

ANAVE – Circular de Régimen Interior

Madrid, 2 de septiembre de 2021
Ref: Explotación 56/2021/MH

Asunto: Borrador de Propuesta de criterios para autorizar las dispensas de bandera europea.

Muy Srs. nuestros:

Como saben, ANAVE recibe las solicitudes de dispensa de bandera comunitaria en tráficos de cabotaje (*waivers*) y se encarga de consultar a las empresas asociadas la posible disponibilidad de buque.

La regulación de este procedimiento es muy genérica y no recoge toda la casuística posible. Por ello, la DGMM, siempre ha establecido unos criterios generales que consultaban previamente a ANAVE. En septiembre de 2019 la DGMM nos informó de que estaban preparando una instrucción de servicio que pretendía revisar los criterios generales sobre lo que se considera un buque comunitario “apto” y definir unos criterios de aplicación a determinados casos excepcionales pero recurrentes (como por ejemplo sustituciones de buques por avería o varada). **Varias navieras asociadas nos han manifestado la conveniencia de que la DGMM retome este asunto, que ha quedado paralizado por la pandemia.**

Les adjuntamos una propuesta de criterios para autorizar las dispensas de bandera, rogándoles que nos envíen sus comentarios a más tardar el viernes 17 de septiembre a mheras@anave.es.

En función de los comentarios recibidos prepararemos un nuevo borrador, que circularemos a todas las empresas y les preguntaremos por la conveniencia de convocar una reunión para su discusión.

Muy cordialmente,

Elena Seco
Directora General

-----<<<
Confidencialidad: La información contenida en esta circular es confidencial y va dirigida exclusivamente a las empresas navieras asociadas a ANAVE para su uso interno. La copia o distribución pública, incluso por parte de las propias empresas asociadas, está en principio prohibida, salvo autorización expresa de ANAVE. En particular, queda expresamente prohibida la difusión de esta información por medios de comunicación pública escritos o electrónicos. Si por error recibe este e-mail se ruega su comunicación al remitente y su inmediata destrucción, no debiéndose enviar a otro destinatario.

Confidentiality: The information contained in this message is confidential and addressed to ANAVE's member companies for their internal use only. Any dissemination or copying of this information, even by the member companies is in principle prohibited, unless expressly authorised by ANAVE. In particular, it is strictly forbidden the publication of this information by public media, either written or electronic. If you receive this message by error then you may not copy or deliver this message to anyone, but please destroy this message and notify us immediately.

Advertencia de seguridad: Este mensaje ha sido comprobado por un sistema antivirus interno y externo regularmente actualizado. En todo caso, compruebe que todos los mensajes que recibe son filtrados por su propio sistema de seguridad antes de su apertura.
Security warning: This email has been scanned for viruses by our regularly updated email security systems but, in accordance with good computer practice, please ensure that all messages received are checked by your own security systems before opening.

>>>-----

CRITERIOS PARA AUTORIZAR LAS DISPENSAS DE BANDERA EUROPEA BORRADOR DE PROPUESTA

La LPEMM establece la reserva de la navegación de cabotaje a los buques comunitarios. No obstante, de forma excepcional, cuando no existan buques mercantes comunitarios aptos y disponibles, las empresas navieras españolas podrán contratar y emplear buques de otras banderas para efectuar transportes en tráficos de cabotaje.

En el año 2015, la DGMM descentralizó el procedimiento de solicitud de estas dispensas de bandera, de modo que fueran las Capitanías Marítimas de cada puerto las encargadas de recibir y tramitar estas solicitudes.

Hasta entonces existían un conjunto de criterios establecidos informalmente por la DGMM tras consultar al sector para una aplicación homogénea de estas dispensas. En septiembre de 2019 la DGMM nos informó de que estaban preparando una instrucción de servicio que pretendía revisar estos criterios generales sobre lo que se considera un buque comunitario «apto» y definir unos criterios de aplicación a determinados casos excepcionales pero recurrentes (como por ejemplo sustituciones de buques por avería o varada).

Varias navieras asociadas nos han manifestado la conveniencia de que la DGMM retome este asunto, que quedó paralizado por la pandemia.

Sin perjuicio de que puedan plantearse situaciones excepcionales que requieran una valoración especial, se resumen en la presente nota los principales asuntos que han sido objeto de interpretación en los últimos años, con el objetivo de acordar una propuesta consensuada que ANAVE enviaría a la DGMM.

1. Horquilla de carga del buque.

Se considerará que un buque es apto para transportar una cierta cantidad de mercancía cuando éste pueda cargar a bordo la mercancía indicada en la solicitud aplicando un margen del xx% por encima o por debajo de esa cantidad [en el pasado se utilizó un 10/20% dependiendo del tamaño de buque], por considerarse los términos utilizados en la práctica comercial.

No se admitirá, por razones de economía de escala y medioambientales, dividir la carga de una solicitud en varios buques o que ésta sea transportada por un mismo buque en varias rotaciones.

La empresa solicitante podrá presentar a la Capitanía Marítima un documento que pruebe la necesidad de transportar una cantidad mínima de mercancía (un documento contractual, por ejemplo). En estos casos, no se considerará apto un buque de bandera comunitaria que no pueda cargar esa cantidad mínima, si bien la Capitanía Marítima comprobará de oficio que la cantidad de mercancía cargada finalmente superó el mínimo solicitado. Asimismo, avisará al puerto de descarga que para lleve a cabo la misma comprobación con la totalidad de la mercancía descargada en puerto español⁽¹⁾.

2. Medios o características especiales

En el caso de que el buque precise medios especiales para hacer la carga/descarga o cualquier característica adicional diferenciadora de otros buques en el mercado, la Capitanía Marítima comprobará que se utilizan estos medios (o características) en el puerto de carga y, si no es así, informará al puerto

(1)

de descarga para que se verifique que éstos se utilizan. El fin de esta medida es verificar que el viaje en cuestión no podría haberse llevado a cabo sin hacer uso de esos medios o de la característica especial solicitada.

En los casos en los que se ofrezca buque de bandera comunitaria que no disponga de los medios o características adicionales solicitados, la Capitanía Marítima podrá:

- Considerar que el buque ofrecido no es apto, informando de ello a la empresa, así como de las comprobaciones realizadas.
- Considerar la posibilidad de que la carga o descarga de esa mercancía se lleve a cabo en otro muelle o dársena del mismo puerto, si no hay impedimentos de carácter técnico o de seguridad que lo desaconsejen.

3. Disponibilidad.

Se considera que un buque está disponible si puede prestar el servicio en la fecha para la que se solicita la exención de bandera, pudiendo establecerse un margen de [1 o 2] días sobre las fechas de carga solicitadas. Cuando un armador ofrezca un buque comunitario, se compromete a cumplir las fechas indicadas.

4. Duración de la dispensa de bandera en el caso de buques de línea regular.

Las solicitudes de dispensa de bandera europea en el caso de la sustitución de un buque de línea regular de cabotaje por varada, entrada a dique o avería se remitirán a la DGMM.

En estos casos, tras verificar que no existe buque apto y disponible, se autorizará la dispensa por el tiempo que perdure la circunstancia que motiva la solicitud y por un plazo, en todo caso, de [un mes] como máximo.

[Podría valorarse establecer un plazo superior en el caso de accidente o avería (por ejemplo, durante la estancia del buque en el astillero con un máximo de dos meses).

En el caso de varada programada, en el pasado se exigía que la solicitud debía presentarse con al menos un mes de antelación.]

5. Dispensa de las condiciones de tripulación (Orden de 22 de julio 1999) en el caso de líneas regulares de cabotaje insular.

5.1 Buque de pabellón no comunitario.

En el caso de que se conceda una dispensa de bandera a un buque que presta servicios de línea regular insular en línea con el apartado anterior, es muy probable que el armador del buque no comunitario no pueda (y no quiera por motivos de seguridad) adaptar la dotación del buque a las condiciones de tripulación españolas, sobre todo teniendo en cuenta el corto plazo de fletamento del buque.

Efectivamente, cuando se fleta un buque ajeno por un tiempo breve, como sería el caso indicado en el punto anterior, se utiliza con generalidad la modalidad de fletamento por tiempo (*time charter*), en la que la contratación y pago de la tripulación corre por cuenta del armador fletante. Pretender que una operación tan breve se lleve a cabo en términos de arrendamiento a casco desnudo (*bare-boat charter*) limitaría enormemente las posibilidades de encontrar en el mercado un buque para atender a la necesidad perentoria de que se trate, lo que se traduciría en una desatención del servicio, con perjuicio para los usuarios del mismo.

En consecuencia, cuando concurran las condiciones antes indicadas para conceder una de dispensa de bandera (que será en todo caso de carácter excepcional), no serán exigibles las condiciones de tripulación españolas, sino las que determine la legislación de la bandera del buque.

En el caso de los buques de pasaje, deberán cumplir lo establecido en el artículo 41.3 del RD 973/2009, de 12 de junio, por el que se regulan las titulaciones profesionales de la marina mercante, sobre la capacidad de comunicación de los miembros de la tripulación cuya función sea ayudar a los pasajeros en situaciones de emergencia.

5.2 Buque de pabellón comunitario.

Teniendo en cuenta el apartado anterior, no parece lógico ni en línea con el espíritu de la norma que pueda concederse una exención de las condiciones de tripulación a un buque de pabellón no comunitario, y sin embargo un buque de pabellón comunitario deba en todo caso cumplir las condiciones de tripulación.

Por lo tanto, en el caso de varada, avería o accidente de un buque que preste servicio regular de cabotaje insular, la empresa naviera que encuentre en el mercado un buque de bandera comunitaria que pueda prestar el servicio pero no adaptar su dotación a las condiciones de tripulación españolas, podrá obtener una autorización de la DGMM para prestar el servicio, una vez confirmado con el mercado la no disponibilidad de buque «apto».

Adjuntamos una Nota jurídica que justifica esta posibilidad.

6. Distribución de contenedores en tránsito (*feeders*) entre distintos puertos españoles y transporte de contenedores vacíos

El embarque y desembarque de un contenedor en dos puertos españoles, cualquiera que sea su origen o destino final (servicios de distribución o *feeder*) se considera cabotaje.

Del mismo modo, el transporte de contenedores vacíos entre puertos españoles, al tratarse de una navegación con finalidad mercantil, también se considerará como cabotaje, cualquiera que sea su origen o destino final.

7. Mercancías movidas dentro de un mismo puerto

En el caso del tráfico interior de puertos, el art. 8.2 del TRLPEMM define la navegación interior como la que transcurre íntegramente dentro del ámbito de un determinado puerto o de otras aguas interiores marítimas españolas.

Por otro lado, el art. 256.1 del TRLPEMM establece la reserva de bandera en este tipo de tráficos y prevé, de la misma manera que en los tráficos de cabotaje, la autorización de dispensas de bandera en el caso de no existir buques aptos y disponibles, por el tiempo que perdure tal circunstancia. Por tanto, el tráfico en el interior de los puertos se tratará de la misma manera que el cabotaje.

NOTA JURÍDICA SOBRE LA PROPUESTA DE ANAVE DE CRITERIOS A APLICAR PARA DISPENSAS A BUQUES DE LÍNEA REGULAR INSULAR

Como norma general, con arreglo al RD Legislativo 2/2011, el RD 1526/2007 y la Orden FOM de 22 de julio de 1999, para poder ser utilizados en **servicios regulares de cabotaje insular**, los buques tienen que cumplir dos condiciones:

1. Estar **abanderados** en un España o en otro Estado miembro de la UE o el EEE (RD Legislativo 2/2011 con carácter general y RD 1526/2007 específico para las líneas regulares).
2. Adicionalmente a la anterior, cumplir las **condiciones de tripulación españolas** (abreviadamente *Host State Conditions*, HSC) establecidas en la Orden FOM de 22 de julio de 1999.

Se pretende determinar si existe amparo legal en las citadas normas para, excepcionalmente, autorizar un buque abanderado en un Estado miembro de la UE, pero que no cumple las HSC españolas, a operar temporalmente en una línea regular de cabotaje insular en España, y la posible duración de dicha autorización.

Dispensa de Bandera y HSC:

El RD 1516/2007. Art 2. segundo párrafo, basándose en el art. 81.1, segundo párrafo de la Ley 27/1992 [actual artículo 257 del RD Legislativo 2/2011] permite autorizar excepcionalmente buques no abanderados en España, la UE o el EEE (países terceros). Su tenor es el siguiente:

Excepcionalmente, cuando no existan buques mercantes aptos y disponibles abanderados en los Estados mencionados en el párrafo anterior, las empresas navieras pertenecientes a dichos Estados [miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo], de conformidad con el artículo 81.1, segundo párrafo de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, podrán ser autorizadas por la Dirección General de la Marina Mercante para contratar y emplear buques mercantes no abanderados en éstos, por el tiempo que perdure tal circunstancia.

Es decir, de las dos condiciones antes indicadas, este artículo permite expresamente exceptuar la primera. Pero, como consecuencia, también permite, tácitamente, exceptuar la segunda (HSC), dado que la citada Orden de 1999 solo es aplicable a buques de bandera de otros Estados de la UE o del EEE y no a países terceros. Quiere ello decir que, en caso de autorizar a un buque de bandera de un país tercero (ej. Bahamas), no se le podrá exigir el cumplimiento de las HSC españolas (como de hecho ocurre en la práctica).

Por tanto, este artículo permite exceptuar, de forma excepcional y temporal, simultáneamente ambos requisitos antes indicados: la bandera y las HSC. La condición para ello es que “no existan buques mercantes aptos y disponibles”. Por ello, antes de autorizar la excepción se debería consultar la existencia y disponibilidad de buques que sí cumplan esas condiciones, lo que se viene haciendo por el mismo procedimiento de consulta ya establecido para las dispensas de bandera en tráficos tramp.

Ahora bien, si dicho párrafo permite dispensar de los dos requisitos simultáneamente (bandera y HSC), en toda lógica, y aunque no se diga expresamente, el mismo podría también utilizarse como base legal para exceptuar únicamente la segunda de las dos condiciones (el cumplimiento de las HSC), en el caso de que sí existan buques de banderas de Estados UE o EEE, aptos y disponibles, ya sea porque la propia naviera que pide la excepción lo haya encontrado en el mercado o porque se ofrezca el mismo por otra naviera en el trámite de consulta.

Esta conclusión se deduce del conocido principio, de origen latino “Quien puede lo más, puede lo menos” (*Qui potest plus, potest minus*). Este principio del Derecho significa que quien tiene poder para hacer cosas grandes o importantes, puede hacer, sobre el mismo tema, cosas menores, accesorias, o derivadas de las primeras, salvo que exista una norma concreta que se lo impida. Se utiliza con frecuencia, precisamente, para determinar las potestades de determinados organismos de la Administración.

Supóngase que la naviera A, que opera una línea regular de cabotaje insular solicita autorización para utilizar temporalmente un buque de bandera de un país tercero. En el procedimiento de consulta, la naviera B ofrece un buque de bandera de otro Estado UE, pero que no cumple las HSC. Parece que sería mucho más concordante con los fines que persigue la reserva a los buques de banderas europeas autorizar a este segundo buque que al primero, ya que de este modo al menos se estaría respetando la preferencia de los buques europeos. Exactamente lo mismo puede alegarse si el buque de bandera europea hubiese sido propuesto directamente por la naviera A.

En conclusión, aunque no lo diga expresamente, cabe inferir que **el Art 2. Segundo párrafo del RD 1516/2007 proporciona base legal para autorizar, excepcional y temporalmente, el uso en una línea regular insular en España de un buque de bandera de otro Estado UE o EEE que no cumpla las HSC españolas, si no existe uno disponible que sí las cumpla.**

Por otra parte, si hay que recurrir a fletar un buque de bandera de otro Estado UE o EEE que no esté actualmente operando en servicios regulares insulares españoles, lo normal será que dicho buque no cumpla las HSC españolas, ya que las mismas resultan en un mayor coste para el armador, en el que no se incurre normalmente si no es necesario.

Además, cuando se trata de sustituir un buque por un periodo de tiempo muy breve, de algunos días o pocas semanas, se utiliza siempre la modalidad de fletamento por tiempo (Time Charter, T/C), en la que la contratación y pago de la tripulación corre por cuenta del armador fletante. No se cierran operaciones de arrendamiento a casco desnudo por tan corta duración. Entre otras cosas porque sustituir la tripulación o parte de ella exigiría dedicar cierto tiempo a la necesaria familiarización de los nuevos tripulantes con el buque, que viene impuesta por el Convenio STCW y el Código ISM por razón de seguridad marítima. Por tanto, el buque fletado no podría incorporarse inmediatamente al servicio, como se requeriría en estos casos.

Así pues, a no ser que, por casualidad, se encuentre en el mercado un buque que ya cumpla las HSC españolas, modificar para unos pocos días o semanas las tripulaciones ya contratadas supondría una grave dificultad para ambas partes (el armador fletante y el naviero español que lo toma en fletamento) e incluso un incumplimiento potencial de las citadas normas de seguridad.