria en los casos mencionados incurren en un grave vicio de ilegalidad constitucional.

Por último, el segundo ámbito en el que el TR-LPEMM otorga potestad tarifaria a las APs es el de los servicios comerciales definidos en sus arts.138 y 139. El primero de dichos preceptos los describe como actividades prestacionales de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicios portuarios, estén vinculadas a la actividad portuaria (por ejemplo, consignación de buques y mercancías, suministro o avituallamiento de combustible a buques, construcción y reparación naval, etc.), equiparándose a ellas las actividades industriales, comerciales o de servicios dentro de la zona de servicio del puerto. Por su parte, el art.139 establece que los

117 Vid. FALCÓN Y TELLA (2011-I), pág.4.

118 Vid. BÁEZ MORENO (2009), pág.73.

119 Discrepamos aquí del parecer de EGUINO DE SAN ROMÁN (2012, págs.383-384), cuando sostiene que, en ambas hipótesis, “deberá haber unas tarifas máximas aprobadas por la Administración portuaria y serán prestaciones patrimoniales de carácter público”. Para ello se apoya en la tesis, que nosotros no compartimos, de que hay prestaciones de carácter público de naturaleza no tributaria –como es el caso de las tarifas por servicios portuarios– a las que no son de aplicación “las exigencias del principio de reserva de ley en materia tributaria”. Por el contrario, a nuestro juicio, la expresión “prestaciones patrimoniales de carácter público”, mencionada en el art.31.3 de la Constitución, engloba un variado elenco de ingresos o prestaciones coactivas de naturaleza heterogénea entre las que no sólo están los tributos, por lo que es inexacto ceñir el sentido de dicha expresión a la reserva de ley tributaria. Con todo, el citado autor termina reconociendo que, aun cuando los pliegos de prescripciones particulares de los servicios portuarios definen la estructura tarifaria, “habría sido preferible que la regulación del TR-LPEMM hubiera sido algo más detallada, al menos para establecer algo más que unas pautas elementales”.

servicios comerciales habrán de prestarse en régimen de concurrencia, previa obtención de una autorización otorgada por la Autoridad Portuaria¹²⁰.

En cualquier caso, en relación con los servicios comerciales, el alcance de la potestad tarifaria de las APs está configurado en términos muy amplios por el art.246 del TR-LPEMM. Concretamente, será el Consejo de Administración de cada Autoridad Portuaria el órgano competente para aprobar las tarifas a percibir por la prestación de dichos servicios¹²¹. A tenor de dicho precepto, también serán las APs las que exijan el pago de las correspondientes tarifas "por los servicios comerciales que presten en régimen de concurrencia con entidades privadas (...). Estas tarifas tendrán el carácter de precios privados y deberán contribuir a lograr el objetivo de autofinanciación, evitar prácticas abusivas en relación con los tráficos cautivos, así como actuaciones discriminatorias u otras análogas". Para impedir esas posibles prácticas abusivas o discriminatorias con indeseados escenarios de *dumping*, dichas tarifas o precios privados no podrán ser inferiores al coste del servicio y deberán atender al cumplimiento de los objetivos fijados en el Plan de Empresa.

Pues bien, en la prestación de los servicios comerciales también se pueden dar situaciones excepcionales en los que la iniciativa privada, por diversas razones, queda relegada a un papel secundario, cuasi testimonial o incluso inexistente. Tales circunstancias extraordinarias han sido previstas por el TR-LPEMM con dos consecuencias. En primer lugar, el art.246.1 permite romper la regla financiera de la cobertura mínima del coste del servicio admitiendo que, excepcionalmente, se podrán acordar tarifas inferiores al coste del servicio en tanto subsistan supuestos de subactividad en ausencia de concurrencia con entidades privadas. En segundo lugar, el art.140 del citado texto legal atribuye, con carácter excepcional, la prestación directa de servicios comerciales a las APs limitándola a los casos en que sea preciso atender las posibles deficiencias de la iniciativa privada. Además, el TR-LPEMM apostilla que, "en contraprestación por estos servicios, dichos organismos exigirán las correspondientes tarifas, que tendrán naturaleza de precios privados". A nuestro juicio, si conjugamos el sentido de ambas normas, no es descabellado deducir que un determinado servicio comercial del puerto pueda ser prestado directamente por una Autoridad Portuaria, sin concurrencia de entidades privadas, percibiendo a cambio una contraprestación cuya cuantía sea inferior al coste del servicio. ¿Acaso esta hipótesis difiere de la contemplada en el vigente art.2.2 a) de la LGT cuando asocia la figura de la tasa al caso de que el servicio no se preste o realice por el sector privado? Desde nuestro punto de vista la respuesta debe ser negativa. Pero, por si surgiesen dudas sobre la eventual calificación de dicha contraprestación como tasa, probablemente aquéllas quedarían disipadas si el ingreso percibido se encuadrara finalmente en la más amplia categoría de las prestaciones patrimoniales de carácter público, pues no parece ofrecer controversia que la coactividad, al menos en el ámbito geográfico de la zona de servicio del puerto, sí estaría presente como elemento vinculado a la tarifa en el supuesto descrito. Siendo ello así, en tal hipótesis, también se estaría vulnerando el art.31.3 de la Carta Magna por los arts.26.1 k) y 246.2 del TR-LPEMM al conferir a las APs la potestad de aprobar libremente las tarifas por los servicios comerciales prestados.

120 Por supuesto, al igual que sucede con los licenciatarios o prestadores de algunos servicios portuarios, los operadores privados que presten en los puertos servicios comerciales, en la medida en que ocupen privativamente el dominio público portuario o ejerzan en el mismo actividades comerciales, industriales o de servicios, o utilicen de manera especial las instalaciones portuarias, quedarán sujetos al pago de las correspondientes tasas portuarias de ocupación, de actividad o de utilización. Así, por citar un ejemplo, conforme al art.184 del TR-LPEMM están obligados al pago de la tasa de actividad en su condición de sujetos pasivos, entre otros, los siguientes: a) El titular de la actividad sujeta a autorización (si la actividad desarrollada constituye un servicio comercial). b) El titular de la licencia para la prestación del servicio portuario (si la actividad realizada en el dominio público portuario tiene la consideración de servicio portuario).

121 En el mismo sentido, el art.26.1 k) del TR-LPEMM reconoce como función específica de las APs "aprobar libremente las tarifas por los servicios comerciales que presten, así como proceder a su aplicación y recaudación".

En conclusión, queda patente que la liberalización *de iure* de determinadas actividades y servicios –portuarios o comerciales-, localizados en todo caso en el ámbito competencial de las APs, no impide que surjan situaciones de monopolio *de facto* en las que la obligatoriedad o coactividad en el acceso al servicio por los usuarios exige el consabido respeto a la reserva de ley constitucional en la configuración sustancial de las correspondientes prestaciones patrimoniales públicas.

5. Bibliografía

- › ANDRÉS AUCEJO, E. (2013): *Relaciones entre Reglamento y Ley en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- › ARIÑO ORTIZ, G.; MENÉNDEZ REXACH, A.; NAVAJAS REBOLLAR, M.; ACERO IGLESIAS, P.; NAVARRO FERNÁNDEZ, P.; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, J.J. (2004): *La nueva legislación portuaria. (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26, de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General)*, Atelier, Barcelona.
- › BÁEZ MORENO, A. (2009): “Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria. Algunas reflexiones críticas al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Crónica Tributaria*, nº 133.
- › CHECA GONZÁLEZ, C. (2010): “La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria”, *Civitas – Revista Española de Derecho Financiero*, nº 145.
- › EGUINO DE SAN ROMÁN, R. (2012): *La gestión de los puertos de interés general*, Atelier, Barcelona.
- › FALCÓN Y TELLA, R. (2011-I): “¿Tasas o tarifas?: la supresión del párrafo segundo del art.2.2. a) LGT”, *Quincena Fiscal*, nº 7 (versión electrónica: BIB 2011/412).
- › FALCÓN Y TELLA, R. (2011-II): “El concepto de tributo “desde la perspectiva constitucional” y la supresión del párrafo segundo del art.2.2. a) LGT”, *Quincena Fiscal*, nº 11 (versión electrónica: BIB 2011/796).
- › FERNÁNDEZ PAVÉS, M^a.J. (2013): “Competencia fiscal y ayudas de Estado”, en JABALERA RODRÍGUEZ, A. (Coordinadora): *Fiscalidad empresarial en Europa y competitividad*, Titant lo Blanch, Valencia.
- › FERREIRO LAPATZA, J.J. (2000): “Dictamen sobre la naturaleza y régimen de las cantidades percibidas por la entidad pública “Ports de la Generalitat” por los servicios directamente prestados por ella (I y II)”, *Quincena Fiscal*, nº 1 y 2, 2000.
- › GARCÍA MORENO, A. (2009): “Las tarifas portuarias y la imposibilidad de “convalidar” y exigir un tributo declarado inconstitucional”, *Tribuna Fiscal*, nº 229.
- › IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2010): “La necesaria revisión de los beneficios fiscales y de las ayudas públicas. Justificación de una propuesta”, *Documentos del IEF*, nº 7.

- › MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y ANEIRO PEREIRA, J. (2004): *Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos*, Edersa, Madrid.
- › MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (2006): "La necesidad de una nueva interpretación del artículo 31.3 de la Constitución", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 22 (versión electrónica: BIB 2006/2822).
- › MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (2010): "Algunas reflexiones sobre el hecho imponible de las tasas locales", *Quincena Fiscal*, nº 14 (versión electrónica: BIB 2010/1303).
- › MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2011): "El régimen jurídico de las ayudas de Estado y las normas de naturaleza tributaria", en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (Coordinador): *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, Ciss, Valencia.
- › MORALEDA SACEDA, M. (2011): "Organización portuaria del Estado", en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Director): *Manual de dominio público marítimo-terrestre y puertos del Estado*, Aranzadi, Cizur Menor.
- › MORENO GONZÁLEZ, S. (2006): "Acerca de la naturaleza jurídica de las tarifas portuarias. La esperada respuesta del Tribunal Constitucional y posibles efectos (Sentencias 102/2005, de 20 de abril; 121/2005, de 10 de mayo y 122/2005, de 11 de mayo)", *Crónica Tributaria*, nº 118.
- › MULEIRO PARADA, L.M. (2008): "Las medidas fiscales selectivas adoptadas por los entes territoriales autónomos", en PITA GRANDAL, A.M^a. (Directora): *La financiación autonómica en los Estatutos de Autonomía*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.
- › ORDIZ FUENTES, C. (2011): "Régimen económico de la utilización del dominio público portuario estatal y de la prestación de los servicios portuarios", en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (Director): *Manual de dominio público marítimo-terrestre y puertos del Estado*, Aranzadi, Cizur Menor.
- › PALAOTABOADA, C. (2005): "Tarifas portuarias: precios privados que son tributos", *Estudios Financieros – Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 271.
- › PALOMAR OLMEDA, A. (2005): "La doctrina sobre las tarifas portuarias: un nuevo paso en la lenta reconquista para el Derecho Público de la acción administrativa", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 17 (versión electrónica: BIB 2005/1715).
- › PASCUAL GONZÁLEZ, M. (2012): "Régimen tributario al que están sometidas las embarcaciones deportivas por la utilización del dominio público y por la prestación de los servicios portuarios", *Quincena Fiscal*, nº 8 (versión electrónica: BIB 2012/592).
- › PÉREZ BERNABÉU, B. (2008): *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- › PÉREZ BERNABÉU, B. (2010): "La concesión de subvenciones y la existencia de determinadas medidas fiscales como supuestos de ayudas de Estado", en VV.AA.: *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- › RUIZ HIDALGO, C. (2012): "Las tasas portuarias y la potestad tarifaria de las autoridades portuarias de los puertos de interés general", *Crónica Tributaria*, nº 142.
- › SIMÓN ACOSTA, E.; CHECA GONZÁLEZ, C.; GONZÁLEZ GARCÍA, E.; y LOZANO SERRANO, C. (1993): "Necesaria determinación por ley del importe de los beneficios fiscales", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol.II (versión electrónica: BIB 1993/1039).
- › SIMÓN ACOSTA, E.; CHECA GONZÁLEZ, C.; GONZÁLEZ GARCÍA, E.; y LOZANO SERRANO, C. (1995): "Los beneficios fiscales y el principio de reserva de ley en materia tributaria. Sobre la necesidad de concretar aquéllos con claridad para no vulnerar las exigencias dimanantes de este principio constitucional", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol.II (versión electrónica: BIB 1995/1048).
- › SIMÓN ACOSTA, E.; CHECA GONZÁLEZ, C.; GONZÁLEZ GARCÍA, E.; y LOZANO SERRANO, C. (1995): "La ineludible necesidad de que se determinen mediante ley el establecimiento y el importe de los beneficios fiscales", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, vol.III (versión electrónica: BIB 1995/1057).
- › SOLER ROCH, M^a.T. (2006): "Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado", *Quincena Fiscal*, nº 14 (versión electrónica: BIB 2006/959).
- › TRIAS PRATS, B. (2010): "Tribunal Constitucional y tarifas portuarias: hacia el desenlace final del llamado "conflicto tarifario"", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 36.



