

AL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo General de la Abogacía Española (en adelante CGAE), por medio del presente escrito, formula alegaciones en relación con el anteproyecto de Ley de Navegación Marítima, cuyo despacho corresponde a la Sección 2ª del Consejo de Estado.

Las presentes alegaciones se han realizado sobre la base de las aportaciones de la Sección de Derecho Marítimo del Ilustre Colegio de Barcelona (8 de abril de 2013) y del CGAE.

Sobre el alcance del Anteproyecto de ley

La reforma del Derecho marítimo codificado en España es considerada desde hace tiempo como una necesidad exigida por la obsolescencia del Libro III del Código de Comercio de 1889, en el que se encuentra básicamente recogido.

La constante evolución del Derecho marítimo de los formularios y de las formas contractuales derivadas del juego tradicional en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad, unida a la importancia de los Convenios internacionales en la materia, con creciente protagonismo en algunos sectores específicos del Derecho europeo, aconsejan esa revisión de nuestro Derecho interno.

Y a colmar esas necesidades se dirige el Anteproyecto, que trata de abordar de manera unitaria el fenómeno de la navegación marítima, alcanzando a extremos civiles, mercantiles, procesales o administrativas, por citar sólo algunos.

Por esta misma vocación codificadora, la empresa normativa emprendida debe ser completada en sus términos, de manera que, en la medida de lo posible, alcance su finalidad de actualización y codificación (primer párrafo de la Exposición de Motivos), y de imprescindible coordinación con el Derecho marítimo internacional y la práctica actual del transporte marítimo.

Estas explicitadas finalidades presentan, tras el análisis de la norma proyectada, ciertas deficiencias o aun lagunas; entre ellas cabe destacar, entre otras, las siguientes:

- El trato justo a la gente de mar en la investigación de accidentes marítimos; este principio del Derecho marítimo no aparece recogido en el Anteproyecto.

Parece oportuno realizar una proclamación formal y expresa de dicho principio en nuestro ordenamiento. La ratificación de la Convención de Trabajo Marítimo (MLC 2006) por España (es citada en la Exposición de Motivos, pág. 6) y su pronta entrada en vigor en agosto 2013, hacen indispensable su tratamiento e incorporación a nuestro ordenamiento. Numerosos ordenamientos de nuestro entorno lo están incorporando a sus leyes marítimas (p.e. Código marítimo noruego). La propia Organización Marítima Internacional (OMI-Naciones Unidas) ha invitado a los Estados a recoger en sus legislaciones nacionales el trato justo a la gente de mar (<http://www.imo.org/MediaCentre/pressbriefings/pages/20-leg-98.aspx>).

La experiencia de nuestro propio país demuestra que los accidentes marítimos pueden generar una fuerte presión de criminalización del capitán y la tripulación, obviándose la presunción de inocencia o cualesquiera otros derechos. El peligro de criminalización de la gente de mar ha sido objeto de especial atención por la Organización Internacional del Trabajo y por la Organización Marítima Internacional, en ese sentido el Convenio sobre el Trabajo Marítimo, (MLC 2006), cuya entrada en vigor está fijada para el 22 de agosto del 2013, incluye una disposición sobre la investigación de los siniestros marítimos graves.

Reconociendo debidamente la necesidad de otorgar una protección especial a la gente de mar durante el curso de la investigación, la OIT/OMI adoptaron en diciembre de 2005, las Directrices sobre el trato justo de la gente de mar en caso de accidente marítimo, mediante la resolución A. 987(24). Las Directrices disponen que el trato justo de la gente de mar resulta una responsabilidad directa de los Estados rectores de puertos o ribereños, de los Estados de abanderamiento, del Estado del que la gente de mar sea nacional así como de los navieros o propietarios de buques.

- El desguace de buques; si una de las finalidades de la Ley proyectada es la de adecuar nuestro derecho a la práctica internacional, llama la atención la falta de toda mención en el Anteproyecto a la materia del desguace o reciclaje de buques, que se regula en el Convenio internacional de Hong Kong para la seguridad y gestión medioambientalmente racional del reciclado de buques, de 2009.

En la medida en que el Anteproyecto trata de aunar los aspectos públicos y privados más relevantes en la materia, y que en ese convenio hay elementos referidos a la intervención de autoridades administrativas en esos ámbitos, podría reflexionarse sobre la conveniencia de introducir en el Anteproyecto alguna referencia.

- El concepto de armador; a estos efectos, debe coherenciarse la definición empleada con la consagrada en Derecho europeo, en los términos que señaló el Consejo de Estado en su dictamen nº 1.043/2012.

Las anteriores observaciones valgan para poner de relieve cómo el Anteproyecto puede no resultar acorde con las finalidades expresadas aun antes de su aprobación como proyecto de ley por el Consejo de Ministros. Si, como se advierte por el diseño del prelegislador, lo que se pretende es actualizar el Derecho de la navegación marítima, quizás debería tratar de dotarse a este proyecto normativo de un contenido actualizado y completo, que no aboque a este sector del Derecho a modificaciones más o menos inmediatas o a la cohabitación con leyes especiales en su ámbito.

Sobre el contenido del Anteproyecto

El amplísimo contenido de la norma proyectada, en línea con sus finalidades permite advertir cómo el prelegislador ha dotado de tratamiento novedoso a ciertas cuestiones y ha abordado ciertos aspectos con una afirmada voluntad reformista, en tanto que otros son simple traslación a la norma legal en proyecto de aspectos ya regulados de manera sectorial y dispersa en nuestro Derecho.

A continuación se formulan diversas observaciones que destacan algunos aspectos que pueden generar disfunciones en la aplicación de la futura norma, caso de ser aprobada en sus términos:

1ª) Normas analizadas: artículos 56 a 59 del Capítulo I De los buques, embarcaciones y artefactos navales

Se desaprovecha la oportunidad de definir con mayor concreción los diferentes tipos de estructuras (Artículos 56 y ss.)

Capítulo I.

Artículo 56. Buque.

Se entiende por buque todo vehículo con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, que cuente con cubierta corrida y de eslora igual o superior a 24 metros.

Artículo 57. Embarcación.

Se entiende por embarcación el vehículo que carezca de cubierta corrida y el de eslora inferior a 24 metros, siempre que, en uno y otro caso, no sea calificado reglamentariamente como unidad menor en atención a sus características de propulsión o de utilización.

Artículo 58. Artefacto naval.

1. Se entiende por artefacto naval toda construcción flotante con capacidad y estructura para albergar personas o cosas, cuyo destino no es la navegación, sino quedar situada en un punto fijo de las aguas.

2. Se considera, asimismo, artefacto naval el buque que haya perdido su condición de tal por haber quedado amarrado, varado o fondeado en un lugar fijo, y destinado, con carácter permanente, a actividades distintas de la navegación.

Artículo 59. Plataforma fija.

1. Se entiende por plataforma fija toda estructura o instalación susceptible de realizar operaciones de explotación de los recursos naturales marítimos o de destinarse a cualesquiera otras actividades, emplazada sobre el lecho del mar, fondeada o apoyada en él.

2. Por encontrarse permanentemente sujeta al fondo de las aguas, la plataforma fija tiene la consideración de bienes inmuebles con arreglo al Código Civil.

Consideraciones jurídicas

El actual artículo 9 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, define a sus propios efectos lo que debe considerarse Flota civil y plataformas fijas.

Concretamente, ha de entenderse por buque civil, cualquier embarcación, plataforma o artefacto flotante, con o sin desplazamiento, apto para la navegación y no afecto al servicio de la defensa nacional.

Por otro lado, el Artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil (vigente transitoriamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del RD 1597/1989 de 29 de diciembre) dice: “Se reputarán buques, para los efectos del Código de Comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial”.

Para evitar la pluralidad de definiciones, la Ley debería establecer una sola definición y derogar o modificar todas las definiciones que pudieran crear inseguridad jurídica.

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia ha negado tal efecto, considerando que es posible diferenciar el alcance del Anteproyecto y el de la Ley de Puertos, entendiendo que la definición que ésta ley contiene, por ejemplo, de buque lo es a los solos efectos de dicha ley, en tanto que la que recoge el Anteproyecto es una definición y clasificación a efectos de Derecho privado.

Aun cuando ésta afirmación pudiera compartirse en términos generales, no puede dejar de advertirse que ya en sus primeros artículos (artículos 7 y 8) el Anteproyecto regula cuestiones relacionadas con los buques y su entrada en puerto y el cierre de los puertos, por lo que contiene normas sobre actuación de autoridades administrativas en relación con los buques.

No parece adecuada la disparidad de tratamiento del buque, pues no es posible establecer con claridad y de manera definitiva una cesura entre normas que regulan cuestiones administrativas y aquellas que tratan el buque desde una perspectiva de Derecho privado.

Por ello, se sugiere reconsiderar la diferencia de definiciones objeto de esta observación.

En concreto, se propone modificar el artículo 56 del Anteproyecto para incluir todos los artefactos navales que en la actual definición no tienen encaje en ninguna de las definiciones.

“Artículo 56. Buque.

Se entiende por buque todo vehículo auto propulsado o no con estructura y capacidad para navegar con o sin desplazamiento por el mar y para transportar personas o cosas o realizar otras actividades mercantiles, que cuente con cubierta corrida y de eslora igual o superior a 24 metros.

2ª) Norma analizada: Naturaleza e identificación del buque. Apartado 3 del artículo 60

Según este precepto, “son pertenencias los elementos destinados al servicio del buque de un modo permanente, pero que no integran su estructura”.

De la definición de pertenencia (artículo 60.3) podría discutirse si un contenedor no lo es.

El contenedor y otros útiles de carga no siempre están destinados al servicio del buque de manera permanente y por ello, parece aconsejable modificar la redacción del artículo para que puedan quedar incluidos

Se propone dar al artículo comentado la siguiente redacción:

“3. Son pertenencias los elementos destinados al servicio del buque de un modo permanente, pero que no integran su estructura.

También serán consideradas pertenencias los contenedores y otros útiles de carga que el propietario pueda asignar al buque de manera permanente”.

3ª) Norma analizada art. 62 Adquisición del buque

El apartado 2 del artículo 62 dice textualmente: “No obstante, quedan exceptuadas las pertenencias de propiedad de un tercero, cuyo dominio se haya adquirido con fecha anterior al correspondiente negocio jurídico o acto generador de gravamen”.

En la práctica, el propietario del buque no tiene el dominio sobre todas sus pertenencias, particularidad que puede ser inscrita en la hoja registral del buque en virtud de lo dispuesto en el artículo 152 del Reglamento del Registro Mercantil (vigente transitoriamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del RD 1597/1989 de 29 de diciembre).

Se propone por ello la modificación del apartado 2 del artículo 62, en los siguientes términos

“No obstante, quedan exceptuadas las pertenencias inscritas en el Registro de Bienes Muebles a nombre de un tercero o cuyo dominio haya sido adquirido por él con fecha anterior al correspondiente negocio jurídico o acto generador de gravamen”.

4ª) Normas analizadas: artículos 65 y siguientes. Registro de buques

En estos preceptos se regulan por el Anteproyecto la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles, en la que se inscribirán las titularidades y gravámenes sobre los buques, embarcaciones y artefactos navales, con la finalidad de proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas de aquéllos, así como el Registro de Buques y Empresas Navieras, en el que la Administración marítima procede a la matrícula de un buque o embarcación, con el fin de mantener la identificación y el control administrativo de los buques y embarcaciones españoles.

Junto a ello, se regula la necesidad de la coordinación entre ambos registros y, a continuación, se establecen las reglas generales y de funcionamiento y los principios de la Sección de Buques y ciertas reglas de actuación del Registro administrativo.

Ha sido criticada tradicionalmente la dualidad registral, aunque es claro que obedecen a finalidades distintas y que, como tales, responden a objetivos diversos. No obstante lo anterior, debe señalarse lo siguiente:

- Quiere llamarse la atención sobre el hecho de que se incorporen al Anteproyecto algunas cuestiones que parecen exceder de la necesaria regulación legal, produciendo un posible efecto de congelación de rango que no es deseable.
- Así, la consagración legal de principios registrales no ha sido incorporada a una norma con rango legal en otros sectores del ordenamiento, como las fundaciones o el propio Registro Mercantil.
- Debe tenerse en cuenta además, que está en curso una reforma integral de los Registros en la que pueden incorporarse cuestiones ahora reguladas en este Anteproyecto, por lo que debe tratarse de coordinar ambos textos.

5ª) Norma analizada art. 103 Efecto de los certificados:

“Artículo 103. Efecto de los certificados

Los certificados expedidos presuponen el correcto estado del buque en lo referente a su objeto, salvo prueba en contrario.

La carencia o el vencimiento de los certificados implica para el buque la imposibilidad de navegar o de prestar los servicios a los que se halla destinado, salvo las excepciones que puedan establecerse reglamentariamente para circunstancias especiales”.

Consideraciones Jurídicas:

El Código Internacional de Gestión de la Seguridad operacional del buque y la prevención de la contaminación, abreviado en el mismo como Código IGS, CGS según el cap. IX del Convenio SOLAS 74/78, fue aprobado por la OMI el 4 de noviembre de 1993 como Anexo a la Resolución A.741(18) (BOE NUM.122 de 22 de Mayo de 1998, páginas 16923 a 16927), exige que los certificados del buque que afecten a la seguridad y al prevención de contaminación del buque estén en vigor, designando para ello en su artículo 4 a “Personas designadas” que junto al Capitán del buque, asumen dicha obligación y responsabilidad respecto a los certificados.

Ni la norma citada ni otras del presente Anteproyecto de Navegación Marítima, efectúan una mención expresa, a la responsabilidad en que se incurre por la persona/s designada/s por la falta de incumplimiento de sus obligaciones, es decir, la de no tener el buque sus certificados en vigor, lo que deriva en una falta de navegabilidad del buque, que puede llevar por ejemplo a la resolución de un contrato de fletamento por viaje, y las consecuentes indemnizaciones a favor del fletador.

Entendemos necesario incluir un artículo que permita atribuir responsabilidad directa o subsidiaria a las “persona/s designada/s” encargadas de velar por el cumplimiento de que los certificados del buque que afecten a la seguridad y al prevención de contaminación del buque estén en vigor.

Actualmente en atención a la implementación del Código IGS, la compañía, entendida como “propietario del buque o cualquier otra organización o persona, por ejemplo el gestor naval o el fletador a casco desnudo, que al recibir del propietario la responsabilidad de la explotación del buque haya aceptado las obligaciones y responsabilidades estipuladas en el Código”, encarga dicha labor a terceras empresas especializadas en la gestión de seguridad y prevención de contaminación del buque, lo que a la práctica supone que un naviero insolvente no responda de los daños y perjuicios causados por no tener en vigor los certificados, sin existir posibilidad de reclamar al auténtico causante, que es la tercera empresa encargada del “International Safety Management”, que generalmente son empresas financieramente sólidas.

A la vista de las anteriores consideraciones, se propone redactar el artículo 103 del Anteproyecto en los siguientes términos:

“Artículo 103. Efecto de los certificados.

Los certificados expedidos presuponen el correcto estado del buque en lo referente a su objeto, salvo prueba en contrario.

La carencia o el vencimiento de los certificados implica para el buque la imposibilidad de navegar o de prestar los servicios a los que se halla destinado, salvo las excepciones que puedan establecerse reglamentariamente para circunstancias especiales.

La responsabilidad por la carencia o el vencimiento de los certificados del buque será del explotador del buque y subsidiariamente de la persona/s designada/s de conformidad a las disposiciones establecidas en el Código Internacional de Gestión de la Seguridad.

6ª) Norma analizada Artículo 182. Obligaciones técnicas del capitán.

“Artículo 182. Obligaciones técnicas del capitán

1. El capitán ostenta la dirección técnica de la navegación del buque, asumiendo su gobierno efectivo cuando lo juzgue oportuno y, en particular, en los supuestos previstos en el apartado siguiente”.

Consideraciones Jurídicas:

El Anteproyecto regula en su artículo 182 las Obligaciones técnicas del Capitán, sin que se haga mención alguna al Código Internacional de Gestión de la Seguridad operacional del buque y la prevención de la contaminación, ya citado, que en su punto 5 determina la responsabilidad y Autoridad del Capitán, lo que resulta extraño a la vista de la remisión que se efectúa a la normativa convencional en otros artículos, por ejemplo el artículo 371 que regula el Derecho a limitar la responsabilidad ante las reclamaciones nacidas de un mismo accidente, rigiéndose por lo dispuesto en el Protocolo de 1996 que enmienda el Convenio

Internacional sobre la Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones de Derecho Marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976, con las reservas hechas por España en el Instrumento de Adhesión.

Propuesta alternativa al artículo 182.1

“1. El capitán ostenta la dirección técnica de la navegación del buque, asumiendo su gobierno efectivo cuando lo juzgue oportuno y, en particular, en los supuestos previstos en el apartado siguiente, siéndole de aplicación en cuanto a su responsabilidad y autoridad las disposiciones previstas en el Código Internacional de Gestión de la Seguridad.”

7ª) Norma analizada Artículo 212.3 Navegabilidad del buque

“3. El porteador deberá ejercer una diligencia razonable para mantener el buque en el estado de navegabilidad adecuado durante el tiempo de vigencia del contrato”.

Consideraciones Jurídicas:

El Código Internacional de Gestión de la Seguridad operacional del buque y la prevención de la contaminación, requiere en su artículo 10 (“Mantenimiento del buque y el equipo”) que la compañía adopte los procedimientos necesarios para garantizar que el mantenimiento del buque se efectúe de conformidad con los reglamentos correspondientes y con las disposiciones complementarias que ella misma establezca.

Más allá de la diligencia razonable para mantener el buque en estado de navegabilidad se exige ahora, el cumplimiento de una norma que garantice el mantenimiento del buque y el equipo, que afecta directamente a la navegabilidad del buque, por lo que a nuestro juicio es necesario hacer una mención expresa a dicha norma convencional.

Propuesta al artículo 212.3

“El porteador deberá ejercer una diligencia razonable para mantener el buque y su equipo en el estado de navegabilidad adecuado durante el tiempo de vigencia del contrato, cumpliendo asimismo con las prescripciones establecidas en el Código Internacional de Gestión de la Seguridad”.

8ª) Norma analizada Artículo 303. Tareas de manipulación

“Artículo 303. Tareas de manipulación

Cuando el consignatario del buque realice tareas de manipulación portuaria de mercancías se le aplicarán las normas propias de esta actividad.”

Consideraciones Jurídicas

De la actual definición del consignatario de buques prevista en el artículo 259 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y

de la Marina Mercante, no se desprende en ningún caso que el consignatario pueda efectuar tareas de manipulación portuaria de mercancía, limitándose sus servicios a ser “la persona física o jurídica que actúa en nombre y representación del naviero o del propietario del buque.” Por lo que de entrada la norma administrativa excluye que el consignatario pueda efectuar actividades portuarias de manipulación de mercancías.

Las tareas de manipulación portuaria de mercancías vienen definidas en artículo 108.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que considera un servicio portuario la manipulación de mercancías, que consiste en la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el trasbordo de mercancías, estando sujetas a obligaciones de servicio público de conformidad al artículo 110 de la citada norma, requiriendo la prestación de los servicios portuarios la obtención de la correspondiente licencia otorgada por la Autoridad Portuaria.

Por tanto a nuestro entender el consignatario no puede efectuar tareas de manipulación portuaria de mercancías, ya que su actividad es la de prestar un servicio comercial vinculado a la actividad portuaria, que no tiene el carácter de servicio portuario de los descritos en el artículo 108 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, sino que se enmarca en la definición de servicios comerciales previsto en el artículo 138.1 de la norma administrativa, más allá de que en su calidad de agente del naviero promueva actos u operaciones de comercio, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones, tal como dispone el artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia.

Propuesta:

Supresión dicho artículo

9ª) Propuesta de adición

En línea con las observaciones efectuadas al inicio de estas alegaciones sobre el trato justo a la gente de mar en la investigación de accidentes marítimos, se propone añadir un nuevo párrafo al art. 265 del Texto Refundido Ley de Puertos 2011, con la siguiente redacción:

“En todo procedimiento de investigación se deberán respetar sin excepciones los derechos de la gente de mar, de conformidad con las Directrices sobre el trato justo de la gente de mar en caso de accidente marítimo (Resolución OMI A. 987(24))”.

Justificación:

Nuestro derecho ha recogido las Directrices del trato justo a la gente de mar, tanto por la ratificación del Código de Investigación de Siniestros (BOE 11 noviembre 2009) y las enmiendas del SOLAS, como por la Directiva 2009/18/23 abril 2009 del Parlamento y el Consejo: Principios fundamentales en la investigación de Siniestros Marítimos (DOCE 28 mayo 2009). La referencia a las Directrices es tratada en los Considerandos 9, 10 y en los artículos 1,2 y de manera particular en el art. 18 (Trato justo de la

Tripulación). Lo cual implica, en línea de principios, la obligación legal de respetar en nuestro ordenamiento, sin excepciones los derechos humanos de la gente de mar.

CONCLUSIONES:

Primera. La dualidad planteada entre La LNM (anteproyecto) y el régimen jurídico de la navegación y otros aspectos relevantes contenidos en el Texto refundido de la Ley de Puertos y Marina Mercante (TRLPMM 92/2011 (BOE 20 octubre 2011); Libro II, arts. 252 y ss.), resulta contraria al espíritu y finalidad de un corpus iuris único para la navegación, y con el modelo doctrinal de referencia (Codice della Navigazione italiano de1942, actualmente en revisión).

Segunda. La técnica legislativa de reenvío a los Convenios internacionales y otras normas de derecho uniforme, que presenta ciertas ventajas, adolece de una importante carencia: la escasa dimensión regulatoria de las cuestiones planteadas. Se ha hecho un importante trabajo doctrinal, que no va a hallar correspondencia con las prácticas y la realidad del mercado.