

OS NOVOS DESAFIOS DA POLÍTICA PORTUÁRIA

ALEXANDRA ARAGÃO
AMADEU ROCHA
ANA RAQUEL MONIZ
FERNANDA PAULA OLIVEIRA
LICÍNIO LOPES MARTINS
ROBERTO FERNÁNDEZ LÓPEZ
SUZANA TAVARES DA SILVA
VÍTOR CALDEIRINHA



EDIÇÃO

Imprensa da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

Imprensa da Universidade de Coimbra
Email: imprensa@uc.pt
URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc
Vendas online: <http://livrariadaimprensa.uc.pt>

ISBN

978-989-26-1418-2

ISBN DIGITAL

978-989-26-1419-9

DOI

<https://doi.org/10.14195/978-989-26-1419-9>

DEPÓSITO LEGAL

392009/15

PROJECTO ESTRATÉGICO

“Desafios Sociais, Incerteza e Direito”
UID/DIR/04643/2013

PRINT BY

CreateSpace

© JULHO 2017

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

OS NOVOS DESAFIOS DA POLÍTICA PORTUÁRIA

ALEXANDRA ARAGÃO

AMADEU ROCHA

ANA RAQUEL MONIZ

FERNANDA PAULA OLIVEIRA

LICÍNIO LOPES MARTINS

ROBERTO FERNÁNDEZ LÓPEZ

SUZANA TAVARES DA SILVA

VÍTOR CALDEIRINHA

(Página deixada propositadamente em branco)

**OS NOVOS DESAFIOS
DA
POLÍTICA PORTUÁRIA**

(Página deixada propositadamente em branco)

PORTOS PORTUGUESES EM MUDANÇA

*Vitor Caldeirinha**

É recorrentemente referido, mas é importante repetir várias vezes: O objectivo primordial para os portos deve ser permitir à economia portuguesa exportar mais e mais barato, de forma mais fácil e amiga da logística do cliente, para criar emprego e empresas competitivas. Várias empresas se queixam destes custos logísticos face à nossa distância do centro da Europa.

Nem todas as cargas, mercadorias, cadeias logísticas, produtos carecem do mesmo tipo de tratamento. Alguns produtos precisam de menor preço, sem se importar com o tempo. Outros de maior frequência e menores partidas. Outros de dimensões especiais, precisam de atenções especiais. Outros precisam de fiabilidade e chegar ao destino numa janela de tempo mais ou menos apertada. Outros precisam de segurança máxima e rapidez. Outros de acompanhamento ao minuto. Por isso, uns têm mesmo que usar o transporte marítimo, outros o camião, outros o

* Presidente da Associação de Portos de Portugal e Presidente da APSS.

comboio ou o avião.

Mas numa economia distante do centro da Europa, pequena e exportadora para novos mercados além-mar, o transporte marítimo tem papel determinante, sem que isso retire a importância do camião e do comboio.

Por outro lado, os portos devem facilitar a importação de bens de consumo, e em especial de bens intermédios, matérias-primas de produção.

Outro objetivo é servir Espanha, não para facilitar a vida aos espanhóis, mas para ganhar massa crítica marginalmente que permita ter economias de escala. Não precisamos gastar muito dinheiro neste desígnio, mas devemos aproveitar os fundos comunitários da melhor forma e gradualmente ir alargando o hinterland.

Só com maiores economias de escala poderemos ter terminais maiores e mais baratos e navios maiores e mais baratos, beneficiar o tecido industrial português e atrair investimento estrangeiro para Portugal.

Outro objetivo é ter pelo menos um Hub de transshipment que também permita ganhar massa crítica e acrescentar valor à carga de passagem, atraindo navios maiores e mais baratos com escalas diretas a todo mundo. Não seremos um hub terrestre para a Europa, pois devido à configuração do continente Europeu, os portos não possuem hinterlands além dos 600 km. E as autonomias nacionais ferroviárias impedem o direito de passagem com a carga em pleno.

No fundo, temos falta de massa crítica. Somos um mercado pequeno. Mas temos uma posição estratégica global relevante. A aproveitar. Em aproveitamento. A Auetoeuropa tentou diversificar o envio e recepção de peças

da Europa com o comboio, mas teve dificuldade na França com os canais de passagem e a prioridade dada aos passageiros franceses. Tentou também o transporte marítimo, mas falta massa crítica nacional para termos escalas para todos os destinos com a frequência diária. Cada tipo de logística procura otimizar as vantagens de cada meio e os custos de contexto.

O PETI 3+, onde a APP, Associação de Portos de Portugal teve um papel muito relevante, veio trazer ordem de longo prazo à mudança dos custos de contexto da economia portuguesa para exportar por via marítima: ao apostar nos portos como nunca foi feito, garantindo mais investimento privado; adequando a oferta futura à procura prevista em especial nos contentores; permitindo a Portugal vir a ser um hub e receber navios maiores; aumentando a concorrência em especial nos contentores; e ligando a ferrovia ibérica a Espanha para alargar o hinterland e aumentar a escala dos portos e criar terminais maiores com economias de escala, a forma mais significativa de aumentar radicalmente a eficiência e reduzir os custos portuários.

Em 2013, tivemos um crescimento muito significativo dos portos de mais 17% em toneladas e mais 26% em contentores. Em 2014, carga continuou a crescer (+4%) em especial nos contentores.

Uma boa parte foi fruto da política do Governo, em especial com o Plano 5+1, incluindo a flexibilização da estiva para aumento do emprego e da produtividade, eliminação da Tup carga, redução das restantes taxas não aplicando a inflação nos últimos anos e renegociação de contratos de concessão para reduzir preços dos terminais para os clientes.

Tudo contabilizado chegará já a redução a cerca de 20% incluindo redução de preços, aumento da flexibilidade do trabalho, aumento da produtividade, não aumento da inflação, redução da TUP carga, redução tempo espera dos navios. E ainda decorrem as renegociações. A massa crítica com os novos terminais a criar e previstos no PETI, terá ainda maior impacto na redução da fatura portuária por tonelada.

É agora necessário alterar a legislação em diversos aspectos:

- Aumentar os prazos das concessões para 50 anos, com vista viabilizar mais investimento privado e maior oferta e concorrência no mercado. Mais oferta e concorrência implica o mesmo mercado ser distribuído por mais operadores, o que carece de mais tempo de concessão para cada um. Maior dimensão dos terminais implica maior investimento privado e mais tempo de concessão também.
- Adaptar a legislação das concessões, modernizando o modelo de atribuição como foi anunciado, sem esquecer a maximização de cargas (penalizando o incumprimento), preços e investimentos, criando indicadores públicos de comparação da performance financeira e operacional entre terminais, apostando mais na regulação da qualidade do serviço, produtividade, tempos de espera e investimentos quando ultrapassados determinados níveis de serviço e taxas de ocupação como nas auto-estradas, uma vez que a concorrência nem sempre é fácil em todos os subsegmentos de mercado e regiões.
- Modernizar e simplificar o tarifário dos portos, re-

duzindo o número de taxas das diversas entidades (fatura única), mas garantindo a sustentabilidade. Importa adoptar o princípio da ligação entre o preço e os custos diretos, indiretos e externos suportados pelas APs, não esquecendo a importância da política comercial e estratégica e a boa gestão da ocupação das infraestruturas;

- Criar Zonas francas para exportar junto aos portos. Isto não prejudica a concorrência com empresas no mercado interno. É condição existente em todos os países europeus e é a forma de atração de investimento estrangeiro para aproveitar a localização dos portos portugueses e criar emprego em concorrência com os outros portos e países;
- Eliminar ou reduzir o IRC e dividendos nos portos como nos outros países da união Europeia. Não faz sentido o exportador pagar mais impostos para o Estado Central quando exporta, quando os outros países não pagam e todos os ganhos da APs são para reinvestir no porto.
- Repensar quem deve pagar as dragagens dos portos e sistemas de navegação fluvial. Na maioria dos Países da União Europeia são os Estados Centrais a pagar as dragagens. A situação atual pode não permitir, mas seria importante em especial nos casos da navegabilidade fluvial;
- Criar o domínio público portuário para flexibilizar a gestão do porto como centro de negócios, deixando as áreas naturais para o ambiente e as áreas urbanas para as cidades, desde que não tenham ou venham a ter interesse portuário, como foi feito com sucesso

em Espanha e França. A Economia do mar está essencialmente localizada nos portos, pelo que a gestão deve ser flexível e empresarial ou o País corre o risco de “desapostar” na Economia do Mar e perder mais empregos.

O que estamos a fazer na APP para ajudar neste grande desiderato de reduzir os custos para exportar e criar emprego?

A Holding que chegou a estar prevista para os portos teria desvantagens da tomada de decisões menos próximas da realidade, que poderiam ser mitigadas de diversas formas, mas teria vantagens importantes na criação de economias de escala e sinergias nas ações concertadas.

Sem Holding, cabe à APP o papel de garantir termos nos portos boa parte dessas vantagens da Holding, ainda que sem Holding.

Em especial estamos fortemente apostados nas compras conjuntas, cujo modelo já todos os portos aprovaram de forma unânime, estando agora em preparação o lançamento de diversos processos, como seja a segurança, combustíveis, energia, comunicações, seguros, entre outros, com vista a obtermos poupanças. E comunicaremos essas poupanças logo que termine cada processo.

Por outro lado, como todos sabemos, a JUP tem mantido Portugal no pelotão da frente dos sistemas electrónicos europeus nos portos. Não podemos parar. Assim estamos a preparar uma grande candidatura conjunta de todos os portos, possivelmente em parceria com Espanha, para dar um novo grande avanço nos sistemas portuários passando para a vertente logística em todos os modos de transporte e plataformas logísticas, fazendo o pleno adua-

neiro da ligação do País e da Península Ibérica aos portos portugueses, sem papel. Falamos essencialmente do processo administrativo das autoridades e operadores de plataformas, portos e transportadores. Depois vamos também criar o ecrã único nacional, completar a ligação dos portos portugueses ao sistema europeu e fazer a ligação ao sistema logístico comercial das empresas, utilizando os desenvolvimentos do widemos.

Estamos também a apostar de forma gradual na divulgação conjunta dos portos portugueses como são os casos dos PALOP com a APLOP, de Espanha, como foi o exemplo de Badajoz, e nos cruzeiros, onde se está a preparar um plano conjunto de marketing internacional muito ambicioso.

Estamos ainda trabalhar com a Agepor na disponibilização de estatísticas agregadas dos portos portugueses on-line e com facilidade de agregação por temas e estamos a desenvolver a candidatura conjunta com a Espanha, Itália e França de projectos-piloto industriais portuários e marítimos de utilização do combustível LNG (Gás Natural Líquido), que será obrigatório em poucos anos. A APP está assim na vanguarda da investigação e desenvolvimento de novas formas mais amigas do ambiente para termos mares e portos menos poluídos.

Por outro lado, temos apoiado a formação específica, como foi o caso do curso de regulação portuária do Conselho Português de Carregadores e é agora o caso do Mestrado de Shipping and Port Management do ISEG.

Finalmente, o Governo solicitou o apoio da APP no acompanhamento dos estudos do corredor Atlântico, onde os portos portugueses incluíram o maior número de

projectos dos diversos países e na gestão de prioridades dos investimentos a candidatar aos fundos comunitários do CEF e POs de Transportes. Mais um trabalho que temos levado a cabo no sentido de alertar e apoiar os portos na apresentação atempada de candidaturas com as condições necessárias para serem aprovadas em concorrência com os restantes países.

Lutar pelos portos portugueses e pela competitividade da indústria exportadora portuguesa e pelo emprego é um trabalho muito intenso, mas muito compensador, que fazemos com muito gosto na APP. Uma luta constante para sermos melhores. Para sermos os melhores nas diversas frentes.

OS DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO PORTUÁRIA¹

*Licínio Lopes Martins**

1. A importância dos portos marítimos no contexto europeu

Segundo um Relatório da *European Sea Ports Organisation* (ESPO), a grande fatia (ou mesmo a quase totalidade) do comércio externo da União Europeia e quase metade do seu comércio interno entra ou sai através dos mais de 1.000 portos marítimos dispersos por diversos Estados-Membros (EU), o que corresponde, em média, a 3,5 bilhões de toneladas de carga por ano. A estes dados acrescentam as viagens de 350 milhões de passageiros por ano (o equivalente a cerca de 70% da população europeia). Dentro das actividades portuárias realça-se a *movimentação de carga*, que representa cerca de 80% dos custos totais e a maior parte dos lucros de cada porto.

¹ O presente texto corresponde à intervenção realizada no Colóquio: “Os Novos Desafios da Política Portuária”, organizado pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 5-12-2014.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

2. Os modelos de gestão portuária nos Estados-Membros da União Europeia

Neste âmbito constata-se a heterogeneidade dos regimes de administração e gestão portuária nos diversos países europeus, dos quais fazemos aqui uma abreviada síntese².

Os estudos sobre os modelos de gestão portuária em diversos países europeus permitem concluir pela *heterogeneidade* dos regimes de administração dos portos no Continente europeu: nos países hanseáticos (*v.g.*, Bélgica), mantém-se a gestão municipal, no modelo latino (*v.g.*, França), pelo contrário, existe maior centralismo, e na tradição anglo-saxónica (*v.g.*, Reino Unido), impera a autoridade portuária independente, na forma de *trust* ou de empresa privada.

No entanto, com a excepção dos grandes portos britânicos, o Estado é o protagonista da administração da maioria dos portos europeus: directa ou, a maior parte das vezes, indirectamente (através de Autoridades Portuárias, com maior ou menor autonomia), cabe ao poder público, local ou nacional, a gestão portuária no âmbito dos países da União Europeia.

No contexto da diversidade de regimes portuários na Europa e por influência da União Europeia, verifica-se

² Para mais desenvolvimentos, o estudo de Manuel LOPES PORTO e João Nuno CALVÃO DA SILVA, “Organização Administrativa e Regulação dos Portos”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 139, 2009, pp. 16 a 48, Suzana TAVARES DA SILVA e Licínio LOPES MARTINS (colaboração de Inês PISCO BENTO), “Estudo de Metodologia de Apreciação dos Tarifários das Administrações Portuárias”, *CEDIPRE On Line-10*, Abril 2012, disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/cedipreonline.html>, em especial as pp. 7 e ss. Obras que seguimos de perto no texto.

uma tendência para o reforço do modelo *landlord port*, com a titularidade da infra-estrutura e as funções reguladoras a manterem-se em mãos públicas (no Estado), enquanto os serviços portuários são privatizados e liberalizados³.

Com excepção dos portos “totalmente” privados difundidos na Grã-Bretanha, os portos europeus parecem em geral orientados para a adopção do modelo *landlord port*, caracterizado por um ente de gestão que desenvolve competências de desenvolvimento e programação do território, deixando às empresas privadas a gestão do tráfego. Modelos que partem da distinção entre *landlord port*, *tool port* e *operating port*: com a locução *landlord port* faz-se referência ao porto em que o ente de gestão é responsável pela valorização do território e provê, portanto, às actividades ligadas à criação de infra-estruturas, deixando aos privados exclusivamente a gestão do tráfego. Por outro lado, fala-se em *tool port* para indicar o porto em que o ente de gestão não se ocupa apenas da criação, mas ainda da utilização da infra-estrutura. Por fim, com a locução *operating port* entende-se o porto no qual o ente de gestão providencia ainda o fornecimento de serviços.

Neste quadro, o sistema português pode dizer-se que apresenta – ou ainda apresenta - características mistas: características do *sistema tipo tool*, designadamente em virtude forma empresarial adoptada pelas autoridades portuárias, embora o facto de estas autoridades disporem de competência para aprovar os regulamentos tarifários e,

³ Cfr. Manuel LOPES PORTO e João Nuno CALVÃO DA SILVA, “Organização Administrativa e Regulação dos Portos”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 139, 2009, pp. 16 a 48, Suzana TAVARES DA SILVA e Licínio LOPES MARTINS, “Estudo de Metodologia de Apreciação dos Tarifários das Administrações Portuárias”, *CEDIPRE On Line-10*, Abril 2012, disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/cedipreonline.html>.

através deles, regularem a prestação de todos os serviços no porto (mesmo aqueles que não são prestados pelas autoridades portuárias), permita concluir que também apresenta *características do sistema landlord*.

3. Síntese sobre a tendência evolutiva da União Europeia

Em virtude da sua dimensão económica, compreende-se que a administração e os modelos de gestão dos portos dos países da União Europeia não poderiam ficar imunes à influência norteadora desta organização internacional. Importa, por isso, assinalar os momentos históricos mais relevantes nesta matéria, ou seja, em matéria de política portuária da União Europeia.

Desde a assinatura do Tratado de Roma (1957) que as instituições da União Europeia têm desenvolvido esforços no sentido de firmar uma política comunitária para os portos marítimos⁴.

Nas décadas de 60 e 70 do Século transacto são de assinalar as iniciativas do Parlamento Europeu e da Comissão, visando fundamentalmente a prossecução de dois objectivos: a efectiva aplicação das disposições do Tratado da Comunidade Europeia (*maxime* das regras respeitantes às liberdades de circulação e à concorrência) e o desenvolvimento sustentado (e sustentável) dos portos europeus.

Mais recentemente, para a prossecução objectivos anteriormente referidos e no contexto da Rede Transeuropeia de Transportes, a Comissão emitiu uma Comuni-

⁴ Para uma visão histórica da integração europeia, João Nuno CALVÃO DA SILVA, “Tratado de Lisboa (algumas notas)”, in *Temas de Integração*, n.º 26, Almedina, Coimbra, 2.º semestre de 2008, pp. 115-138.

cação sobre *short sea shipping*, de 1995 ⁵, em que são tratados temas como a transparência, os “auxílios de estado” e a melhoria da eficiência portuária em geral. Comunicação que viria a ter sequência no *Green Paper on Sea Ports and Maritime Infrastructure*, de 1997 ⁶. Este livro reflecte a visão liberal da Comissão Europeia sobre a regulação da matéria portuária, sugerindo nomeadamente a produção de um quadro regulatório destinado a promover a liberalização do mercado de serviços portuários. Estavam, assim, lançados os alicerces para a elaboração da proposta de Directiva relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários.

Efectivamente, em 2001, a Comissão Europeia emitiu a Comunicação *Reforçar a qualidade do serviço nos portos marítimos, um elemento essencial para o sistema de transportes na Europa*, na qual integrou uma proposta de Directiva relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários⁷. Esta proposta de Directiva tinha por objectivo essencial o estabelecimento de regras sobre a utilização de concessões pelas Autoridades Portuárias na regulação do acesso ao mercado de potenciais fornecedores de serviços portuários, assim se procurando assegurar, designadamente, a concorrência intraporto. Na proposta de Directiva, a Autoridade Portuária era expressamente definida como o organismo ao qual a legislação nacional comete, conjuntamente com outras actividades ou em exclusividade, a competência de

⁵ Cfr. *Commission of the European Communities, The development of short sea shipping in Europe: prospects and challenges*, COM (95) 317 final.

⁶ Cfr. *Commission of the European Communities, Green Paper on sea ports and maritime infrastructure*, COM (97)678 final.

⁷ Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sob o título *Reforçar a qualidade do serviço nos portos marítimos, um elemento essencial para o sistema de transportes na Europa*, COM (2001) 35 final, 2001/0047 (COD), Bruxelas, 13/02/2001.

administrar e gerir infra-estruturas portuárias e coordenar e controlar a actividade dos operadores presentes no porto ou no sistema portuário considerado. Isto é, trata-se aí de uma Autoridade que gere a infra-estrutura portuária, concede autorizações através de procedimentos públicos, mas pode ainda fornecer directamente serviços portuários. A proposta de Directiva não viria, no entanto, a obter aprovação.

Em 2007, a Comissão Europeia viria a adoptar outra Comunicação sobre política portuária europeia⁸. De destacar nela o “estatuto” que é conferido às Autoridades Portuárias, que aqui citamos: os “sistemas de gestão portuária variam consideravelmente por toda a Comunidade. Em alguns Estados-Membros, os portos são geridos por entidades privadas proprietárias dos terrenos portuários (ou que chamam a si direitos semelhantes aos de propriedade). Estes portos são empresas inteiramente privadas. Nos restantes casos — uma grande maioria na Europa continental —, os portos são geridos por entidades ou empresas públicas, que podemos designar por “autoridades portuárias” (independentemente da designação que tiverem segundo a legislação nacional) e que beneficiam cada vez mais de um elevado grau de autonomia na tomada de decisões operacionais, bem como de autonomia financeira em relação às autoridades públicas. Por outro lado, enquanto algumas autoridades portuárias prestam serviços de movimentação de carga e/ou serviços técnico-náuticos, outras concentram-se na gestão e no desenvolvimento. A Comissão não tenciona intervir para harmonizar este cenário heterogéneo. Na verdade, é ao nível nacional/local que melhor se pode estrutu-

⁸ Cfr. Comunicação da Comissão Europeia, intitulada *Comunicação sobre política portuária europeia*, COM (2007) 616 final, 2007.

rar a gestão portuária. Ainda assim, a Comissão reconhece que as importantes funções das autoridades portuárias podem ser mais bem executadas se elas dispuserem de um grau suficiente de autonomia. No que em particular respeita à autonomia financeira, a Comissão recorda que se trata de um requisito prévio para possibilitar uma afectação eficiente dos investimentos e, em última instância, permitir o desenvolvimento dos portos”.

Nesta Comunicação é, pois, visível a *preferência por um modelo de gestão de tipo landlord*, com a distinção entre as tarefas de gestão de infra-estrutura e de fornecimento de serviços comerciais, que é expressa na defesa da autonomia/independência das autoridades portuárias, incentivando-se ainda a separação entre regulador, encarregado da exploração da infra-estrutura, regulados e operadores que prestam serviços portuários⁹. Aliás, saliente-se a este propósito que a defesa da independência do regulador portuário não colide com o princípio da neutralidade em matéria de propriedade das infra-estruturas, pois, uma vez respeitado o princípio da separação entre actividade de gestão da infra-estrutura e prestação dos serviços, ao direito comunitário é indiferente o regime de propriedade da propriedade das infra-estruturas, que podem pertencer a um sujeito privado (como acontece na Grã-Bretanha), ou ser propriedade do Estado.

Numa abreviada síntese, dir-se-á que a Comissão declara que não tenciona intervir para harmonizar o ce-

⁹ Sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e as várias Directivas a impor a instituição de reguladores independentes (dos regulados) em diversos mercados liberalizados (v.g., serviços postais, energia eléctrica, gás, comunicações electrónicas), vide João Nuno CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 134 e ss.

nário heterogêneo dos sistemas de administração e gestão dos portos na União Europeia, antes dizendo que, é ao nível nacional/local, que melhor se pode estruturar a gestão portuária. Mas, ainda assim:

- i) A Comissão reconhece que as importantes funções das autoridades portuárias podem ser melhor executadas se elas dispuserem de um grau suficiente de autonomia;
- ii) Por isso, infere-se a preferência por um modelo de tipo *landlord*, com a separação clara das tarefas de gestão de infra-estrutura e de fornecimento de serviços comerciais, isto é, não se obriga à exclusão da possibilidade de prestação de *utility services* por aquelas autoridades, mas encoraja-se a separação entre regulador, encarregado da exploração da infra-estrutura, e regulados, os operadores que prestam serviços portuários
- iii) Ou seja, uma vez respeitado o princípio da separação entre actividade de gestão da infra-estrutura e prestação dos serviços, ao direito europeu é indiferente o regime de propriedade da propriedade das infra-estruturas, que podem pertencer a um sujeito privado (como acontece na Grã-Bretanha), ou ser propriedade do Estado.

3.1. A Proposta de Regulamento que estabelece um quadro normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e a transparência financeira dos portos

E é na sequência da evolução descrita que chegamos à Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia que *estabelece um quadro*

*normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e regras comuns em matéria de transparência financeira e de taxas de utilização dos serviços portuários e das infra-estruturas portuárias (artigo 1.º)*¹⁰.

A Proposta de Regulamento é aplicável à prestação das seguintes categorias de serviços portuários, quer *dentro da zona portuária*, quer nas vias navegáveis de entrada ou saída do porto: abastecimento de combustível; movimentação de carga; amarração; serviços de passageiros; recolha de resíduos gerados em navios e de resíduos da carga; pilotagem; e reboque.

O *processo de selecção dos prestadores de serviços portuários*, caso o número de prestadores seja limitado, deverá seguir os princípios e o regime estabelecidos na Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, incluindo o limiar e o método para determinar o valor dos contratos, bem como a definição de “modificações substanciais” e os elementos relativos à duração do contrato. A remissão em bloco para a “Directiva concessões” parte de dados fornecidos pela experiência: o facto de, em muitos portos, o acesso ao mercado dos serviços de movimentação de carga e dos serviços de passageiros ser adjudicado aos prestadores através do modelo concessório. Pelo que surge como natural a sujeição destes contratos à Directiva 2014/23/EU, quer quanto ao procedimento de celebração, quer quanto ao seu regime substantivo.

Contudo, em relação a outros tipos de contratos que tenham por objecto permitir o acesso ao mercado dos serviços de *movimentação de carga e dos serviços de passageiros*, a

¹⁰ A versão do Regulamento de que dispomos é de 10 de Outubro de 2014.

Proposta de Regulamento “delega” nos Estados-Membros o poder decidir aplicar as disposições estabelecidas no Capítulo II do Regulamento (artigos 3.º a 11.º-A) a estes dois tipos de serviços ou, em alternativa, optar por manter a respectiva legislação interna (ou adoptar outra)¹¹, mas desde que seja observada a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que vincula os legisladores nacionais a princípios fundamentais, designadamente aos princípios da transparência e da não-discriminação.

A Proposta de Regulamento salvaguarda ainda a faculdade de as autoridades nacionais competentes estabelecerem *limitações ao número de prestadores de serviços portuários*, por verificação de qualquer das circunstâncias previstas no artigo 6.º (v.g., escassez ou o uso reservado de terrenos ou a escassez de espaço do lado da água, a ausência de limitação obste ao cumprimento das obrigações de serviço público previstas no artigo 8.º)¹². Para situações deste género a Proposta de Regulamento prevê um *procedimento concorrencial especial*, que designa por “procedimento para a escolha de prestadores de serviços portuários em caso de limitação do seu número”, o qual, no mínimo, deve conter regras não discriminatórias e ser transparente e aberto a

¹¹ Com o poder adicional, previsto no Artigo 11.º-A, de serem permitidas “Derrogações nacionais” ao Capítulo II do Regulamento, pois: “Os Estados-Membros podem decidir não aplicar o presente Capítulo nem as disposições transitórias do artigo 24.º à pilotagem. Os Estados-Membros informam a Comissão desse facto”.

¹² Note-se que as autoridades nacionais competentes podem – sempre – impor obrigações de serviço público em caso de acesso ilimitado aos serviços portuários (artigo 8.º da Proposta de Regulamento). Entre outras possíveis: a disponibilidade do serviço sem interrupções, durante o dia, a noite, a semana e o ano; a disponibilidade do serviço para todos os utentes; a acessibilidade do preço do serviço; a protecção, segurança, ou sustentabilidade ambiental das operações portuárias; a coesão territorial, etc.

todos os (potenciais) interessados (artigo 7.º)¹³.

Uma outra nota, a reforçar a *liberdade de auto-organização* dos Estados-Membros, reflectido no conceito de *operador interno*, tem a ver com a faculdade concedida às administrações portuárias de poderem *prestar serviços portuários directamente* ou por intermédio de uma entidade juridicamente distinta sobre a qual exerça um *controlo análogo* ao exercido sobre os seus próprios departamentos. No essencial, este segundo segmento do modelo, significa estender a este domínio a “jurisprudência do controlo análogo” característica da teoria geral da contratação pública: no âmbito da gestão portuária entende-se, tal como ali, que uma Autoridade Portuária (ou outra autoridade equivalente) detém sobre uma entidade juridicamente distinta um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios departamentos se sobre ela exercer uma influência decisiva na definição dos objectivos estratégicos e das decisões relevantes dessa mesma entidade (artigo 9.º)¹⁴. Em todo caso,

¹³ Por isso, o procedimento deverá respeitar as seguintes condições: ser publicado no Jornal Oficial da União Europeia um anúncio de contrato de serviço portuário, que inclua, pelo menos, informações sobre o serviço a ser prestado, os critérios de adjudicação, indicações sobre a forma como pode ser consultada a documentação pertinente bem como endereço e o prazo para a apresentação das propostas.

¹⁴ Nos termos do artigo 12.º da Directiva 2014/24, relativa aos contratos públicos, sob a epígrafe “Contratos públicos entre entidades no setor público”, um contrato público adjudicado por uma autoridade adjudicante a outra pessoa colectiva de direito privado ou público fica excluído do âmbito da Directiva quando estiverem preenchidas todas as seguintes condições: a) a autoridade adjudicante exerce sobre a pessoa colectiva em causa um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços; b) mais de 80 % das actividades da pessoa colectiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas colectivas controladas pela referida autoridade adjudicante; e c) não há participação directa de capital privado na pessoa colectiva controlada, com excepção das formas de participação de ca-

nas situações previstas no n.º 1 do artigo 6.º da Proposta de Regulamento, salvo a excepção da alínea b-D), esta categoria de *operador interno* apenas poderá prestar o serviço portuário concretamente em causa no porto ou portos para os quais lhe foi atribuída a incumbência de prestar esse serviço portuário.

De notar que, também neste aspecto, o regime da Proposta do Regulamento está, em geral, consonante com o da Directiva 2014/23, sobre a adjudicação de contratos de concessão. O artigo 2.º desta Directiva salvaguarda expressamente, conforme a respectiva epígrafe, o “Princípio da livre administração das autoridades públicas”, ao reconhecer-se aí o *princípio da livre administração das autoridades nacionais, regionais e locais*, em conformidade com a legislação nacional e da União em vigor. Adiantando-se que estas autoridades têm a liberdade de decidir sobre a melhor forma de gerir a execução das obras ou a prestação de serviços, de modo a garantir um elevado nível de qualidade, de segurança e de acessibilidade de preços, a igualdade de tratamento e a promoção do acesso universal e dos direitos dos utilizadores dos serviços públicos. Pelo que estas autoridades podem optar por prosseguir as suas missões de interesse público, utilizando os respectivos recursos, ou em cooperação com outras autoridades ou confiando a sua

pital privado sem poderes de controlo e sem bloqueio exigidas pelas disposições legislativas nacionais, em conformidade com os Tratados, e que não exercem influência decisiva na pessoa colectiva controlada. *Considera-se que uma autoridade adjudicante exerce sobre uma pessoa colectiva um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, na acepção da alínea a) do primeiro parágrafo, quando exerce uma influência decisiva sobre os objectivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa colectiva controlada.* Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa colectiva, que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante.

execução a operadores económicos. Para além disso, o regime da Directiva também não afecta os regimes de propriedade nos Estados-Membros e, em particular, não impõe a privatização de empresas públicas que prestam serviços ao público.

Especial importância merece ainda o regime dedicado à transparência nas relações financeiras entre os portos marítimos beneficiários de financiamento público e os prestadores de serviços portuários, por um lado, e os poderes públicos, por outro lado, para garantir a igualdade de condições de concorrência e evitar distorções do mercado. Neste aspecto, a Proposta de Regulamento alarga a outras categorias de destinatários os princípios de transparência das relações financeiras estabelecidos na Directiva 2006/111/CE da Comissão, de 16 de Novembro 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas. Este regime, previsto no Capítulo III, da Proposta de Regulamento (artigos 12.º e segs.), impõe dois princípios fundamentais:

- a) O *princípio da transparência no sistema contabilístico*, a determinar que, qualquer que seja a entidade – pública ou privada - beneficiária de financiamento público, deve essa reflectir esse financiamento, de forma transparente no sistema contabilístico, a fim de: *i)* demonstrar os fundos públicos directamente disponibilizados pelos poderes públicos à administração do porto em causa; *ii)* os fundos públicos disponibilizados pelos poderes públicos por intermédio de empresas públicas ou instituições financeiras públicas; e *iii)* a utilização para a qual foram

atribuídos esses fundos públicos¹⁵;

- b) O *princípio da separação contabilística*, quando a administração de um porto que seja beneficiária de financiamento público prestar, ela própria, serviços portuários ou de dragagem, no interior da zona portuária que seja da competência da administração do porto, ou outra entidade prestar serviços portuários ou de dragagem, em seu nome, no interior da zona portuária que seja da competência da administração do porto, deve manter as contas dessa actividade de serviços portuários ou de dragagem objecto de financiamento público separadas das contas das suas outras actividades. *Princípio que é extensivo às compensações por cumprimento de obrigações de serviço público*, isto é, se, porventura, forem atribuídos financiamentos (indenizações compensatórias) a título de compensação por cumprimento obrigações de serviço público, esses financiamentos devem ser igualmente apresentados separadamente nas contas correspondentes e não podem ser transferidos para nenhum outro serviço ou actividade comercial.

3.2. Síntese dos aspectos estruturais da Proposta de Regulamento

¹⁵ Saliente-se que a Proposta de regulamento adopta um *conceito amplo de fundos públicos ou de financiamento público*, incluindo nele o capital accionista ou quase-capital, subvenções a fundo perdido, subvenções reembolsáveis em determinadas condições, empréstimos, incluindo empréstimos a descoberto e adiantamentos sobre entradas de capital, garantias concedidas à administração do porto pelos poderes públicos, a concessão de vantagens financeiras sob forma de não percepção de benefícios ou de não cobrança de créditos *ou qualquer outra forma de apoio financeiro público*.

Do que se referiu, relativamente ao regime da Proposta de Regulamento que estabelece um quadro normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e a transparência financeira dos portos, podem sintetizar-se as seguintes ideias-chave:

- a) Salvaguarda-se a autonomia organizatória dos Estados na definição dos sistemas de administração e gestão portuária: as autoridades competentes designadas num Estado-Membro devem ter a possibilidade de prestarem elas próprias os serviços portuários objecto de obrigações de serviço público ou de confiarem directamente a prestação desses serviços a um operador interno;
- b) Inclui-se nesta liberdade de auto-organização a admissibilidade do controlo análogo, entendendo-se que a administração do porto detém sobre uma entidade juridicamente distinta um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios departamentos se exercer sobre ela uma influência decisiva sobre os objectivos estratégicos e as decisões relevantes dessa entidade;
- c) Fora das hipóteses anteriores, o procedimento de selecção dos prestadores de serviços portuários, caso o número de prestadores seja ilimitado, deverá seguir os princípios e o regime estabelecidos na Directiva 2014/23/EU, relativa à adjudicação de contratos de concessão, incluindo quanto ao limiar e o método para determinar o valor dos contratos, bem como a definição de “modificações substanciais” e os elementos relativos à duração do contrato. Neste sentido, salienta-se, no n.º 7 do artigo 7.º, que o Regulamento não prejudica a aplicação da Directiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contra-

- tos de concessão, da Directiva 2014/25/EU, sobre os contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, nem da Directiva 2014/24/EU, relativa aos contratos públicos;
- d) Para as situações em que se justifique a escolha de prestadores de serviços portuários em número limitado, a Proposta de Regulamento prevê um *procedimento concorrencial especial*, que, no mínimo, deve conter regras não discriminatórias e ser transparente e aberto a todos os (potenciais) interessados;
- e) Para assegurar a aplicação correcta e eficaz do Regulamento, deverá designar-se em cada Estado-Membro um órgão independente de supervisão, que poderá ser um organismo já existente. Como resulta da própria Proposta de Regulamento, este órgão não tem necessariamente de consistir numa autoridade administrativa independente do tipo das previstas, entre nós, na Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo (Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto). Também neste aspecto vigora, pois, o princípio da liberdade de auto-organização dos Estados-Membros, apenas se exige que esse órgão – não tem, pois, de haver personificação jurídica – tenha, no exercício das respectivas funções de supervisão regulatória, garantias “estatutárias” de independência, quer relativamente ao poder político, quer em relação às entidades e operadores regulados.

OS NOVOS DESAFIOS DA POLÍTICA PORTUÁRIA: PORTOS AMBIENTALMENTE SUSTENTÁ- VEIS

*Alexandra Aragão**

1. Introdução

Num país de marinheiros, desde sempre voltado para o oceano¹, a importância histórica dos portos marítimos, é inegável. Mesmo em tempo de crise, a importância económica da actividade portuária continua a crescer².

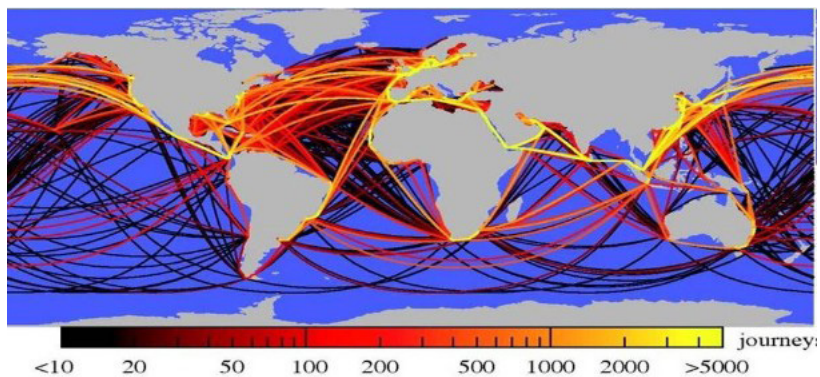
* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ *O presente texto corresponde à intervenção no colóquio sobre “Os novos desafios da política portuária”, organizado pelo Instituto Jurídico, e que se realizou na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 5 de dezembro de 2014.*

² Ver, no anexo I, dados do Instituto da Mobilidade e dos Transportes sobre o movimento de contentores nos principais portos do continente entre 2004 e 2014.

Segundo dados da Organização Internacional do Comércio, 90% do comércio mundial é feito por mar. O comércio globalizado, a pesca industrial longínqua, o turismo mundial, as comunicações e os negócios realizados à escala planetária, fazem do setor marítimo-portuário uma área estratégica na economia nacional. No caso de Portugal, a importância é reforçada pela localização geográfica, que faz com que 53% do comércio marítimo da UE passe por águas portuguesas.

Numa imagem representativa da rede global de navegação³, podemos visualizar a importância do comércio marítimo no oceano Atlântico. As linhas mais claras representam a intensidade do tráfego marítimo comercial, em número de viagens, sendo bem perceptível a importância relativa das rotas do Atlântico norte que passam por Portugal.



Perante a consolidação da importância económica da política portuária, o desafio actual é a incorporação da dimensão ambiental na actividade de transporte marítimo e, especialmente, nas operações marítimo-portuárias.

³ Disponível em <http://www.technologyreview.com/view/417128/the-global-shipping-network-is-finally-revealed/>.

A comparação dos impactes climáticos do transporte marítimo relativamente a outros meios de transporte⁴ dá-nos uma visão optimista. Com efeito, o consumo de combustível por tonelada transportada e por quilómetro é muito menor, fazendo com que o transporte marítimo possa ser considerado como um sistema de transporte “verde”.

Meio de transporte	Emissões de CO2 (gr. por ton. e por km.)
Avião	500 gr
Camião	60 a 150 gr
Comboio	30 a 100 gr
Navio	10 a 40 gr

No entanto, os impactes ambientais das actividades marítimas vão muito para além das emissões de gases com efeito de estufa.

2. Impactes e riscos ambientais dos portos

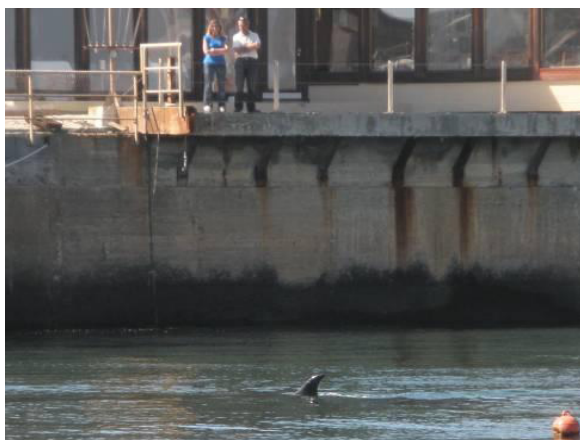
É um dado indiscutível que tanto a construção como a exploração de infra-estruturas portuárias comportam impactes ambientais relevantes. Esses impactes estão relacionados, em grande parte, com o grau de perigosidade das actividades desenvolvidas e, ainda em maior medida, com a localização ambientalmente sensível da maior parte dos portos.

Com efeito, um porto dedicado à receção, trasfega e armazenagem de hidrocarbonetos (especialmente se tiver associadas instalações de refinação e oleodutos), apre-

⁴ Gráfico adaptado de <http://fluglaerm.de/hamburg/klima.htm>.

senta riscos ambientais significativamente maiores do que um porto de pesca ou de recreio.

Quanto à localização, os portos situam-se forçosamente em zonas de *interface* entre terra e mar, entre estruturas em parte naturais e em parte construídas, afectando *habitats* ribeirinhos e costeiros sensíveis, designadamente águas costeiras ou até águas de transição, quando o porto se situa na foz de um rio.

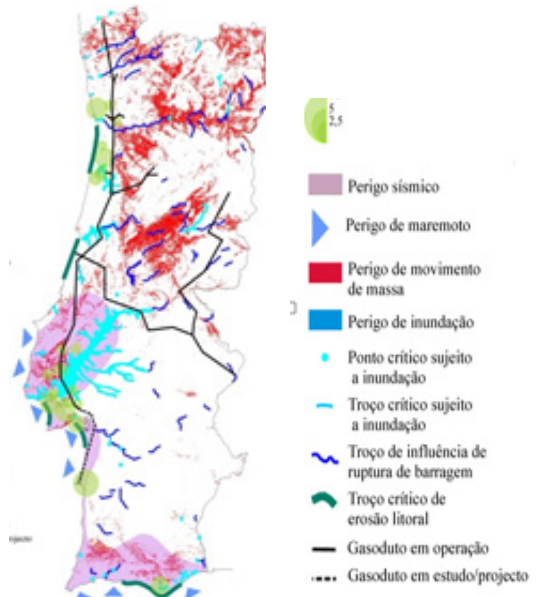
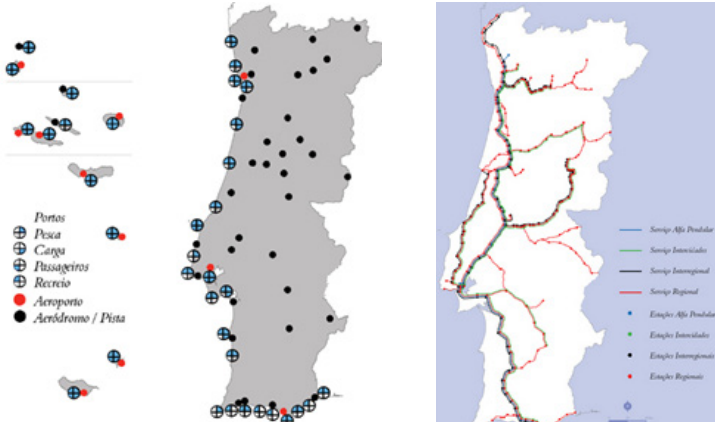


Em 2008, um golfinho foi avistado na marina de Leixões, tendo o momento ficado registado em imagem.

Sem receio de exagerar, podemos afirmar que os impactes ambientais das actividades portuárias convoca praticamente toda a legislação ambiental setorial relevante: lei da água, lei geral dos resíduos, lei dos óleos, das embalagens, das baterias e acumuladores, dos resíduos de construção e demolição, lei do ruído, lei das emissões atmosféricas, lei da conservação da natureza e da biodiversidade, etc..

Além disso, os portos são pontos de confluência de redes de transportes, de redes energéticas, de ligações comerciais marítimas, fluviais e terrestres (rodoviárias e

ferroviárias) e até, com frequência, de instalações industriais perigosas. A sobreposição de usos conflitantes do território em zonas portuárias fica bem visível em virtude da comparação, lado a lado, dos mapas de portos em Por-



tugal, com os mapas de infra-estruturas ferroviárias, rodoviárias, plataformas logísticas e actividades industriais que utilizam substâncias químicas perigosas (indústrias *Seveso*, com relatório de segurança).

Nessa medida, os portos são infra-estruturas que intensificam riscos tecnológicos, infra-estruturas vulneráveis a riscos naturais, e infra-estruturas que geram e agravam danos ambientais e ecológicos.

Como infra-estruturas que intensificam riscos tecnológicos, recordamos a colisão de um de navio com a estrutura do porto, em Génova, em maio de 2013, que causou graves prejuízos materiais e mostrou a vulnerabilidade da estrutura portuária. Em Portugal, a explosão no porto de Leixões em abril de 2012 causou um morto e um ferido grave, depois de uma peça de um guindaste em processo de desmantelamento ter caído em cima de uma conduta de gás natural⁵.

Como estruturas vulneráveis a riscos naturais (ainda que induzidos pelo Homem), recordamos que as marés vivas, que no inverno afetam as zonas litorais, obrigam à realização de obras de proteção costeira, como esporões, esporões submersos, guias-correntes, espigões, quebra-mares, portos de abrigo ou recifes artificiais⁶. O próprio assoreamento resultante de fenómenos naturais é fator de risco para a navegação. Na realidade, o naufrágio que ocorreu em Olhão, em outubro 2014, e que causou a morte de um pescador, foi atribuído ao assoreamento da barra⁷. A subida do nível médio dos oceanos, como efeito das alterações climáticas, representa um risco elevado para todas as instalações costeiras, sendo que as instalações portuárias não são exceção. Este fenómeno já está a obrigar

⁵ Ver as imagens de ambos os acidentes no anexo II.

⁶ Ver as imagens no anexo III.

⁷ Informação disponível em <http://www.sulinformacao.pt/2014/10/olhaopescas-assoreamento-da-barra-e-mau-tempo-explicam-naufragio-em-olhao/>. Ver as imagens no anexo IV.

as entidades gestoras de portos a desenvolver estudos de vulnerabilidade assim como planos de adaptação às alterações climáticas⁸.

Mas os portos representam também *portas de entrada* de riscos de natureza algo diferente: referimo-nos aos riscos de epidemias ou epizootias por vírus, bactérias, fungos, protozoários ou nemátodos, dos quais os mais mediáticos são os vírus do ébola, do dengue e da cólera ou do nemátodo do pinheiro. Digno de especial nota é o mexilhão dourado, espécie invasora com enorme capacidade adaptativa e de reprodução, susceptível de causar graves prejuízos em sistemas hidráulicos e hidroelétricos. Em qualquer destes casos, os *veículos* de transporte das infestações podem ser as próprias embarcações, as mercadorias, os passageiros ou simplesmente a água de lastro.

Como infra-estruturas que geram e agravam danos ambientais e ecológicos, não podemos deixar de referir, a par dos impactes directos da construção, manutenção ou ampliação de portos (aos quais aludiremos no ponto seguinte), também os impactes do funcionamento. Estão neste caso as marés negras, a contaminação da água por substâncias persistentes, bioacumuláveis e tóxicas presentes em combustíveis, óleos e tintas venenosas⁹ (utilizadas para prevenir e combater as incrustações duras e moles).

Todavia, os impactes indirectos do funcionamento de portos podem ser ainda mais perniciosos, ainda que insuspeitos, como aconteceu no Porto de Suape, em Per-

⁸ É o caso dos portos australianos, por exemplo. (ver o documento *Mapping Climate Change vulnerability in the Sydney Coastal Councils Group*, disponível em <http://www.sydneycoastalcouncils.com.au/sites/default/files/systapproachphaseonereport.pdf>).

⁹ Em 2008 a Organização marítima internacional proibiu o uso de tributilestanho e o *trifenilestanho* (TPT) em tintas *antivegetativas*.

nambuco. Este porto foi construído junto à foz do rio Massangana, e levou à destruição de zonas de mangue, que funcionavam como *maternidade* de tubarões. Deixando de ter acesso à zona junto à costa onde os juvenis estariam mais protegidos de predadores, os tubarões deslocaram-se para junto das praias, fazendo com que o número de ataques a banhistas tenha aumentado.

Sistematizando os impactes ambientais dos portos, tanto a infra-estrutura (no momento da construção, ampliação, manutenção, funcionamento ou desactivação) como o funcionamento da actividade são fontes de forte perturbação ambiental. Durante a exploração, o funcionamento do porto, incluindo o tráfego portuário e as actividades conexas, desenvolvidas em terra (como transporte, armazenagem, transformação), provocam diversos tipos de contaminação: poluição química (por tintas, óleos ou diluentes), física (por resíduos, sedimentos dragados ou equipamentos abandonados), biológica (por espécies invasoras às quais já aludimos), luminosa (o funcionamento nocturno dos portos exige iluminação potente), sonora (motores das embarcações — que produzem infra-sons que tanto afetam os mamíferos marinhos que se orientam através de sistemas de radar — equipamentos usados em terra, como gruas ou veículos motorizados), por vibrações (maquinarias e equipamentos de estivagem) ou por radiações (redes de transporte de energia eléctrica).

Os meios receptores dos impactes ambientais são a coluna de água, o solo e o subsolo (através de dragagens e depósito de sedimentos), a atmosfera (emissões de gases com efeito de estufa, compostos orgânicos voláteis e aerossóis), a biodiversidade (espécies pelágicas e bentónicas, sedentárias e migratórias), a paisagem, e o próprio Homem.

3. Avaliação de impactes das estruturas e actividades portuárias

Pelas razões apontadas é compreensível que a construção, ampliação e até manutenção de instalações portuárias sejam actividades submetidas ao procedimento administrativo de avaliação de impactes ambientais.

A Lei de avaliação de impacte ambiental¹⁰ (AIA) impõe o procedimento de avaliação para:

- construção de portos comerciais, cais para carga ou descarga com ligação a terra e portos exteriores¹¹ que possam receber embarcações de tonelagem superior a 4000 GT¹² ou a 1350 toneladas¹³.
- construção de portos e instalações portuárias, incluindo portos de pesca com uma capacidade para embarcações iguais ou superiores a 1500 GT ou mesmo inferiores, se localizados em zonas sensíveis (análise caso-a-caso)¹⁴.
- construção de marinas, portos de recreio e docas em zona costeira e espaço marítimo: 325 ou mais postos de amarração para embarcações com comprimento fora a fora até 12 m (7% dos postos para embarcações com comprimento superior) e análise caso a caso em zonas sensíveis¹⁵.

Analisando a lista de procedimentos de AIA de em-

¹⁰ Decreto-Lei n.º 151-B/2013 de 31 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 47/2014, de 24 de março.

¹¹ Excepto cais para ferry-boats.

¹² Toneladas brutas, isto é, o volume dos espaços interiores de um navio.

¹³ Anexo I 8. b) da lei da AIA.

¹⁴ Anexo II 10 e) da lei da AIA.

¹⁵ Anexo II 12 b) da lei da AIA.

preendimentos portuários que já tiveram lugar em Portugal¹⁶ verificamos que não se trata apenas de projectos de portos comerciais (de passageiros e carga), de pesca, de recreio ou de abrigo, mas antes de um conjunto de diferentes tipologias relacionadas, de forma mais ou menos directa, com as actividades portuárias. Eis alguns exemplos:

- instalação de recepção, armazenagem de cloreto de vinilo;
- pipelines para transporte de cloreto de vinilo;
- monobóia para descarga de petróleo bruto, recepção e moagem de clínquer, armazenagem de produtos petrolíferos e oleodutos;
- terminal de contentores, de graneis sólidos, de graneis líquidos, de combustíveis e produtos betuminosos;
- dragagem de bacia de manobras, do canal de acesso, de aprofundamento do canal da barra e criação de áreas de depósito de dragados;
- ramais de acesso terrestre e terminais ferroviários;
- cais de comércio e turismo;
- terminal de embarcações de transporte de veículos rodoviários (roll-on/roll off);
- remodelação da estacada.

Da mais de meia centena de procedimentos de AIA relativos a instalações portuárias, poucos foram os que tiveram uma avaliação favorável. Na sua maioria, a avaliação dos impactes de portos foi favorável condicionada¹⁷, revelando que se trata de projectos com impactes sig-

¹⁶ Lista disponível junto da Agência Portuguesa do Ambiente, em <http://siaia.apambiente.pt/>. Ver também anexo V.

¹⁷ O que, de resto, não destoia em relação os resultados médios dos projectos das restantes tipologias. Os projectos que concluíram com uma declaração de desconformidade do Estudo de Impacte Ambiental ou com uma Declaração de Impacte Ambiental desfavorável estão listados separadamente no anexo V.

nificativos, mas que podem ser mitigados.

Os principais impactes identificados em sede de AIA ocorrem durante o período da construção. Comum a várias declarações de impacte é a descrição:

- dos impactes negativos significativos sobre a qualidade da água devido à suspensão dos sedimentos durante o período das dragagens;
- dos impactes negativos pouco significativos sobre o ambiente sonoro devido à emissão de ruído produzido pelas máquinas afectas à obra e pelos veículos de transporte de materiais;
- dos impactes negativos pouco significativos sobre a qualidade do ar causado, principalmente, pela emissão de gases poluentes em resultado do funcionamento das máquinas afectas à obra, ou pela libertação de odores resultantes da deposição dos dragados;
- dos impactes negativos sobre a biologia, devido à destruição dos organismos que vivem no fundo do leito revolvido pela dragagem; da afectação da vida dos peixes e bivalves, causada pela existência temporária de sedimentos na água;
- do aumento da perturbação directa sobre alguns animais devido ao acréscimo de ruído e à presença humana durante as obras; da afectação de espécies de flora terrestre na zona da obra e do estaleiro.

A mitigação dos impactes pode passar por medidas de carácter técnico (por ex. utilização de dragas de sucção e repulsão que originam um menor teor de sólidos em suspensão), ou ainda por medidas de limitação da área geográfica de intervenção ou por concentração do período

temporal da obra (desenvolvendo os trabalhos no período inter-reprodutor das espécies biológicas, designadamente entre Junho e Março, e funcionando apenas fora dos períodos de descanso da população, ou seja, nos dias úteis, entre as 7h00 e as 18h00).

Isto não significa que não haja impactes após a construção, decorrentes do próprio funcionamento das instalações portuárias. Esses impactes podem ser controlados através de medidas de monitorização (por exemplo da qualidade da água, através de parâmetros fixos como poluentes orgânicos, microbiológicos, o estado dos nutrientes da água, a presença de hidrocarbonetos e substâncias persistentes), através de medidas estratégicas, (como planos de receção e gestão de resíduos), através da afectação das instalações portuárias a actividades mais compatíveis com o ambiente (como produção de energia das ondas, das marés ou eólica), ou até através de iniciativas destinadas a integrar a actividade portuária no meio urbano em que se insere, fomentando a aproximação da população ao porto, como o projecto cultural que consistiu em levar poesia para o porto de Leixões, ou o projecto de alojamento turístico *pop up*, «*Sleeping around*»¹⁸.

4. A integração de considerações ambientais na política portuária

Tanto a nível da União Europeia, como a nível nacional, o ambiente é uma preocupação presente, a justo título, na política marítima.

Na Comunicação intitulada “*Roteiro para o ordenamento do espaço marítimo: definição de princípios comuns na*

¹⁸ Mostramos ambos os projetos no anexo VI.

UE”¹⁹, a Comissão Europeia refere claramente que “o aumento de actividade nos mares europeus gera uma concorrência de interesses entre diversos sectores, nomeadamente navegação e transporte marítimo, produção de energia ao largo da costa, desenvolvimento portuário, pescas e aquacultura, para não mencionar as preocupações ambientais».

Já a Diretiva sobre o ordenamento do espaço marítimo, estabelece como objetivos dos planos nacionais de ordenamento do espaço marítimo “contribuir para o desenvolvimento sustentável dos setores da energia no meio marinho, do transporte marítimo e do setor das pescas e da aquicultura, e para a preservação, proteção e melhoria do ambiente, incluindo a resistência ao impacto das alterações climáticas”²⁰. Ainda segundo a directiva, objetivos secundários são “a promoção do turismo sustentável e a extração sustentável de matérias-primas”²¹.

Em Portugal, a Lei que estabelece as Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional²² frisa, ainda de forma mais clara, a dimensão ambiental do ordenamento e gestão do espaço marítimo nacional: “o ordenamento e a gestão do espaço marítimo nacional têm como objetivo a promoção da exploração económica sustentável, racional e eficiente dos recursos marinhos e dos serviços dos ecossistemas, garantindo a compatibilidade e a sustentabilidade dos diversos usos e das atividades nele desenvolvidos, atendendo à responsabilidade inter e intrageracional na utilização do espaço

¹⁹ COM(2008) 791 final.

²⁰ Directiva 2014/89, de 23 de julho, artigo 5º.

²¹ Idem.

²² Lei n.º 17/2014 de 10 de abril.

marítimo nacional e visando a criação de emprego. (...) o prosseguimento das ações desenvolvidas no âmbito do ordenamento e da gestão do espaço marítimo nacional deve atender à preservação, proteção e recuperação dos valores naturais e dos ecossistemas costeiros e marinhos e à obtenção e manutenção do bom estado ambiental do meio marinho, assim como à prevenção dos riscos e à minimização dos efeitos decorrentes de catástrofes naturais, de alterações climáticas ou da ação humana”²³.

De um conjunto de afirmações tão peremptórias sobre a sustentabilidade e a responsabilidade inter e intra-generacional, retiramos dois deveres ambientais principais:

1. O dever de compatibilizar usos e actividades não ambientais com as finalidades ambientais;
2. O dever de preservar, proteger e recuperar os valores naturais e os ecossistemas costeiros.

Ora, considerando a impossibilidade de minimizar todos os impactes, e sabendo que portanto alguns valores naturais serão irreversivelmente afectados pelas actividades portuárias, é defensável a necessidade de adotar medidas de compensação, como forma de garantir o equilíbrio global dos ecossistemas.

5. Portos e conservação da natureza: compensações ecológicas

O fundamento teórico do dever de compensar os danos ecológicos²⁴ está relacionado com o Estado de Di-

²³ Artigo 4 da Lei.

²⁴ Aprofundando o conceito de danos ecológicos ver o nosso artigo sobre «*Dano ecológico: critérios práticos de identificação e avaliação*», in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.2/2013, p. 271-307.

reito Ecológico²⁵. Os deveres de proteção dos valores naturais, enquanto deveres inerentes ao Estado de Direito Ecológico têm dois níveis de realização: o mais baixo, corresponde ao dever de evitar a degradação progressiva, grave e irreversível de ecossistemas, *habitats* e recursos naturais. Trata-se de adotar medidas preventivas das formas mais graves e insidiosas de poluição e degradação (tolerando apenas os níveis *mínimos* e *inevitáveis*) e de redução do consumo de recursos naturais, até níveis sustentáveis.

O segundo nível de realização do Estado de Direito Ecológico, inclui o dever de promover ativamente a melhoria das condições ambientais, desenvolvendo ações de aperfeiçoamento ambiental e investindo na reabilitação de *habitats* e ecossistemas. Trata-se então do dever de *recuperação* dos valores ambientais ao qual alude a Lei de Bases. Enquanto sinónimo de *valorização*, a *recuperação* é um processo de incorporação de *maior valor* nos espaços e nos serviços naturais. Por outras palavras, a *recuperação* é um conjunto de processos destinados a repor os espaços e os recursos naturais no *status quo ante*, requalificando espaços naturais desvalorizados e recuperando o valor, a qualidade ambiental e o equilíbrio ecológico perdidos em zonas degradadas²⁶.

²⁵ Gomes Canotilho tem desenvolvido, em paralelo com o tópico da democracia sustentada, o conceito constitucional de Estado de Direito Ambiental ou Estado Constitucional Ecológico, entendido como aquele que “pressupõe uma concepção integrada ou integrativa do ambiente”, e assume o “dever de acompanhar todo o processo produtivo e de funcionamento sob um ponto de vista ambiental” (“Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada”, in: *RevCEDOUA*, n.º 8, 2/2001, página 12; *Estado de Direito*, Coleção Cadernos Democráticos, Fundação Mário Soares, Lisboa, 1999 e “Judicialização da ecologia ou ecologização do direito”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 4, 1995, pág. 73-75).

²⁶ Sobre as dificuldades da restauração natural dos danos eco-

São exemplo deste tipo de medidas a criação de recifes artificiais, a erradicação de espécies invasoras, a reintrodução de espécies localmente extintas ou a recuperação paisagística.

Trata-se, portanto, de um nível mais elevado de proteção ambiental. Na União Europeia, o nível elevado de proteção é princípio jurídico fundamental²⁷, e para nós, ele é também um dos fundamentos jurídicos do dever de recuperação²⁸.

Defendemos, portanto, que há casos em que a recuperação e as medidas de proteção ativa, já não podem considerar-se um luxo. Pelo contrário, são uma *necessidade ética* e uma *imposição jurídica* que traz *vantagens económicas*²⁹.

O fundamento positivo do dever de recuperação reside no regime legal da Rede Natura 2000.

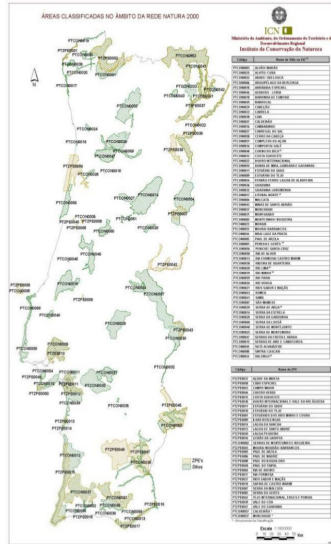
lógicos ver José de Sousa Cunhal Sendim, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos. Da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra Editora, 1998.

²⁷ Este é, atualmente, um princípio quase omnipresente no direito europeu do ambiente, tanto nos tratados como no direito secundário. Após o Tratado de Lisboa, o nível mais elevado de proteção figura ainda no artigo 3, n.º3 do Tratado da União Europeia; nos artigos 114 e 191, n.º2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; no artigo 37 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. No direito derivado, a Diretiva que cria a licença ambiental é a expressão mais visível desta ubiquidade, repetindo nove vezes o objetivo do estabelecimento de um *nível elevado de proteção*.

²⁸ Sobre este princípio ver a nossa obra *O Princípio do Nível Elevado de Proteção e a renovação ecológica do Direito do Ambiente*, Almedina, 2006, 899 págs.

²⁹ Para maiores aprofundamentos sobre o dever de recuperação ver o nosso capítulo sobre «Ultrapassar o défice (ecológico) em tempo de crise (económica). Breves reflexões o dever de restauração de habitats», incluído na obra colectiva *Direito e Justiça Ambiental. Diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica*, Carlos E. Peralta, Luciano J. Alvarenga e Sérgio Augustin (org.), Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2014, p. 191 a 215 (também disponível em http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/direito_justica_ambiental.pdf).

Primeiro, como é visível no mapa das zonas classificadas para a conservação da natureza em Portugal, a proximidade geográfica entre os portos nacionais e alguns Sítios da Rede Natura 2000 é notória. Ainda que as zonas portuárias não sejam classificadas como zonas de conservação da natureza, em virtude da pré-existência dos portos, a sensibilidade ambiental de toda a zona envolvente não deixa de justificar especiais cuidados no desenvolvimento das operações marítimo-portuárias.



Considerando globalmente a União Europeia, o número de estuários integrados na Rede Europeia de áreas de conservação, a Rede Natura 2000, é muito significativo.

Quadro 1 : Superfície de habitats costeiros e estuarinos protegida pela legislação ambiental da UE (de acordo com a base de dados Natura 2000 – Novembro de 2009)

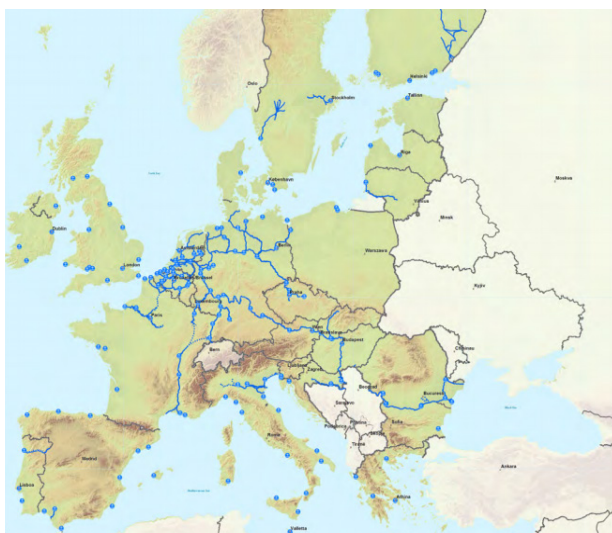
habitats estuarinos e costeiros Natura 2000 para efeitos do presente documento	Superfície total no território da UE-27 (2009)
Estuários – código habitat: 1130 (306 sítios)	643 704,44 ha
lagunas costeiras* – código habitat: 1150 (644 sites)	503 263,71 ha
Estuários e baías pouco profundas – código habitat: 1160 (373 sites)	1 250 743,52 ha
Planícies de areia permanentemente cobertos por água do mar pouco profunda - código habitat 1110 (517 sites)	2 436 613,35 ha
Planícies e áreas a descoberto na maré baixa – código habitat 1140 (422 sites)	809 204,53 ha
Total	5 643 529,55 ha

Existem mesmo antecedentes, na União Europeia, de projectos de ampliação de portos, que foram submetidos à apreciação e autorização prévia da Comissão Europeia, em virtude da afectação de sítios da Rede Natura 2000 onde ocorriam habitats ou espécies prioritárias.

Referimo-nos ao projecto de expansão do porto de

Roterdão, que foi ampliado com base em argumentos que giravam em torno da importância deste porto ao nível europeu, enquanto nó multimodal fundamental da rede trans-europeia de transportes. Segundo a Comissão Europeia, “a expansão do porto de Roterdão torna também relevante a questão da promoção da intermodalidade, em especial no que respeita ao transporte de mercadorias. É evidente que a transferência do tráfego de mercadorias do modo rodoviário para o modo marítimo/fluviar proporcionará benefícios consideráveis em termos de redução das emissões de gases com efeito de estufa, da poluição atmosférica e do tráfego. Estes benefícios devem ser reconhecidos na avaliação de questões de interesse público”³⁰.

Olhando para o mapa dos portos integrados na rede trans-europeia de transportes, verificamos que há três portos portugueses que podem assumir importância supranacional.



³⁰ Citação extraída do documento de orientação sobre o n.º 4 do artigo 6.º da Directiva “Habitats” disponível em: http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_pt.pdf.

Sendo assim, mesmo que as actividades portuárias sejam desenvolvidas fora da Rede Natura 2000, desde que sejam susceptíveis de perturbar os *habitats* ou as espécies integradas naquela rede ecológica europeia, estarão sujeitas ao regime definido pela Diretiva europeia sobre os *habitats*, transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei 49/2005 de 24 de Fevereiro.

Resumindo, em poucas palavras, o regime estabelecido no artigo 10º, verificamos que:

- a) se as acções, planos ou projectos forem “susceptíveis de afectar essa zona de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outras acções, planos ou projectos”,
- b) se não existirem soluções alternativas,
- c) e se se provar a necessidade da acção plano ou projecto “por razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo de natureza social ou económica”,

... então serão “aprovadas medidas compensatórias necessárias à protecção da coerência global da Rede Natura 2000”.

Eis, simplificada³¹, o regime de conciliação de

³¹ Em versão integral, o artigo 10º dispõe:

“1— As acções, planos ou projectos não directamente relacionados com a gestão de um sítio da lista nacional de sítios, de um sítio de interesse comunitário, de uma zona especial de conservação ou de uma zona de protecção especial e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar essa zona de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outras acções, planos ou projectos, devem ser objecto de avaliação de incidências ambientais no que se refere aos objectivos de conservação da referida zona. (...)

10 — A realização de acção, plano ou projecto objecto de conclusões negativas na avaliação de impacte ambiental ou na análise das suas incidências ambientais depende do reconhecimento, por despacho conjunto do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e do ministro competente em razão da matéria, da ausência de soluções

usos incompatíveis com a Rede Natura 2000 em Portugal e que, de forma simplificada, permite a realização das actividades mais relevantes desde que sejam adotadas medidas compensatórias³².

Este é, precisamente, o caso que está a levar a Espanha a responder perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. E estudos recentes revelaram que as dragagens do canal de acesso ao porto de Sevilha, no rio Guadalquivir, podem estar a pôr em perigo a biodiversidade em sítios da rede Natura 2000 situados na vizinhança do porto³³.

alternativas e da sua necessidade por razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo de natureza social ou económica.

11 — Sem prejuízo do disposto no número anterior, quando a acção, plano ou projecto, objecto de conclusões negativas na avaliação de impacte ambiental ou na análise das suas incidências ambientais, afecte um tipo de habitat natural ou espécie prioritários de um sítio da lista nacional de sítios, de um sítio de interesse comunitário, de uma ZEC e de uma ZPE, apenas podem ser invocadas as seguintes razões:

- a) A saúde ou a segurança públicas;
- b) As consequências benéficas primordiais para o ambiente;
- c) Outras razões imperativas de reconhecido interesse público,

mediante parecer prévio da Comissão Europeia.

12 — Nos casos previstos nos n.ºs 10 e 11, são aprovadas medidas compensatórias necessárias à protecção da coerência global da Rede Natura 2000.

13 — As medidas compensatórias aprovadas são comunicadas à Comissão Europeia”.

³² Sobre as medidas compensatórias no âmbito da Rede Natura 2000 ver «Compensation in the European Union: Natura 2000 and Water Law», with Helena F.M.W. van Rijswijk (co-author), in: *Utrecht Law Review*, vol 10, issue 2, June 2014 (também disponível em <https://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/275> e http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2437517).

³³ “The European Commission is asking Spain to take a cautious approach to upgrading maritime access to the Port of Seville, and assess the potential negative effects on Natura 2000 sites, including the Doñana National Park. A recent scientific study by the Spanish authorities has indicated that dredging the navigation canal would have serious negative impacts on the shape and the biodiversity of the estuary, with consequent effects on protected natural sites in

Confirma-se desta forma a necessidade legal de as autoridades portuárias levarem a cabo, preventivamente³⁴, medidas compensatórias através de ações de restauro de *habitats* ou de recuperação de espécies com vista à regeneração de serviços ecossistémicos. Nos termos do Guia da Comissão Europeia, as medidas compensatórias deverão ser caracterizadas pela anterioridade, equivalência de área, correspondência de região biogeográfica e similitude de funções ecológicas.

Reativamente, *a posteriori*, é a Lei de responsabilidade por danos ao ambiente³⁵ que impõe a adoção de medidas de reparação primária, complementar e compensatória³⁶ no caso de danos causados à água, ao solo ou à biodiversidade resultantes do desenvolvimento de actividades de transporte marítimo de resíduos, substâncias perigosas ou poluentes³⁷ ou organismos geneticamente modificados³⁸.

the vicinity. Under the Habitats Directive, any plan or project likely to have a significant effect on a protected site needs an “appropriate assessment” of its implications. The Directive allows projects to go ahead despite a negative assessment, for reasons of overriding public interest, but in such cases compensatory measures are needed to ensure that the overall coherence of the Natura 2000 network is maintained. As Spain has not examined in detail the impact of the project or the alternative solutions, which is a basic requirement according to the Directive, a reasoned opinion is now being sent. Spain has two months to reply. In the absence of a satisfactory response, the case may be referred to the EU Court of Justice. (informação disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4666_en.htm)

³⁴ Guia da Comissão Europeia sobre as disposições do artigo 6.º da Directiva «Habitats» (http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/provision_of_art6_pt.pdf).

³⁵ Decreto-Lei n.º 147/2008 de 29 de Julho.

³⁶ Artigo 11º n.º1 n) e anexo V da Lei.

³⁷ Na aceção da Directiva n.º 93/75/CEE, do Conselho, de 13 de Setembro, relativa às condições mínimas exigidas aos navios com destino aos portos marítimos da Comunidade ou que deles saíam transportando mercadorias perigosas ou poluentes.

³⁸ Definidos no Decreto-Lei n.º 72/2003, de 10 de Abril.

6. Conclusão

Não sendo viável, até por razões ambientais, prescindir do transporte marítimo, verificamos que as instalações portuárias acabam por ser um mal menor.

A forma de contrabalançar os inevitáveis impactes ambientais das actividades portuárias passa tanto por medidas de prevenção e monitorização como por medidas compensatórias.

As regras europeias sobre compensações ambientais estão bem estabelecidas e devem ser observadas pelas autoridades portuárias se quisermos garantir portos ambientalmente sustentáveis.

Anexos

Anexo I. Movimento de contentores nos principais portos do continente desde 2004

		PORTO DE VIANA DO CASTELO	PORTO DE DOURO E LEIXÕES	PORTO DE AVEIRO	PORTO DE FIGUEIRA DA FOZ	PORTO DE LISBOA	PORTO DE SETÚBAL	PORTO DE SINES	TOTAL GER.
2004									
TOTAL ANUAL	Número		228.207	2	5.027	343.553	12.427	12.927	602.140
	TEU		349.495	2	9.948	514.769	19.515	19.211	912.938
2005									
TOTAL ANUAL	Número		233.294		5.495	341.173	7.464	34.585	622.011
	TEU		352.002		10.799	513.241	13.145	50.994	940.141
2006									
TOTAL ANUAL	Número	120	249.570	1	5.084	343.428	8.632	85.278	692.063
	TEU	214	378.387	1	10.093	512.501	15.736	121.957	1.038.869
2007									
TOTAL ANUAL	Número	16	282.423	4	5.342	372.476	7.507	102.118	769.866
	TEU	19	433.486	7	10.667	554.774	12.425	150.038	1.161.406
2008									
TOTAL ANUAL	Número	98	293.835	45	6.829	371.957	11.281	157.707	841.702
	TEU	120	450.026	61	13.596	556.062	17.440	233.118	1.270.463
2009									
TOTAL ANUAL	Número	179	290.557	12	6.698	328.258	16.680	163.249	805.475
	TEU	710	454.503	23	13.392	500.857	24.986	247.633	1.242.561
2010									
TOTAL ANUAL	Número	175	305.426		8.255	337.261	29.696	247.213	928.825
	TEU	609	483.411		16.475	512.753	50.827	376.019	1.440.487
2011									
TOTAL ANUAL	Número	439	327.563		9.747	363.281	43.675	300.714	1.045.429
	TEU	632	514.087		19.488	541.907	77.127	445.185	1.598.699
2012									
TOTAL ANUAL	Número	438	403.066		9.991	325.501	26.976	370.384	1.136.940
	TEU	666	632.665		19.826	485.696	49.350	553.062	1.741.539
2013									
TOTAL ANUAL	Número	329	391.925		8.067	368.450	37.730	620.909	1.427.081
	TEU	471	626.189		15.897	549.302	70.564	931.036	2.193.465
2014									
TOTAL ANUAL	Número	154	417.037		10.095	339.627	57.039	819.565	1.643.328
	TEU	180	666.668		18.738	601.730	103.563	1.337.684	2.610.383

(TEU: unidade de transporte relativa ao tamanho dos contentores).

Anexo II. Acidentes portuários



Porto de Génova, 2013



Porto de Leixões, 2012

Anexo III. Marés vivas e obras de proteção costeira



Marés vivas em Portugal, em 2014



Obras de proteção costeira

Anexo IV. Assoreamento, acidente e dragagens



Anexo V. Procedimentos de avaliação de impacte ambiental

Nº AIA	Designação do projeto	Proponente	Data da decisão	Sentido da decisão
13	Dragagem do canal de acesso ao Porto de Lisboa e obra do Fecho da Golada entre a Cova do Vapor e o Bugio (EIA reformulado)	Administração do Porto de Lisboa	*	*
14	Remodelação da Estacada nº 3 do Porto de Setúbal - Estudo preliminar	Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra	*	*
15	EPIA - Terminal Roll-on / Roll-off e contentores no Porto de Setúbal	Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra	*	*
66	Construção de uma esfera para VCM nas instalações da CI-RES no porto industrial de Aveiro(nº 6)	Cires - Companhia Industrial de Resinas Sintéticas, SA	*	*
47	Pipeline para o transporte de VCM entre o porto de Aveiro e o Parque Industrial de Estarreja	Cires - Companhia Industrial de Resinas Sintéticas, SA	*	*
221	Construção de Obras Marítimas para o Terminal de Granéis Sólidos - Porto da Figueira da Foz - 1ª Fase (nº 221)	Direcção Geral de Portos Navegação e Transportes Marítimos	*	*
422	Instalação de uma Monobóia para Descarga de Petróleo Bruto para a Refinaria do Porto (Nº 422)	Petróleos de Portugal - Petrogal, SA	18-03-1997	Favorável condicionado.

Nº AIA	Designação do projeto	Proponente	Data da decisão	Sentido da decisão
477	Terminal Definitivo de Carga Geral do Porto de Sines (nº 477)	Administração do Porto de Sines	22-12-1997	Encerrado.
484	Instalação de um reservatório esférico para Cloreto de Vinilo Monómero no Terminal Químico do Porto de Aveiro (Nº 484)	Cires - Companhia Industrial de Resinas Sintéticas, SA	12-02-1998	Favorável condicionado.
558	Terminal Definitivo de Carga Geral do Porto de Sines (558)	Administração do Porto de Sines	10-02-1999	Favorável condicionado.
561	Porto de abrigo / Porto de Recreio de Albufeira (nº 561)	Câmara Municipal de Albufeira	23-02-1999	Favorável condicionado.
579	Terminal de Contentores/Plataforma Multimodal no Porto de Setúbal (nº 579)	Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra	12-05-1999	Favorável condicionado.
665	Transferência de Pipelines de Interligação da Refinaria do Porto ao Terminal Petrolero de Leixões	Petróleos de Portugal - Petrogal, SA	23-02-2000	Encerrado.
771	Ampliação do Terminal Norte, do Terminal RO-RO, do Terminal de Granéis Sólidos e do Terminal de Granéis Líquidos do Porto de Aveiro	Administração do Porto de Aveiro	19-10-2001	Favorável condicionado.
833	Porto de Pesca de Tavira (Projecto de Execução)	Instituto Marítimo e Portuário	23-05-2002	Encerrado.
834	Porto de Recreio de Faro	Instituto Marítimo e Portuário	18-02-2002	Encerrado.

Nº AIA	Designação do projeto	Proponente	Data da decisão	Sentido da decisão
918	Terminal Papelero Polivalente do Porto da Figueira da Foz	Instituto Marítimo e Portuário	10-07-2003	Favorável condicionado.
984	Terminal de Combustíveis no Porto de Aveiro - Ilha da Mó do Meio	PPS - Produtos Petrolíferos,SA	20-06-2003	Encerrado.
1073	Ligação Ferroviária ao Porto de Aveiro, Plataforma Multimodal, Acessos e Terminais Ferroviários	REFER - Rede Ferroviária Nacional, EP	*	*
1105	Terminal de Recepção de Produtos Betuminosos no Porto da Figueira da Foz	ASFALCENTRO - Comércio de Asfaltos,SA	15-06-2004	Favorável condicionado.
1152	Obras e Apetrechamentos da 1ª Fase de Expansão do Sector Comercial do Porto de Viana do Castelo.	Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos	19-08-2005	Favorável condicionado.
1184	Novo Terminal Multiusos do Porto de Leixões	Administração dos Portos do Douro e Leixões	02-11-2004	Favorável condicionado.
1195	Estabelecimento da Bacia de Rotação e do Canal de Acesso à Doca nº 4 do Porto de Leixões	Administração dos Portos do Douro e Leixões	26-09-2004	Favorável condicionado.
2203	Porto de Pesca da Quarteira - (Nº. 203)	Direcção Geral de Portos	*	*
1213	Terminal de Armazenagem de Produtos Petrolíferos e GPL no Porto de Aveiro	PPS - Produtos Petrolíferos,SA	*	*

Nº AIA	Designação do projeto	Proponente	Data da decisão	Sentido da decisão
1218	Pequeno Porto de Pesca em Santa Luzia	Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos	*	*
1219	Pequeno Porto de pesca em Cabanas	Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos	*	*
1220	Pequeno Porto de Pesca na Fuseta	Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos	05-08-2005	Favorável condicionado.
1232	Porto de Pesca de Tavira (Projecto de Execução)	Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos	30-10-2006	Favorável condicionado.
1263	Pequeno Porto de Pesca em Cabanas	Instituto Portuário do Sul	05-08-2005	Favorável condicionado.
1264	Pequeno Porto de Pesca na Fuseta	Instituto Portuário do Sul	*	*
1265	Pequeno Porto de Pesca em Santa Luzia	Instituto Portuário do Sul	29-09-2005	Favorável condicionado.
1285	Projecto de Dragagem da Bacia de manobras a Norte do Porto de pesca do largo de Aveiro	Administração do Porto de Aveiro	*	*
1291	Obras de Melhoria das condições de abrigo nos cais do sector comercial e manutenção do canal de acesso ao Porto da Figueira da Foz	Instituto Marítimo e Portuário	04-05-2005	Favorável condicionado.
1306	Porto de Recreio da Área Turística da Serra em Casal da Caxoeira Baixo/Serra- Tomar	URBICASTELO-BODE- IMOBILIÁRIA, SA	*	*

Nº AIA	Designação do projeto	Proponente	Data da decisão	Sentido da decisão
1329	Porto de Recreio da Área Turística da Serra em Casal da Caxoeira, Serra Tomar	URBICASTELO-BODE- IMOBILIÁRIA, SA	*	*
1356	Unidade de Recepção e Moagem de Clínquer do Porto de Setúbal e respectivo Cais de Apoio	C+PA - Cimentos e Produtos Associados, S.A	30-06-2006	Favorável condicionado.
1381	Ligação Ferroviária ao Porto de Aveiro - Plataforma Multimodal de Cacia, Ramal de Acesso e Terminais Ferroviários do Porto de Aveiro	REFER - Rede Ferroviária Nacional, EP	30-11-2005	Favorável condicionado.
1382	Ligação Ferroviária ao Porto de Aveiro - Plataforma Multimodal de Cacia/Ramal Ferroviário ao Porto de Aveiro e Feixes	REFER - Rede Ferroviária Nacional, EP	*	*
1385	Porto de Recreio de Faro e de um Fundeadouro	Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos	19-12-2005	Favorável condicionado.
1393	Porto de Abrigo para a pequena pesca da ilha da Culatra	Câmara Municipal de Faro	14-11-2005	Favorável condicionado.
1557	Porto de Recreio de Alverangel	José Carlos Ribeiro Brito	*	*
1723	Porto de Recreio de Vila Nova de Gaia		*	*
1835	Prolongamento do Cais de Comércio e Turismo do Porto de Portimão	Instituto Portuário e dos transportes marítimos	12-11-2008	
1878	Área de expansão de pesca artesanal do Porto de Olhão	Instituto Portuário e dos transportes marítimos	21-01-2019	

Nº AIA	Designação do projeto	Proponente	Data da decisão	Sentido da decisão
2082	Reconfiguração da Barra do Porto de Aveiro	Administração do Porto de Aveiro	25-09-2009	Favorável condicionado.
2250	Dragagem de Aprofundamento do Canal da Barra Sul do Porto de Lisboa	Administração do Porto de Lisboa	18-12-2012	Favorável condicionado.
2773	Expansão do Terminal de Contentores do Porto de Sines (TXXI) (3ª e 4ª fases)	Administração do Porto de Sines	*	*

Nº AIA	Designação do projeto	Proponente	Data da decisão	Sentido da decisão
618	Porto de Recreio de Faro (nº 618)	Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra	*	*
Marinhas de Neves Pires	19-01-2000	Desfavorável.		
330	Terminal de Contentores/ Plataforma Multimodal, Dragagens do Canal da Barra, Canal Norte e Bacia de Rotação e áreas p/ depósito de dragados, no Porto de Setúbal (Nº. 330)			
Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra	06-03-1996	Desfavorável.		
1079	Yachtur - Porto de Recreio			

Nº AIA	Designação do projeto	Proponente	Data da decisão	Sentido da decisão
Yachtur - Sociedade de Empreendimentos Turísticos Lda	22-08-2003	Desconformidade do EIA.		
2500	Obras Complementares do Porto da Ericeira			
Instituto Marítimo e Portuário	01-03-2012	Desconformidade do EIA.		
1906	Empreitada de Recuperação Ambiental e Funcional do Terminal Eurominas e Acessos Terrestres, no Porto de Setúbal			

Anexo V. Procedimentos de avaliação de impacte ambiental

📍 Poesia pelo Porto de Leixões





Projeto “Sleeping around”: Hotel móvel de luxo, funcionando em contentores instalados em zonas portuárias na Europa (<http://www.sleepingaround.eu/>)

COMPETÊNCIAS DE LICENCIAMENTO NA ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA¹

*Fernanda Paula Oliveira**

1. As questões a partir de um exemplo concreto

As áreas sujeitas a jurisdição portuária apresentam-se, frequentemente, como áreas de confluência do exercício de competências de distintas entidades com poderes administrativos.

Por isso, não raro, suscitam-se dúvidas quanto à entidade que, em cada caso, deve ser chamada a decidir sobre uma concreta pretensão que aí tenha de ocorrer, suscitando, quantas vezes, conflitos entre as mesmas.

O presente texto visa, através de um exemplo con-

¹ O presente texto corresponde, sem qualquer desenvolvimento, à exposição que apresentamos no Seminário *Os novos desafios da política portuária*, organizado pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e realizado na mesma Faculdade no dia 5 de dezembro de 2014. Tendo em conta os objetivos daquela exposição (e o tempo limitado para a sua apresentação), este texto encontra-se desprovido de quaisquer desenvolvimentos doutrinários e teóricos.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

creto, dar conta desta dificuldade e da forma como a mesma deve ser resolvida.

Para ilustrar as referidas dúvidas e testar as soluções que devem ser adotadas, tomaremos como referência o Decreto-Lei n.º 16/2014, de 3 de fevereiro — que estabelece o regime de transferência da jurisdição portuária dos portos de pesca e marinas de recreio do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P. (IPTM, I.P.), para a DOCAPESCA - PORTOS E LOTAS, S.A. (doravante DOCAPESCA) — e o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE) — que estabelece os poderes dos órgãos municipais no controlo das operações urbanísticas em geral e das que tenham de se realizar naquelas áreas.²

Vejamos, antes de mais, o que dispõe um e outro destes diplomas.

Nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 16/2014 “*Na sua área de jurisdição, só a Docapesca pode licenciar a execução de obras diretamente relacionadas com a sua atividade e cobrar as taxas inerentes às mesmas, cabendo-lhe ainda dar parecer vinculativo quanto aos licenciamentos depen-*

² Este diploma procede, efetivamente, à identificação das *operações urbanísticas* e dos *procedimentos de controlo* (prévio e sucessivo) a que as mesmas estão sujeitas por parte dos órgãos municipais. A regra é, quanto a este tipo de operações, a da sua sujeição a procedimentos específicos de controlo municipal (*licenciamentos* ou *comunicações prévias*) (estas últimas, na nova configuração que lhes foi dada pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, não se apresentam já como procedimentos de controlo preventivo — admitindo este diploma, porém, em situações contadas, isenções de controlo quer em função das características da operação a realizar (por estarem em causa operações com impacte urbanístico pouco relevante — artigo 6.º e 6.º-A do RJUE) quer em função da entidade promotora (em regra entidades dotadas de poderes administrativos).

dentes de outras entidades”.

Por sua vez o artigo 7.º do Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, que regula uma das situações em que as operações urbanísticas estão isentas de licenciamento municipal ou de comunicação prévia ao município, integra nestas isenções um conjunto de obras promovidas por entidades dotadas de poderes administrativos. Interessam aqui as *“obras de edificação ou demolição promovidas por entidades públicas que tenham por atribuições específicas a administração de áreas portuárias (...) quando realizadas na respetiva área de jurisdição e diretamente relacionadas com a prossecução daquelas atribuições [alínea d) do n.º 1].*

Refira-se que a promoção, por privados, de obras na área de jurisdição portuária dos portos de pesca e marinas de recreio é efetuada através dos contratos de concessão que as entidades gestoras estabelecem com aqueles, contratos estes que lhes conferem a legitimidade urbanística necessária para que possam concretizar naquela área a operação urbanística pretendida. E, a este propósito, não pode esquecer-se o disposto na alínea e) do n.º 1 do mesmo artigo 7.º do RJUE que isenta de controlo municipal *“as obras promovidas por entidades concessionárias de obras ou de serviços públicos, quando se reconduzam à prossecução do objeto da concessão”.*

Em face disto, e atento o disposto no Decreto-Lei n.º 16/2014 e no RJUE, tem-se vindo a perguntar³:

1. Sendo a DOCAPESCA, S.A., uma empresa do setor empresarial do Estado, beneficiará das mesmas

³ Reproduzimos aqui as questões que os municípios onde se localizam portos ou marinas sujeitas à jurisdição da DOCAPESCA nos têm dirigido em várias situações.

isenções que os institutos públicos beneficiam nos termos do artigo 7.º do RJUE?

2. Aplicar-se-á esta isenção de controlo apenas a infraestruturas portuárias ou também a obras de edificação ou demolição em lotes objetos de concessão a particulares?
3. As obras de edificação nos armazéns particulares de apoio às atividades piscatórias (recolha de apanchados de pesca) beneficiarão destas isenções, uma vez que os seus titulares estão a exercer uma atividade de apoio à atividade piscatória, objeto de concessão e licenciada por competência própria da entidade?
4. As obras de edificação nos armazéns particulares de venda a grosso dos produtos de pesca beneficiarão destas isenções, uma vez que os seus titulares estão a exercer uma atividade objeto de concessão por essa entidade?
5. As obras de edificação nos estabelecimentos particulares de indústria transformadora dos produtos da pesca beneficiarão destas isenções, uma vez que os seus titulares estão a exercer uma atividade objeto de concessão com a entidade?

2. As respostas às questões

A resposta às questões colocadas deve ser dada articulando o disposto nos dois normativos referidos, um do RJUE (artigo 7.º), outro do Decreto-Lei n.º 16/2014 (artigo 9.º). Senão vejamos.

i. A leitura a partir do RJUE

Desde logo, e respondendo à primeira questão referida (e frequentemente colocada), o normativo mobilizável é, no que concerne às operações da *iniciativa das entidades públicas que tenham por atribuições específicas a gestão e administração de áreas portuárias* (como é o caso da DOCAPESCA), a alínea d) do n.º 1 artigo 7.º e não a frequentemente invocada alínea c). Não faz, de facto, sentido colocar a questão da eventual equiparação da DOCAPESCA a um instituto público para efeitos de isenção de controlo preventivo por parte do município de operações urbanísticas da sua iniciativa, uma vez que existe no RJUE uma alínea que expressamente isenta as operações urbanísticas promovidas por este tipo de entidades.

Assim, as operações promovidas por estas entidades diretamente relacionadas com a prossecução das suas atribuições não estão sujeitas aos procedimentos de licenciamento ou de comunicação prévia previstos no RJUE.

Diferente é, como vimos, o âmbito de aplicação da alínea e) do n.º 1 do mesmo normativo do RJUE: neste abrangem-se já não as operações da iniciativa da “entidade portuária”, mas as promovidas por entidades concessionárias *de obras* ou *de serviços públicos*, quando se reconduzam à prossecução do objeto da concessão (e desde que o concedente seja, ele próprio, uma entidade isenta dos referidos controlos preventivos)⁴.

Uma leitura atenta do disposto neste normativo permite concluir que não é qualquer concessionário (isto é, titular de uma concessão) que fica isento dos controlos

⁴ Fernanda Paula Oliveira, Maria José Castanheira Neves, Dulce Lopes e Fernanda Maçãs, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação. Comentado*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 143.

preventivos previstos no RJUE, mas apenas e somente os concessionários *de obras públicas* e os concessionários *de serviços públicos*.

Em causa estão, do ponto de vista jurídico, concessões em que o concessionário passa a estar na posição do concedente, desempenhando as mesmas tarefas que este desempenharia sem a concessão. É por esse motivo que a lei prevê que o concessionário, que passa a assumir a posição do concedente, fique isento de determinado tipo de procedimentos desde que (e na medida em que) deles também estivesse isento o próprio concedente.

Referimo-nos, assim, às concessões que, do ponto de vista jurídico, são designadas de *translativas*, na medida em que transmitem (transferem) para o concessionário poderes administrativos *já existentes* na titularidade da Administração concedente, ou seja, em que os poderes da entidade pública passam, por ato da Administração (precisamente a concessão), das mãos desta para a de particulares que, apesar de conservarem a sua natureza de sujeitos privados, ficam investidos naqueles poderes.

Exemplos típicos de concessões translativas são as *concessões de obra pública* ou as *concessões de serviços públicos*, em que o concessionário vai assumir, precisamente, a mesma posição que o concedente detinha e desempenhar as mesmas tarefas que eram desempenhadas por ele.

São precisamente as operações urbanísticas promovidas por este tipo de concessionários que a alínea e) do n.º 1 do artigo 7.º do RJUE isenta de controlo preventivo municipal (a norma é clara em afirmar que a isenção abrange entidades concessionárias de *obras* e de *serviços públicos*).

Diferente das concessões translativas, são as concessões constitutivas: concessões pelas quais a entidade

concedente cria “ex novo” poderes ou direitos para privados de que a Administração não é (e por regra não pode ser) titular, mas que só ela pode criar a favor de terceiros, implicando, em regra, uma restrição ou compressão dos poderes públicos. Exemplos típicos de concessões constitutivas são as concessões de uso privativo do domínio público ou as concessões de utilização do domínio hídrico.

Ora, quase todos os exemplos a que se reportam as questões supra colocadas não se reconduzem às concessões translativas: se bem que os privados exerçam a sua atividade (estritamente privada) com base em direitos assentes em concessões, não estão em causa concessões de *obras* da responsabilidade da DOCAPESCA nem *serviços* que devam ser prestados diretamente por esta entidade e que passem, por força da concessão, a ser realizados ou exercidos por privados. Pelo contrário em causa estão, ora *concessões de uso privativo de bens do domínio público* [cfr. alínea b) e alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-lei n.º 16/2014 ou a 2.ª parte da alínea i) do artigo 8.º do mesmo diploma, quando se refere à concessão de áreas destinadas a instalações industriais ou comerciais correlacionadas com aquelas atividades], ora o *licenciamento de atividades* (económicas) privadas [cfr. alínea c), 1.ª parte ou a alínea p) do referido n.º 1 do artigo 7.º].

Isto não significa, naturalmente, que a DOCAPESCA não possa concessionar obras ou serviços públicos da sua responsabilidade, caso em que passaremos a estar perante típicas concessões de obras e de serviços públicos (concessões translativas), cujos concessionários ficam sujeitos, por isso, ao regime previsto na alínea e) do n.º 1 do artigo 7.º do RJUE. É o caso, previsto na 1.ª parte da alínea i) do artigo 8.º do Decreto-lei n.º 16/2014, da concessão de ex-

ploração de instalações portuárias e de serviços ou de atividades a ele ligadas.

Do referido resulta, desde já, que ao abrigo do artigo 7.º do RJUE grande parte das situações referidas na consulta se reconduzem a obras sujeitas a controlo prévio por parte do município, na medida em que não são realizadas pela DOCAPESCA nem estão em causa concessionários de obras ou de serviços públicos da responsabilidade originária desta. De facto, em praticamente todas as situações referidas o que temos são particulares que exercem as suas atividades estritamente privadas ora com base em *concessões de uso privativo de um bem do domínio público* (é com base nesses atos/contratos que adquirem um direito que lhes permite realizar a operação urbanística naquela área) ora com base atos que lhes permitem precisamente, levar a cabo a atividade económica em causa.

ii. A leitura a partir Decreto-Lei n.º 16/2014

Se dúvidas não se colocam a partir do artigo 7.º do RJUE quanto à sujeição de quase todas as situações supra inventariadas aos procedimentos de controlo da responsabilidade dos municípios, essas dúvidas já se podem colocar se se proceder à análise desta questão a partir do disposto no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 16/2014, que especificamente regulamenta esta matéria quando estão em causa obras a realizar na área de jurisdição da DOCAPESCA e que, por isso, pode ser considerado uma norma especial relativamente à norma geral constante do RJUE, prevalecendo sobre ela se contiver regulamentação distinta⁵.

⁵ Na sua área de jurisdição, só a Docapesca pode licenciar a execução de obras diretamente relacionadas com a sua atividade e cobrar as taxas inerentes às mesmas, cabendo-lhe ainda dar parecer vinculativo quanto aos licenciamentos dependentes de outras entidades

Uma análise atenta desta norma permite concluir, desde logo, que a intenção do legislador não foi a de sujeitar todas as obras a realizar na área de jurisdição da DOCA-PESCA a licenciamento desta entidade: com efeito o n.º 1 do artigo 9.º refere-se expressamente à intervenção da DOCA-PESCA, através da emissão de parecer vinculativo, em *procedimentos de licenciamentos da responsabilidade de outras entidades*, o que significa admitir expressamente, atento o disposto no RJUE, que as referidas operações urbanísticas podem ser objeto de procedimentos de controlo preventivo da responsabilidade dos municípios. Apenas fica por esclarecer em que situações as referidas obras são licenciadas por estes, com parecer vinculativo da DOCAPESCA, e quando é que o licenciamento é da responsabilidade desta mesma entidade.

Para o efeito terá de se proceder à interpretação da expressão “*execução de obras diretamente relacionadas com a sua atividade*” constante da primeira parte do n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 16/2014, na medida em que, de acordo com este normativo, essas serão as obras sujeitas a licenciamento da DOCAPESCA.

Uma interpretação alargada desta norma poderia levar a concluir que todas as obras executadas pelos particulares para o exercício de atividades estritamente privadas, mas licenciadas pela DOCAPESCA ou para a instalação das quais esta entidade tenha atribuído títulos de concessão de utilização bens do domínio público devem reconduzir-se àquele conceito, na medida em que faz parte da atividade desta entidade, precisamente, o licenciamento da atividade e a atribuição daquelas concessões.

Julgamos, porém, que esta não é a leitura adequada da norma: não só estas obras *não estão relacionadas com a atividade da DOCAPESCA* (sendo, antes, atividades estrita-

mente privadas) como, ainda que assim se não considerasse, tais obras não estão *diretamente ligadas* àquela *atividade*, mas apenas indiretamente (a *atividade* em causa é privada, ainda que dependente de uma intervenção da DOCAPESCA).

Ou seja, na interpretação que aqui fazemos, e que julgamos a mais adequada, o disposto no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 16/2014 não difere do que estabelece o artigo 7.º do RJUE: as obras diretamente ligadas à atividade da DOCAPESCA são, ora as diretamente promovidas por esta entidade para o exercício das respetivas atribuições ora as promovidas por entidades para quem, por concessão, as mesmas atribuições tenham sido “transferidas” (concessionárias dos serviços ou das obras que a DOCAPESCA tivesse de realizar).

Já não são *diretamente ligadas à atividade da DOCAPESCA* atividades estritamente privadas, ainda que necessitem da intervenção daquela entidade quer para conceder ao privado legitimidade urbanística (concessão de uso privativo dos bens do domínio público) quer para que ele possa exercer a sua atividade.

3. Conclusão

Em face do que foi referido, consideramos não ter sido intenção do Decreto-Lei n.º 16/2014 alterar o regime de controlo preventivo das operações urbanísticas que tenham de se realizar na área até aí de jurisdição do IPTM, I.P., e agora jurisdição da DOCAPESCA.

Pelo que, em todas as situações supra referidas (situações 2. a 5.), com a exceção da situação 3., o controlo preventivo das respetivas obras é da responsabilidade do município.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DOMÍNIO PÚBLICO PORTUÁRIO: EM ESPECIAL, AS CONCESSÕES*

Ana Raquel Gonçalves Moniz **

1. Portos e direito administrativo

A existência e a construção de infraestruturas públicas de transporte representam um significativo fator de desenvolvimento e de promoção do Estado, contribuindo para o fomento do investimento estrangeiro e representando um ativo público dirigido a promover a produtividade, a estabilidade e o crescimento social e económico¹.

* O texto que agora se publica corresponde à conferência proferida no seminário *Os Novos Desafios da Política Portuária*, organizado pelo Instituto Jurídico, no dia 5 de dezembro de 2014. Parte da conferência reproduz o nosso artigo «Portos e Aeroportos», in: Isabel GONZÁLEZ RÍOS (dir.), *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los Servicios en Red*, Universidad de Málaga/Instituto Jurídico/Dykinson, 2015, no prelo.

** Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Cf. LOOSEMORE, «Risk Allocation in the Private Provision of Public Infrastructure», in: *International Journal of Project Management*,

A multiplicidade de atividades suscetíveis de serem exercidas sobre os portos tem como consequência o facto de a disciplina jurídica aplicável à utilização da infraestrutura portuária se encontrar dispersa por vários diplomas, sendo apenas incidentalmente tratada a propósito daquelas atividades. Chegou a equacionar-se a elaboração de uma *Lei dos Portos*, com o propósito de codificar a disciplina jurídica das atividades de cariz portuário e de natureza logística, incluindo as atividades acessórias, complementares ou subsidiárias nas áreas portuárias que se encontrassem sob jurisdição das autoridades portuárias, abrangendo as áreas de reserva e de expansão, bem como de consagrar soluções modernas que permitissem uma gestão eficiente do sector portuário e a competitividade dos portos nacionais². Tal como sucedeu com a reforma do domínio público³, também esta iniciativa caducou, não tendo a legislatura seguinte retomado os trabalhos.

O estudo dos regimes jurídicos das infraestruturas portuárias (em especial, das concessões) reveste a particularidade de traduzir algumas das modernas tendências de evolução do Direito Público:

- a) *Europeização*: As profundas alterações que a Administração Pública está a sofrer não se circunscrevem a uma abertura para os lados (à Sociedade), mas determinam uma expansão para cima (à internacionalização e europeização). Neste contexto, alude-se hoje

vol. 25, 2007, p. 66.

² Esta iniciativa legislativa verteu-se na Proposta de Lei n.º 280/X, in: *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 112, 13.05.2009, pp. 169 e ss..

³ Cf. Proposta de Lei n.º 256/X, sobre o regime geral dos bens do domínio público, in: *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 87, 21.03.2009, pp. 19 e ss..

uma decisão constitucional no sentido de uma «estadualidade aberta» (*offene Staatlichkeit*)⁴. Estamos numa arena em que o governo dos fluxos financeiros, a alocação de recursos, a intercambialidade de mercadorias e serviços, e a tutela do ambiente demonstram, com clareza, que a disciplina dos ativos infraestruturais ultrapassa, em muito, as fronteiras estaduais, com todas as consequências que tal opera sob o prisma da soberania e da «autossuficiência»⁵. Por um lado, a europeização aponta no sentido do reforço, no plano dos normativos aplicáveis, das preocupações atinentes à garantia da prestação dos serviços de interesse económico geral e da concorrência entre os operadores económicos cujas atividades pressuponham o acesso às infraestruturas. Por outro lado, assiste-se à emergência de redes transeuropeias e, como tal, à articulação das infraestruturas de um Estado-Membro com as infraestruturas dos restantes⁶. A preocupação com o de-

⁴ SCHMIDT-ASSMANN, «Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze», in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN/SCHUPPERT (org.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 17.

⁵ Cf. ROSSI, *Potere Amministrativo e Interesse a Soddisfazione Necessaria*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 65 e s..

⁶ Recorde-se que, no específico âmbito das infraestruturas de rede, a Europa sempre assumiu como uma das suas tarefas a criação e o desenvolvimento de redes nos sectores das infraestruturas dos transportes (não obstante a força centrípeta que estas, dado o nexo que mantêm com o território de um Estado, manifestam contra a intervenção de poderes exteriores, nomeadamente comunitários – assim PREDIERI, «Le Reti Transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam», in: *Il Diritto dell'Unione Europea*, n.º 3, ano II, julho/setembro 1997, p. 314), a cuja regulamentação presidem justamente os objetivos da interconexão e da interoperabilidade das redes nacionais, assim como do fomento do acesso a essas redes. Sobre esta matéria, cf., v. g., PREDIERI, «Le Reti...», cit., *passim*, esp. pp. 300 e ss..

envolvimento e modernização das infraestruturas de transportes (redes de estradas, de vias férreas e de vias navegáveis internas, de autoestradas marítimas, de portos de navegação marítima e interior, de aeroportos) a nível europeu culminou no programa da *Rede Transeuropeia de Transportes* (RTE-T)⁷, cuja responsabilidade cabe hoje *Agência de Execução para a Inovação e as Redes* (INEA)⁸; foi no âmbito deste programa que emergiram, entre nós, um conjunto de projetos inovadores, como sucedeu com o *PORTMOS – Integration of the Portuguese Ports and Maritime System in the Motorways of the Sea* (2004-PT-91204-S), e com o (atualmente em curso) desenvolvimento das tecnologias que permitem o funcionamento da Janela Única Marítima (2012-EU-21019-S).

- b) *Aproximação entre Política e Administração* – A gestão e exploração de infraestruturas de transporte, em geral, situa-se na confluência de várias políticas públicas; no caso específico que abordamos (portos), é inegável a articulação entre as políticas de transporte, ambiente e oceanos. Se, por via de regra, a definição de políticas

⁷ V. Decisão n.º 1692/96/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 1996, sobre as orientações comunitárias para o desenvolvimento da rede transeuropeia de transportes, in: *JOCE*, n.º L 229, 09.09.1996, pp. 1 e ss., alterada pelas Decisões n.os 1346/2001/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001 (in: *JOCE* L 185, 07.07.2001, pp. 1 e ss.), e 884/2004/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004 (in: *JOUE* L 167, 30.04.2004, pp. 1 e ss.), e pelo Regulamento (CE) n.º 1791/2006, do Conselho, de 20 de novembro de 2006 (in: *JOUE* L 363, 20.12.2006, pp. 1 e ss.).

⁸ Instituída pela Decisão de Execução da Comissão 2013/801/UE, de 23 de dezembro de 2013, in: *JOUE*, n.º L 352, 24.12.2013, pp. 65 e ss.. A INEA substituiu e sucedeu à anterior *Agência de Execução da Rede Transeuropeia de Transportes* (TEM-T EA).

públicas condiciona, a montante, as opções administrativas, a verdade é que, no nosso horizonte problemático, existe uma forte imbricação entre as duas tarefas. Eis o que se passa, *v. g.*, no âmbito das infraestruturas portuárias, em que não só a decisão sobre o modelo de gestão foi efetuada por ato legislativo, como também deste diploma constou a própria devolução da exploração das concretas infraestruturas às administrações portuárias.

- c) *Simplificação procedimental* – Ao desenho dos atuais procedimentos administrativos presidem hoje os princípios da celeridade, descomplexificação e eficiência, com o propósito de que tais formalidades não representem entraves (desnecessários) ao acesso e ao posterior exercício das atividades económicas por parte dos operadores. A instituição da *Janela Única Portuária* (JUP) constitui um exemplo significativo da aceleração e da simplificação procedimental⁹. Assumindo uma importância ainda mais decisiva¹⁰ a partir da Diretiva n.º 2010/65/UE¹¹ e da necessidade de criação de um espaço europeu de transporte marítimo sem barreiras, mediante a imple-

⁹ Embora com antecedentes em Portugal: recorde-se a criação do *Centro de Despacho de Navios*, desenvolvido pelo Porto de Sines, e posteriormente estendido aos demais portos nacionais – cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 67/93, de 16 de novembro.

¹⁰ A implementação da JUP já constava, porém, das 30 medidas de simplificação administrativa previstas pelo *Simplex 2006 – Programa de Simplificação Administrativa e Legislativa*, Presidência do Conselho de Ministros/Unidade de Coordenação da Modernização Administrativa, Lisboa, 2006, p. 22 (disponível em <http://www.simplex.pt/downloads/2006ProgramaSimplex.pdf>).

¹¹ Diretiva n.º 64/2010/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de outubro de 2010, relativa às formalidades de declaração exigidas aos navios à chegada e/ou à partida dos portos dos Estados-Membros, in: *JOUE* n.º L 283, 20.10.2010, pp. 1 e ss..

mentação de sistemas de transmissão eletrónica de informações e de intercâmbio de dados (sistemas *e-maritime*), a JUP agiliza a interação entre as diversas infraestruturas portuárias nacionais (assegurando a interoperabilidade dos sistemas de informação dos vários portos e das diversas autoridades – portuárias, aduaneiras, sanitárias, veterinárias e de fronteiras – que neles operam) e posiciona-se no contexto da concretização da *Janela Única Marítima* a nível europeu.

- d) *Rentabilização do património público e liberalização do acesso às atividades baseadas no domínio público* – A subordinação das infraestruturas de transporte ao regime jurídico-administrativo do domínio público constitui uma tradição do direito europeu de matriz romano-francesa. Todavia, se o propósito inicial do estatuto da dominialidade consistia na proteção e conservação dos bens, atualmente, o regime encontra-se desenhado para promover a rentabilização do património e, dando resposta às exigências concorrenciais europeias, para impulsionar a liberalização das atividades económicas que têm na sua base tais bens. Uma gestão racional dos bens dominiais exige que o legislador desenvolva os regimes no sentido de estimular o investimento privado sobre aqueles, não só modernizando os instrumentos normativos atinentes à exploração por particulares e à utilização privativa de parcelas do domínio público, de molde a tutelar também a posição do utilizador, mas igualmente atualizando, no sentido da abertura e da participação, a disciplina das atividades a desenvolver sobre as infraestruturas (pense-se, *v. g.*, nas transformações sofridas pelo regime das operações portuárias).

2. Portos e domínio público portuário: a contextualização no âmbito do estatuto da dominialidade e dos demais bens do domínio público

Independentemente do regime específico a que se encontram sujeitos, os portos assumem-se, em primeira linha, como *infraestruturas de transporte*. Em sentido amplo, a doutrina refere-se à existência de *infraestruturas económicas* e *infraestruturas sociais*¹², correspondendo as primeiras a projetos relacionados com redes de telecomunicações, rodoviárias, ferroviárias, portuárias ou aeroportuárias, e referindo-se as segundas a instalações destinadas a educação, saúde, turismo, recreio, estabelecimentos prisionais, etc.. Como acentuámos, o relevo político-económico das infraestruturas reside na circunstância de estas se conceberem como suporte físico artificial das atividades suscetíveis de, através dela, se desenvolverem¹³, servindo, na maioria dos casos, de base para a prestação de serviços públicos¹⁴. Em geral, as infraestruturas têm longevidade, mas pressupõem a realização de grandes investimentos, sendo constantemente permeáveis a inovações tecnológicas, bem como a riscos técnicos, económicos e políticos; o que determina, em regra, que a sua construção e também a exploração estejam entregues a entidades privadas, ain-

¹² Cf. LOOSEMORE, «Risk ...», cit., p. 66.

¹³ Assim, GONZÁLEZ SANFIEL, *Un Nuevo Régimen...*, cit., p. 84; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, «Sobre Infraestructuras en Red y Competencia entre Redes», in: *Nuevo Derecho de las Infraestructuras*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001, pp. 204 e ss..

¹⁴ Cf. URÍA FERNÁNDEZ, «La Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas como Instrumento al Servicio de una Nueva Política Patrimonial del Estado», in: CHINCHILLA MARÍN (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, p. 30.

da que subordinadas a uma mais ou menos intensa regulação pública¹⁵. Em sistemas jurídicos de índole romano-francesa, um dos principais mecanismos para garantir a regulação pública (*lato sensu*) das redes que analisamos (infraestruturas económicas de transporte) consiste na natureza *pública* ou dominial das infraestruturas, assumindo-se como um «património de suporte», um conjunto de instalações ou construções ancilares para o exercício das referidas atividades de interesse público e que, justamente por esse motivo, estão subordinadas a uma disciplina normativa dirigida a assegurar que aquela destinação se mantém¹⁶.

A caracterização dos portos como infraestruturas (infraestruturas portuárias) implica, pois, que estejam em causa bens de natureza complexa (ainda que submetidos a uma disciplina unitária – ao abrigo do conceito de universidade pública), em que a identificação dos respetivos componentes pressupõe a adoção de uma perspetiva funcional ou funcionalizada. A esta qualificação preside igualmente o objetivo da identificação de um específico regime jurídico aplicável. Neste sentido, estão apenas aqui abrangidos apenas os portos artificiais – *i. e.*, em geral, o conjunto de infraestruturas¹⁷ (instalações e equipamentos) si-

¹⁵ Cf. LOOSEMORE, «Risk ...», cit., pp. 66 e s..

¹⁶ Assim, SANTAMARÍA PASTOR, «Objeto y Ámbito. La Tipología de los Bienes Públicos y el Sistema de Competencias», in: CHINCHILLA MARÍN (coord.), *Comentarios...*, cit., p. 93.

¹⁷ Cf. também AUBY/BON, *Droit Administratif des Biens*, 3.^a ed., Dalloz, Paris, 1995, pp. 33 e 36; MORAND-DEVILLER, *Cours...*, cit., pp. 59 e s.; GODFRIN, *Droit Administratif des Biens*, 6.^a ed., Dalloz, Paris, 2001, p. 32 (criticando a tendência exagerada do *Conseil d'Etat*, que, alterando a sua jurisprudência anterior, considera integrantes do domínio público quaisquer terrenos situados na zona portuária delimitada como tal pela Administração, mesmo que não hajam sido afetados a essa função e se preveja, pela respetiva localização e pelo desenvolvimento do porto, que nunca o serão – *v.* também p. 36, n. 123).

tuadas numa área marítima, fluvial ou lacustre, destinadas à movimentação de fluxos (embarque, desembarque) de passageiros e de mercadorias –, que não revistam carácter militar.

Excluídos das infraestruturas portuárias estão os portos naturais (enquanto porção de mar, rio ou lago, próxima da margem, que, pelas suas características naturais – desde logo, profundidade e morfologia –, permite a ancoragem de embarcações), os quais se encontram compreendidos como parte integrante do domínio público hídrico.

Destarte, a delineação do conceito de porto não assume um mero alcance meramente teórico, em especial face à respetiva distinção relativamente aos bens qualificados como recursos hídricos, impondo-se, por razões de diferenciação de regimes jurídicos aplicáveis, uma distinção entre domínio público hídrico (marítimo, em especial) e domínio público portuário. Como inequivocamente fica demonstrado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 654/2009, de 16 de dezembro, a correta percepção do significado de porto para este efeito possui um impacto ao nível do regime jurídico aplicável e, quando o bem se localize no território das regiões autónomas, da respetiva titularidade. Com efeito, aquela decisão optou por um entendimento de tal forma restritivo que, na prática, circunscreve o domínio público portuário aos edifícios de apoio à atividade portuária, eliminando do conceito os terrenos (que considera incluídos no domínio público marítimo) em que tais edifícios assentam, recusando um conceito funcional e, por conseguinte, descaracterizando, por completo, a noção de «porto» (*rectius*, de «porto artificial»)¹⁸.

¹⁸ Acórdão n.º 654/2009, de 16 de dezembro, in: Diário da República, I Série, n.º 30, 12.02.2010, p. 447. Veja-se, porém, a Declaração de Voto da Conselheira Maria João Antunes (pp. 449 e s.), que

Ora, para este efeito, devem conceber-se como integrantes da noção de porto quer as construções humanas e equipamentos imobiliários, quer as faixas de terreno sobre as quais estes se encontram implantados, todos eles formando a universalidade pública que constitui a *infraestrutura portuária*.

As infraestruturas portuárias integram, enquanto tal, o domínio público infraestrutural, o qual tem por objeto a infraestrutura (e não cada um dos seus componentes) e cuja identificação obedece a um critério *funcional*: reportamo-nos a bens que, sendo compostos por diversos elementos, se encontram sujeitos ao domínio público por referência ao todo – como, aliás, se encontra pressuposto pelas noções (oriundas do direito francês) de «dominialidade pública global» e «indivisibilidade funcional»¹⁹. Com efeito, em regra, quando aludimos ao domínio público infraestrutural deparamos como objeto uma rede – forma como se encontra organizado²⁰ esse suporte físico que a infraestrutura constitui –, justamente caracterizada pela composição por diversos elementos dotados de uma organização em vista do cumprimento de uma finalidade determinada (permitir o transporte de alguém ou de algo)²¹, finalidade essa que, no caso das «redes públicas», corresponde ao desenvolvimento de uma atividade tradicionalmente identificada como de «prestação de um serviço público», mediante a oferta de prestações tendencialmente

adere a um conceito funcional de porto, não o considerando contrário à Constituição. Trata-se, aliás, da noção de porto defendida por Vieira de Andrade, em parecer inédito, junto aos autos.

¹⁹ Cf. ALLINE, «Domanialité Publique et Ouvrages Complexes», in: *L' Actualité Juridique – Droit Administratif*, novembro 1977, p. 525 (v. também p. 524).

²⁰ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, «Sobre Infraestructuras...», cit., p. 206.

²¹ Assim, GONZÁLEZ SANFIEL, *Un Nuevo Régimen...*, cit., pp. 246 e s..

homogêneas a uma pluralidade de utilizadores, de relevância não despidiêda para o funcionamento do sistema económico ou sócio-económico²².

Uma última palavra para salientar que, na perspetiva da teoria do domínio público, a dominialização das infraestruturas (e, por conseguinte, também das infraestruturas portuárias) não representa uma solução necessária. Na verdade, estamos diante daqueles bens que integram o que vimos designando como *domínio público formal* (por oposição a *domínio público material*)²³. Ainda que existam bens cuja dominialidade se impõe ao próprio poder constituinte, por estarem conexiados de uma forma muito especial com a *integridade territorial do Estado*²⁴ e com a res-

²² PREDIERI, «Le Reti...», cit., p. 295.

²³ Sobre esta questão, cf. os nossos trabalhos *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 280 e ss., e «Direito do Domínio Público», in: Paulo OTERO/Pedro GONÇALVES (org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 23 e ss..

²⁴ Não se pode, todavia, confundir o território do Estado com as parcelas territoriais sobre as quais o Estado também detém direitos – como é justamente o caso dos bens integrantes no domínio público (aludindo igualmente a esta problemática, cf. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo III, 6.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 255 ss.). Com esta afirmação pretendemos sublinhar que os direitos que o Estado exerce sobre o território (cuja natureza é ainda hoje objeto de controvérsia – cf., *v. g.*, a síntese de Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo III, pp. 249 e ss., e bibliografia aí citada) são distintos dos direitos que o Estado *enquanto pessoa coletiva pública* detém sobre essas parcelas territoriais submetidas à dominialidade, uma vez que as perspetivas pelas quais se aborda a questão também diferem: adota-se um ponto de vista internacional no primeiro caso; encara-se o problema a partir de uma ótica interna, no segundo. Só esta precisão permite explicar que existam parcelas territoriais (terrenos) pertencentes, a título de propriedade privada, a particulares. O que está em causa, neste momento, é a identificação daqueles bens que, no âmbito do território (compreendido em termos internacionais), se hão de submeter imperativamente a uma específica disciplina publicística, em virtude da suprema relevância que detêm para a identificação nacional de um Estado.

petiva *sobrevivência* enquanto tal, senão mesmo com a própria *identidade (identificação) nacional*²⁵, a regra consiste em o estatuto da dominialidade derivar, em princípio (e como sucede, *in casu*), de uma *disposição constitucional ou legal (critério formal)* – aquilo que denominamos *domínio público formal* ou «por determinação da lei»²⁶. Tal não significa que a

²⁵ Em qualquer dos casos referidos no texto, podemos aludir a um limite material implícito, a impedir o legislador da revisão constitucional, pelo menos enquanto o sentir da comunidade assim o ditar (no fundo, enquanto os limites se assumirem como tais), de retirar aos mencionados bens o estatuto da dominialidade. Considerando a integridade do território nacional como uma imposição constitucional de intangibilidade, v. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., vol. II, Coimbra, 2010, pp. 1012 e 1016, anotações II e VI ao artigo 288.º, respetivamente, que compreendem a integridade do território como um limite implicado no limite expresso consagrado na alínea *a*) do artigo 288.º, acerca da independência nacional e da unidade do Estado (também neste sentido, Jorge MIRANDA, *Manual...*, tomo III, p. 263). Cf. também Rui MEDEIROS/Lino TORRAL, «Artigo 84.º», in: Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS (dir.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006 pp. 94 e s., anotação XIII.

²⁶ Repare-se que o próprio GIANNINI (*I Beni Pubblici*, Mario Bulzoni Editore, Roma, 1963, p. 77) já indiciava esta posição quando defendia que a *destinazione nazionale* nascia não tanto de um ato da Administração, mas da lei. Podemos interrogar-nos em termos de saber em que medida tal qualificação legal há de ser expressa (*i. e.*, o legislador explicitamente determina que aquele bem ou aquele tipo de bens integra o domínio público) ou pode resultar do regime jurídico-legal a que se encontra submetido o bem ou tipo de bens em causa, o qual, pelas suas características, permite concluir que se trata de uma disciplina jurídica com os traços fundamentais da dominialidade (cf., em sentido idêntico, CHINCHILLA MARÍN, *La Radiotelevisión como Servicio Público Esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 136; mas também já ZANOBINI, «Il Concetto della Proprietà Pubblica e i Requisiti Giuridice della Demanialità», in: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, pp. 201 e s.) – sem que a esta asserção seja oponível a norma constante da alínea *f*) do n.º I do artigo 84.º da Constituição, visto a mesma poder ser interpretada no sentido de que pertencem ao domínio público outros bens como tal classificados *explícita ou implicitamente* (como acontece com os cemitérios) por lei.

própria qualificação de bens como sujeitos ao regime jurídico do domínio público pelo legislador ordinário (e também constituinte²⁷), seja arbitrária; pelo contrário, se se reconhece que tal qualificação se encontra especialmente dependente de critérios de oportunidade e conveniência política e, portanto, se assume como mutável (em virtude do seu carácter mais ou menos conjuntural), não poderá deixar de ser pautada por determinados *topoi*: eis o que se passa, *v. g.*, com o critério do *uso público*, com o critério da *realização direta de fins administrativos* ou com o critério da *utilidade pública*, enquanto aptidão das coisas para a satisfação de necessidades coletivas, ou ainda com a ideia da *importância dos bens para a sobrevivência e/ou o desenvolvimento económico nacional*²⁸. Podemos afirmar que, no caso das

²⁷ Pense-se, *v. g.*, na opção da dominialização das estradas ou das linhas férreas nacionais [artigo 84.º, n.º I, alíneas *d*) e *e*), da Constituição].

²⁸ Note-se que à posição de Marcello CAETANO (*Manual de Direito Administrativo*, vol. II, 10.ª ed. (6.ª reimp.), Coimbra, 1999, pp. 886 e s.), marcada pela ideia de que a publicidade das coisas resultava da lei, não era estranha a ideia de que o legislador recorria a «índices» ou «sinais indicativos» para determinar quais as coisas sujeitas ao domínio público; simplesmente, concebia-os, em coerência com o critério que adota, como denunciativos do grau de utilidade pública dos bens. Também Freitas do AMARAL, «Classificação das Coisas Públicas», in: *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 563, parece apontar para a existência, na mente do legislador, de um critério tipológico, com o recurso a índices distintos em cada uma das situações – isso mesmo poderemos concluir da afirmação de que a lei considera como públicas certas coisas quer em função das suas características materiais, quer com base no grau de utilidade pública que produzem, quer ainda atenta a sua afetação atual ao uso direto e imediato do público. Rui MEDEIROS/Lino TORRAL, «Artigo 84.º», cit., p. 82, anotação VI) entendem que o elenco de bens constante das várias alíneas do n.º I do artigo 84.º da Constituição deve servir de parâmetro de referência à qualificação legislativa.

Por sua vez, GIANNINI (*I Beni...*, cit., p. 11) sublinha que o legislador, na sua tarefa de identificação dos bens públicos, não se inspira num

infraestruturas de transporte, todos estes critérios concorrem para a respetiva qualificação como bens dominiais.

3. Rentabilização de infraestruturas portuárias e concessões portuárias

A rentabilização das infraestruturas portuárias assenta num modelo de gestão, desenvolvido pelas autoridades portuárias, que se designa como modelo *landlord port*. Este último caracteriza-se pelo facto de se manter a titularidade pública dos portos comerciais, entregar a respetiva gestão aos operadores económicos privados, utilizando, para o efeito, a técnica concessória (concessão de uso privativo e concessão de serviço público), sem prejuízo da subordinação destes últimos a regulação pública. Neste horizonte, as administrações portuárias, enquanto gestoras dos portos detêm os poderes (secundários) que caberiam ao Estado, e desempenham, na sua vez, as tarefas de manutenção, exploração e desenvolvimento dos portos, cabendo-lhes também, dentro dos poderes de autoridade que o legislador lhes confere, adotar decisões consideradas mais adequadas sob a ótica da rentabilização das parcelas e da satisfação do interesse público²⁹. Tais competências

critério unitário, mas em diversos cânones – na expressiva formulação do Autor, estamos aqui diante de uma «*commistioni di canonis*». Cf. ainda GROS, «L’Affectation, Critère Central de la Domanialité Publique», in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, tomo 108, 1992, p. 750, para quem “é à volta de numerosos elementos e índices que se situa a fronteira dos bens privados e dos bens públicos das coletividades públicas”.

Para uma exposição crítica de alguns dos critérios propostos para a identificação dos bens públicos, cf. CAMMARANO, *Saggio sulla Pubblicità dei Beni Pubblici*, Cedam, Padova, 1972, pp. 28 ss.; ARSÌ, «I Beni Pubblici», in CASSESE (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo: Diritto Amministrativo Speciale*, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 1269 ss..

²⁹ Sobre este modelo de gestão, cf., *v. g.*, VERHOEVEN, «A Re-

não precludem que, nos termos do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de outubro³⁰, a afetação dos bens dominiais ao *Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P.* (IMT), entidade que, dentro da sua área de jurisdição, exerce poderes sobre os terrenos afetos a atividades ligadas à navegação, cais, docas, obras de acostagem e outras obras marítimas, rampas e varadouros. Por sua vez, a regulação e supervisão das atividades desenvolvidas a partir das infraestruturas portuárias (ou, mais precisamente, a regulação do setor portuário) está cometida à *Autoridade da Mobilidade e dos Transportes* (AMT).

Atente-se, porém, em que a publicidade da infraestrutura não acarreta a publicidade das atividades económicas sobre esta desenvolvidas; diversamente, ainda que sujeitas a uma mais ou menos intensa regulação pública (quer mediante a imposição direta de obrigações legais, quer através do instrumento da concessão³¹), tais atividades são privadas e desenvolvidas, em regra, por entidades privadas.

3.1. Concessão de uso privativo e outras figuras

A concessão de uso privativo do domínio público portuário vem, com frequência, associada ao desempenho de atividades que têm na sua base bens dominiais. Sempre que tais atividades dependam de uma decisão administrativa (*maxime*, de uma autorização), afigura-se determinan-

view of Port Authority Functions: Towards a Renaissance?», in: *Maritime Policy & Management*, n.º 3, vol. 37, maio 2010, p. 253;

³⁰ Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 44/2014, de 20 de março, e 77/2014, de 14 de maio.

³¹ V., em especial, NOTTEBOOM, «Concession Agreements as Port Governance Tools», in: BROOKS/CULLINANE (eds.), *Devolution, Port Governance and Port Performance*, JAI Press, Oxford/Amsterdam, 2007, pp. 437 e ss..

te distinguir esta última da decisão tendente à atribuição de uma concessão que envolva a utilização do domínio público portuário, sobretudo nas hipóteses em que se afigura nítido que nenhuma delas consome a outra. Considere-se, *v. g.*, a diferença que intercede entre a licença para o funcionamento de empresas de estiva e a concessão para o exercício de operações portuárias (concessão essa que envolve, como veremos, a utilização dos bens dominiais portuários).

Também não estamos diante de direitos emergentes de concessões de uso privativo quando aludimos aos direitos de acesso de bens dominiais para a instalação ou funcionamento de atividades de serviço público outorgados, em regra, a particulares que operam ao nível das infraestruturas de rede. Os *direitos de acesso* constituem uma consequência do designado «princípio da rede aberta» ou «princípio das infraestruturas essenciais»³² que representa um dos vetores fundamentais do regime jurídico das infraestruturas, cuja destrição do uso privativo se impõe

³² A noção de «infraestruturas essenciais» é devida à elaboração da jurisprudência comunitária, aplicando-se às situações em que a infraestrutura em causa apresenta um carácter indispensável para o fornecimento de diversos serviços (cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 12.12.2000, *Aéroports de Paris*, ponto 122), pelo que, verificando-se a recusa ao seu acesso, elimina-se a concorrência por parte de outro operador. Nos termos do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 15.02.1998, *European Night Services Ltd. (ENS) e outros c. Comissão das Comunidades Europeias*, procs. T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94 (ponto 209), as infra-estruturas são ««indispensáveis» ou «essenciais» para o acesso ao mercado relevante se (...) não forem «alternativas entre si» e se, pelas suas características particulares, designadamente o custo proibitivo da sua reprodução e/ou do tempo razoável requerido para esse efeito, não existirem alternativas viáveis para os potenciais concorrentes (...), que ficariam, por isso, excluídos do mercado». Fazendo uma aplicação desta noção cf., *v. g.*, Decisão da Comissão n.º 2004/33/CE, de 27 de agosto de 2003 (in: *JOCE* n.º L 11, de 16.01.2004).

sempre que estejamos perante direitos de acesso que têm por objeto infraestruturas dominiais e unicamente nos momentos em que implicam a utilização (física) dessa infra-estrutura³³. Por força daqueles direitos, o titular (ou o gestor) destas últimas fica vinculado a permitir a todos os operadores económicos do sector em causa o acesso à rede dominial. Trata-se de um direito cuja existência para estes últimos³⁴ resulta de forma *direta* da *lei*, não dependendo de qualquer atividade (discricionária) da Administração. Deste modo, porque se trata de institutos que servem fins diversos – e mesmo que se não vá tão longe como a posição segundo a qual o direito de acesso está ínsito na configuração do bem dominial em causa como aberto ao uso público³⁵ –, parece de toda a conveniência distinguir os direitos de acesso face aos direitos emergentes de concessões

³³ Uma vez que os direitos de acesso a infraestruturas (comunitariamente impostos) possuem um âmbito mais alargado. Como sustenta a citada Decisão da Comissão n.º 2004/33/CE, “o acesso à infra-estrutura inclui uma série de serviços e ações diferentes a serem realizados em momentos distintos” (ponto 14). Tomando como exemplo a infra-estrutura ferroviária (objeto daquele diploma), o respetivo acesso postula elementos diversos, entre os quais se incluem informações sobre a disponibilidade de canais ferroviários e respetivos preços, tratamento dos pedidos de capacidade, o direito de utilizar a capacidade concedida, controlo dos comboios, incluindo a sinalização, regulação e o fornecimento de informações sobre a circulação de comboios; acesso a instalações de abastecimento de combustível, acesso às estações de passageiros, acesso às estações de triagem; acesso aos feixes de resguardo, acesso às instalações de manutenção e a outras instalações técnicas.

³⁴ Ainda que depois estes celebrem venham a celebrar com a entidade pública titular da infra-estrutura contratos que visam justamente regular esta questão («contratos de compartilhamento», na terminologia da doutrina brasileira – assim, *v. g.*, Lucia Valle FIGUEIREDO, «O Uso do Solo Urbano pelas Concessionárias», in: *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, n.º 4, Outubro/Dezembro 2003, pp. 137 e s.).

³⁵ V. GONZÁLEZ SANFIEL, *Un Nuevo Régimen...*, cit., p. 267.

de uso privativo: por um lado, esta concepção surge como uma construção preferível à da defesa de um direito pré-existente à atribuição administrativa de um uso privativo do domínio público; por outro lado, surge em coerência com o facto de, havendo lugar a uma intervenção administrativa, o título habilitante ser a autorização e não a concessão (uma vez que o direito existe na esfera do particular a partir do momento em que é *legalmente* outorgado)³⁶.

3.2. Concessões sobre infraestruturas portuárias

A ausência de uma legislação integrada sobre a matéria dificulta a construção de um regime específico das operações portuárias, razão pela qual apelaremos aos princípios gerais em matéria de domínio público. Tal como todas as ações administrativas, também as concessões de infraestruturas portuárias visam o interesse público.

Daí que a exploração da infraestrutura pelas autoridades portuárias não deva visar necessariamente a maximização do lucro, embora tenha sempre como objetivo a maximização de utilidades do bem e a sua sustentabilidade, de modo a que as receitas devam cobrir não apenas os custos, mas financiar o desenvolvimento e o crescimento económico da própria infraestrutura³⁷. A rentabilização da infraestrutura é agora efetuada por força das inúmeras atividades económicas suscetíveis de se desenvolverem sobre os portos. Considere-se, por exemplo, uma das concessões pioneiras em Portugal sobre o Porto de Leixões: a concessão à (então) *Sociedade Anónima Concessionária da Refinação*

³⁶ Em sentido diverso, cf. GONZÁLEZ SANFIEL, *Un Nuevo Régimen...*, cit., pp. 135, 236 e ss., 266 e ss., 310.

³⁷ Cf. também DE LANGEN, *Ensuring Hinterland Access: The Role of Port Authorities*, OECD/ITF, Paris, 2008, p. 5.

de Petróleos em Portugal (Sacor), S.A.R.L. (atualmente, *Petrogal – Petróleos de Portugal, S.A.*), que, em área dominial, tinha por objeto promover a construção, em Leixões, de um terminal portuário destinado ao tráfego de petróleo bruto e seus derivados (cf. Decreto-Lei n.º 47026, de 25 de maio de 1966).

Enquanto gestoras dos portos, compete às respetivas administrações portuárias outorgar os títulos de utilização privativa ou de exploração de bens dominiais tendo em vista o exercício das atividades portuárias ou de natureza logística. Estarão aqui envolvidas atividades como, por exemplo, a carga e descarga de navios; a movimentação, o estacionamento, a armazenagem, a consolidação e desconsolidação de cargas portuárias; a pilotagem; o reboque; a amarração; a exploração da náutica de recreio; ou o tráfego de passageiros.

O legislador autonomiza, em regra, dois tipos de títulos de utilização privativa sobre o domínio público: a concessão e a licença. Ainda que dogmaticamente incorreta, a taxonomia concessão/licença dirige-se a destringer entre as utilizações cujo título se reconduz a ato administrativo (licença) e as utilizações que pressupõem a celebração de um contrato administrativo (concessão). Assim, e em regra, a relevância da distinção entre licença (*improprio sensu*)/ato administrativo e a concessão/contrato administrativo reside precipuamente na maior ou menor estabilidade (em termos temporais) da posição jurídica do titular do uso privativo: se à constituição de um uso privativo a favor do particular através de ato administrativo («licença», na terminologia legal) está associada uma maior precariedade, a posição do concessionário surge dotada de maior estabilidade quando está em causa um contrato ad-

ministrativo de concessão. Deste critério decorrem consequências quanto ao tipo de investimentos realizados pelos particulares: *v. g.*, a concessão está, em regra, associada à construção de instalações fixas e indismontáveis, que reverterem para o concedente no final da concessão.

Os direitos e deveres que caracterizam as concessões dominiais aparecem, com frequência, incluídos noutros tipos contratuais – em regra, em concessões de serviços públicos ou de obras públicas. Precisamente neste sentido, e em geral, a alínea *c*) do artigo 415.º e a alínea *c*) do n.º 2 do artigo 409.º do CCP conferem aos concessionários de serviços públicos e obras públicas não apenas o direito a utilizar bens dominiais (quando estes se encontrem afectos à concessão), mas ainda o direito de conceder a terceiros o uso privativo desses bens³⁸. Esta consideração assume uma importância não despreciable no âmbito das infraestruturas portuárias, na medida em que a prossecução de muitas das atividades portuárias implica a outorga de concessões de serviços públicos, cujo conteúdo inclui cláusulas atinentes à exploração e/ou utilização do domínio público portuário (ou mesmo domínio público marítimo).

Um dos regimes mais relevantes para a rentabilização das infraestruturas portuárias consiste na disciplina

³⁸ A regra da «accessoriedade» das concessões dominiais surge expressamente formulada no n.º 4 do artigo 91 da *Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Sobre o alcance desta norma, *v.* PAREJO ALFONSO, «El Régimen de la Utilización de los Bienes y Derechos de Dominio Público», in: CHINCHILLA MARÍN (coord.), *Comentarios...*, cit., pp. 440 e ss..

Claro está que, nas hipóteses em que o concessionário de serviços públicos ou obras públicas não tenha competência para dispor de direitos sobre o domínio público, a celebração daqueles contratos pressupõe ou a intervenção do titular dominial ou do ente (público ou privado) a quem se encontra devolvida a respetiva gestão, mediante ato legislativo ou contrato de concessão dominial.

das *operações portuárias*, concebidas como as atividades de movimentação de cargas a embarcar ou desembarcadas na zona portuária, compreendendo as atividades de estiva, desestiva, conferência, carga, descarga, transbordo, movimentação e arrumação de mercadorias em cais, terminais, armazéns e parques, bem como de formação e decomposição de unidades de carga, e de recepção, armazenagem e expedição de mercadorias [cf. artigo 2.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto³⁹].

O cruzamento entre esta atividade e a utilização do domínio público portuário afigura-se evidente. Nos termos do artigo 3.º, a prestação da atividade de movimentação de cargas é considerada de interesse público, e efetuada, em regra, mediante concessão de serviço público a empresas de estiva e, subsidiariamente, através de licenciamento, ou, de forma direta, pelas autoridades portuárias. Ora, tais concessões de serviço público envolvem sempre a ocupação do domínio público portuário (como decorre do n.º 1 da Base XXII das *Bases das concessões [de serviço público de movimentação de cargas]*, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 325/94, de 30 de dezembro, que se refere ao pagamento de taxas pela utilização dos bens dominiais). No mesmo sentido concorre a previsão legal dos direitos e deveres das empresas de estiva, entre os quais se contam, respetivamente, o direito de acesso às infraestruturas [artigo 19.º], bem como o dever de pagar as taxas relativas ao uso das áreas dominiais [cf. artigo 19.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 2, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 298/93].

Atente-se, porém, em que os concessionários de exploração ou de uso privativo do domínio público podem

³⁹ Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 324/94, de 30 de dezembro, e 65/95, de 7 de abril.

realizar livremente, na área que lhes está afeta, operações de movimentação de cargas, desde que as mercadorias provenham ou se destinem ao próprio estabelecimento comercial e as operações se enquadrem no exercício normal da atividade prevista no respetivo título (cf. artigo 5.º, n.º 1).

4. Considerações finais

Encontra-se, atualmente, em curso uma reforma profunda das concessões portuárias. Neste sentido, o Plano Estratégico dos Transportes e Infraestruturas (PETI3+) – cuja consulta pública decorreu até ao passado dia 21 de novembro de 2014 – preveja a adopção de um novo regime legal para as concessões portuárias, pautada pelo princípio da máxima utilização e rendibilidade do terminal (e não do máximo rendimento da Administração Portuária), pela previsão de obrigações de resultado quanto ao desempenho do terminal durante o período da concessão e de incentivos positivos e negativos que potenciem o desempenho pretendido (obrigações de reporte, remuneração variável, garantias e sanções contratuais) e pela consagração da assunção pelos concessionários do risco operacional, não sendo à partida garantida integralmente a recuperação do investimento efetuado e dos custos incorridos na construção ou operação que integram a concessão. Por esse motivo, está igualmente prevista uma renegociação dos contratos dos terminais portuários para a prestação do serviço público de movimentação de cargas, desde logo, com o propósito de garantir que os contratos potenciem uma operação portuária mais eficiente, de modo a que os operadores portuários contribuam para

o objetivo global de redução da fatura portuária.

Um outro problema reside na necessidade de abertura ao mercado das concessões em áreas de domínio público portuário, com prejuízo para a atratividade dos investimentos – tal como também decorre do preâmbulo da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um quadro normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e a transparência financeira dos portos⁴⁰.

Mas as reformas não podem ter um cunho exclusivamente económico-financeiro. Aliás, um dos principais problemas da expansão portuária radica nos impactos ambientais e ecológicos que aquela implica. A circunstância de os sistemas portuários se situarem na confluência de várias políticas (designadamente da ambiental e da oceânica) exige que os futuros progressos se orientem no sentido de criar infraestruturas mais sustentáveis, abrindo alas para a construção de (ou a transformação em) «infraestruturas verdes», *rectius*, em *greenable* infraestruturas, cujos melhoramentos se podem traduzir na redução dos respetivos impactos ambientais⁴¹. Tal poderá concretizar-se quer na preferência pelos operadores económicos (utilizadores das infraestruturas) que adotem tecnologias mais verdes ou

⁴⁰ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23.05.2013, que estabelece um quadro normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e a transparência financeira dos portos, COM (2013) 296 final – 2013/0157 (COD), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0296&from=PT> (março 2015).

⁴¹ Distinguindo entre *green infrastructures* (enquanto infraestruturas destinadas a servir uma função de tutela ambiental) e *greenable infrastructures*, v. MERK/SAUSSIER/STAROPOLI/SLACK/KIM, *Financing Green Urban Infrastructure*, OECD Regional Development Working Papers 2012/10, OECD/Fabrique de La Cité, Paris, 2012, p. 12 (disponível em http://www.oecd.org/gov/regional-policy/WP_Financing_Green_Urban_Infrastructure.pdf).

mais limpas, mas implicará igualmente uma gestão voltada para a promoção de valores ambientais, em que as infraestruturas sejam concebidas como uma parte de um ecossistema, com cujos elementos coabitam, visando, neste contexto, aumentar as externalidades positivas e diminuir as negativas⁴².

Na verdade, quando devidamente modernizados e rentabilizados (a nível técnico, mas também no plano normativo), os bens dominiais infraestruturais constituem um motor de impulso de políticas públicas⁴³. A diversidade de bens submetidos a este estatuto e o sentido da respetiva disciplina jurídica permitirá constituir uma forma de concretização e dinamização de políticas públicas tão determinantes como a política ambiental (veja-se o caso já paradigmático do regime do domínio hídrico, e a necessidade da sua articulação com o domínio público infraestrutural portuário), a política de transportes (prosseguida por uma adequada gestão de todo o domínio público infraestrutural) ou a política social (satisfeita mediante a existência de infraestruturas de rede, capazes de servirem todo o território nacional, aproximando as populações).

⁴² Assim, a propósito da «quarta geração» dos portos, VERHOEVEN, «A Review...», cit., p. 250.

⁴³ Cf., ainda que a propósito dos bens patrimoniais (domínio privado) e a correspondente disposição da *Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (artigo 8, n.º 2), URÍA FERNÁNDEZ, «La Ley...», cit., p. 38.

GESTÃO FINANCEIRA DO ESPAÇO PORTUÁRIO: VISÃO INSTITUCIONAL

*Amadeu Rocha**

1. Introdução¹

Todos nós fazemos uma ideia, ainda que muito genérica, do que é um porto e de uma forma muito breve e simples definiríamos porto como sendo o local onde as mercadorias e os passageiros são transferidos do navio-mar para os cais-terra. Complementar a esta ideia geral do conceito de porto associa-se uma outra que também nos é familiar, a importância do porto para a economia de uma dada região ou país.

Em termos físicos, o porto é uma infra-estrutura que interliga o lado mar do lado terra e a sua área é delimitada por um limite marítimo e um limite terrestre, sendo fundamental o que está a montante e a jusante desta área,

* Membro do Conselho de Administração da APDL

¹ O presente texto tem como objectivo densificar uma apresentação em powerpoint que foi apresentada no encontro “Os Novos Desafios da Política Portuária” realizado pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra em Dezembro último.

i.e. os acessos marítimo e terrestre.

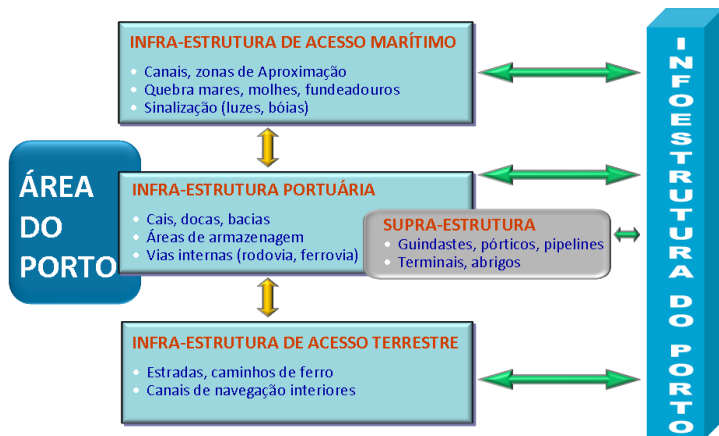


Fig. 1 – Esquema da estrutura de um porto

A infra-estrutura portuária é composta por um conjunto de obras marítimas, terrestres, edifícios e equipamentos que por mais funcional que seja só conseguirá desempenhar a sua função intermodal se os acessos marítimos e terrestres forem funcionais para garantir a fluidez do ciclo físico dos navios e cargas no porto.

Em paralelo a este ciclo físico corre um outro ciclo, não menos relevante que o primeiro, o relativo ao fluxo administrativo e informativo que acompanha o fluxo físico dos meios de transporte e da carga, designado por infra-estrutura do porto. Aqui trata-se de ganhar agilidade nos processos administrativos e informativos para que estes respondam de forma rápida e eficaz às necessidades de obtenção de autorizações e cumprimento de requisitos de controlo pelos diversos agentes que intervêm naquele fluxo físico.

Interessa realçar a importância acrescida que hoje em dia o ciclo administrativo e informativo detém no porto, uma vez que dele se espera a disponibilização de ser-

viços de valor acrescentado para todos dos agentes, mormente os actores das cadeias logísticas que utilizam os portos – a nível nacional foi criada a JUP-Janela Única Portuária através da qual se obtiveram benefícios claros na simplificação, desburocratização, redução de tempo e custos no desembarço dos navios e cargas nos portos.

Assim, acessos marítimos e terrestres, infra-estruturas, equipamentos e a info-estrutura do porto são o suporte base para o exercício da função intermodal do porto que deve de assentar na FLUIDEZ das operações físicas e na AGILIDADE das operações administrativas e informativas.

O porto constitui um elo dessa rede logística e a sua função inspira-se no conceito de “Porto Amplo”, *i.e.* o porto que extravasa as suas fronteiras físicas, que se preocupa com a integração da sua zona de influência terrestre (*hinterland*) com a zona de influência marítima (*foreland*) e que acredita que faz parte do ciclo de vida dos produtos que por ele passam e por isso se interessa que a passagem portuária contribua para o objectivo de minimizar o tempo em trânsito decorrido desde da fábrica do exportador até ao armazém do importador.

No exercício da sua função na cadeia logística, o porto deve suportar a sua estratégia de desenvolvimento orientada para mercado, *i.e.* os seus projectos de investimento e processos internos devem ser desenvolvidos para satisfazer as necessidades dos navios, camiões e comboios que a ele chegam ou partem com mercadoria dos exportadores e importadores que usam o porto como meio de escoamento (de entrada e de saída) dos seus produtos.

Este processo de escoamento é tecnicamente designado por processo de passagem portuária para o qual concorrem um vasto grupo de agentes, quer públicos quer pri-

vados, que, não raras vezes, actuam em simultâneo para prestar os serviços aos meios de transporte e à carga.



Fig. 2 – O porto e os clientes

Fonte: J L Estrada Llaquet – ver referência bibliográfica

A administração portuária é um dos agentes públicos que tem um papel muito particular e difícil de desempenhar, o de integrador, coordenador e facilitador de todas as actividades que concorrem para o produto portuário. Os interesses de cada agente são muito diversos e legítimos aos olhos de cada um, pelo que a dificuldade está em encontrar o máximo denominador comum que consiga impactar todos os agentes numa estratégia global de desenvolvimento do porto.

2. Modelo de gestão dos portos portugueses

No sistema portuário português não existe um leiaquadro do sector, a contrário do que existe na nossa vizinha Espanha e em outros países europeus, existindo sim um conjunto vasto de diplomas legais que enquadram e regulam o

sector, que de uma forma não exaustiva se listam em anexo.

A gestão das infra-estruturas portuárias faz-se através da figura de um organismo autónomo local, a Administração Portuária, com o estatuto de sociedade comercial de capitais exclusivamente públicos, cuja gestão se enquadra no direito comercial na componente da gestão e exploração das infra-estruturas e prestação de serviços e no direito administrativo na componente do exercício da força e do poder de polícia para a execução de actos administrativos.

Os portos portugueses integram o domínio público marítimo e como tal são pertença do Estado e a sua gestão tem estado encomendada a organismos públicos locais, chamados de administrações portuárias, com personalidade jurídica própria e capacidade plena para a exploração económica dos portos e que submetem o seu funcionamento às regras do direito privado, salvo quando exercem funções de poder público. Com efeito, o estatuto destas administrações portuárias é híbrido, na medida em que, por um lado, como sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos nas suas actividades de gestão e exploração do porto actuam com suporte no direito comercial privado, mas, por outro, no exercício dos poderes públicos que lhe estão confiados, actuam com suporte no direito público administrativo.

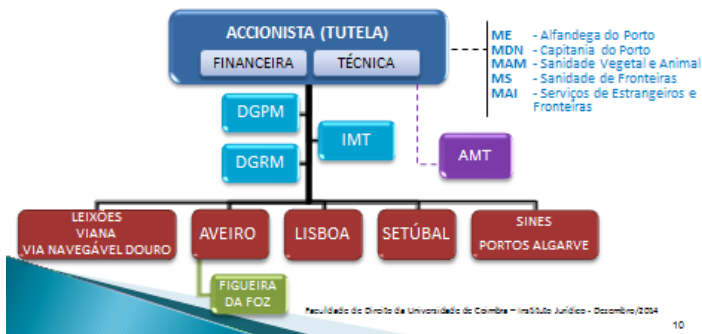
A gestão dos portos portugueses assenta no tipo *Landlord Port* (Porto Senhorio) em que a participação do sector privado é forte, uma vez que todas as actividades operacionais e comerciais nos portos são da responsabilidade do agente privado que gerem os terminais portuários através de concessões que lhe são atribuídas, em regime de serviço público, pela administração portuária que pos-

sui e desenvolve as infra-estruturas. Assim, as actividades de movimentação das mercadorias de e para os navios, a armazenagem, o reboque (Leixões é o único porto do país em que a administração portuária explora directamente esta actividade), e a amarração são exercidas por privados; a pilotagem, em todos os portos, é exercida pela administração portuária, embora o regulamento do serviço da pilotagem nos portos nacionais preveja a sua concessão; e o trabalho portuário é gerido pelas empresas de trabalho portuário, estas, em regra, criadas por porto pelas empresas de estiva que exploram os terminais portuários e cujo objecto é a gestão da bolsa de trabalhadores (*pool*) que pode ser utilizada por cada um dos operadores dos terminais portuários – o operador de um terminal portuário tem no quadro privativo da empresa o número de trabalhadores (estivadores) necessário para o nível de actividade normal e nos picos de actividade requisita “trabalhadores avulsos” à empresa de trabalho portuário.

O MODELO DE GESTÃO ACTUAL



- Modelo *Landlord Port* (porto senhorio)
- 6 Administrações Portuárias (empresas de capitais públicos)
- 1 Organismo central de apoio à Tutela Técnica (IMT)
- 2 Direcções-gerais de apoio às políticas do sector marítimo portuário
- 1 Entidade reguladora independente para o sector dos transportes (AMT)



Em termos de organização institucional, o sistema portuário dos portos do continente engloba 6 administrações portuárias, empresas de capitais exclusivamente públicos, 5 das quais se referem aos portos primários (ou principais): Leixões e Viana, Aveiro, Lisboa, Setúbal e Sinus; e administrações que gere um porto secundário (ou regional), Figueira da Foz, sendo o capital desta detido 100% por Aveiro. Para além das administrações portuárias existe um instituto público dedicado ao apoio técnico à tutela e à supervisão e regulação do sector marítimo e portuário, designado por IMT – Instituto de Mobilidade e Transportes e duas direcções gerais, a DGPM – Direcção-Geral da Política do Mar e a DGRM – Direcção-Geral dos Recursos Naturais, Segurança e Serviços Marítimos e, por fim, uma autoridade de regulação designada por AMT – Autoridade de Mobilidade e Transportes que cuidará da regulação dos sectores de transportes, excluindo o transporte aéreo.

De referir ainda que para além das Administrações Portuárias existem um conjunto de entidades públicas que dependem de ministérios diferentes, como são a Alfândega, a Capitania, a Sanidade Animal e Vegetal, a Sanidade de Fronteiras e os Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, todas estas se consagrando como autoridades que intervêm nos portos, pelo que acabamos por não ter uma verdadeira autoridade portuária que concentre todos os poderes públicos, pelo que uma estratégia de concentração desses poderes públicos numa só autoridade, excluindo os que dizem respeito à Alfândega e Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, seria uma significativa melhoria para o bom governo dos portos já que traria simplicidade, clareza de atribuições e responsabilidades.

3. O regime de gestão financeira dos portos

Como atrás ficou dito, no caso português, é às Administrações Portuárias que compete a gestão e exploração económica dos portos, mediante mandato do Governo atribuído através de diploma legal, sendo o seu regime de gestão financeira caracterizado pelos elementos seguintes:

- sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos que se rege pelo Código das Sociedades Comerciais no que diz respeito à gestão de infra-estruturas e prestação de serviços;
- o decreto-lei que cria cada uma das Administrações Portuárias fixa como objectivo a obtenção de resultado de exploração positivo, o que significa que cada uma das administrações terá de viver por si de uma forma sustentada;
- a actividade desenvolvida por uma Administração Portuária está sujeita ao pagamentos de impostos e à distribuição de dividendos pelo accionista Estado;
- os investimentos cujo valor esteja acima dos 10% do capital social estão sujeitos à aprovação da Assembleia Geral;
- as Administrações Portuárias estão obrigadas a apresentar um plano de actividades e orçamento plurianual, três anos, à aprovação da Tutela financeira e sectorial;
- o Código da Contratação Pública aplica-se na esfera das actividades das Administrações Portuárias, excepto nas actividades que sejam enquadráveis no regime do sector especial dos transportes, o que de facto não ajuda a comprar de forma simples e barata;
- o regime jurídico do sector público empresarial apli-

ca-se nas Administrações Portuárias;

- o Princípio de Unidade de Tesouraria, segundo o qual todos os excedentes financeiros têm de estar aplicados no instituto público que gere os dinheiros do Estado, também se aplica às Administrações Portuárias;
- o regime de fiscalização e auditoria das empresas públicas é aplicável às Administrações Portuárias.

A exploração da actividade portuária é por si uma indústria capital intensiva na medida em que é necessário um elevado capital para a construção de um novo porto, mas também para a sua manutenção, conservação e desenvolvimento ao longo dos anos, com um período de vida útil bastante longo, nas infra-estruturas mais que as nossas vidas, e com períodos de recuperação de investimentos também longos. As principais características dos investimentos portuários na sua componente das infra-estruturas e supra-estruturas são as que constam do quadro abaixo:

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS INVESTIMENTOS PORTUÁRIOS



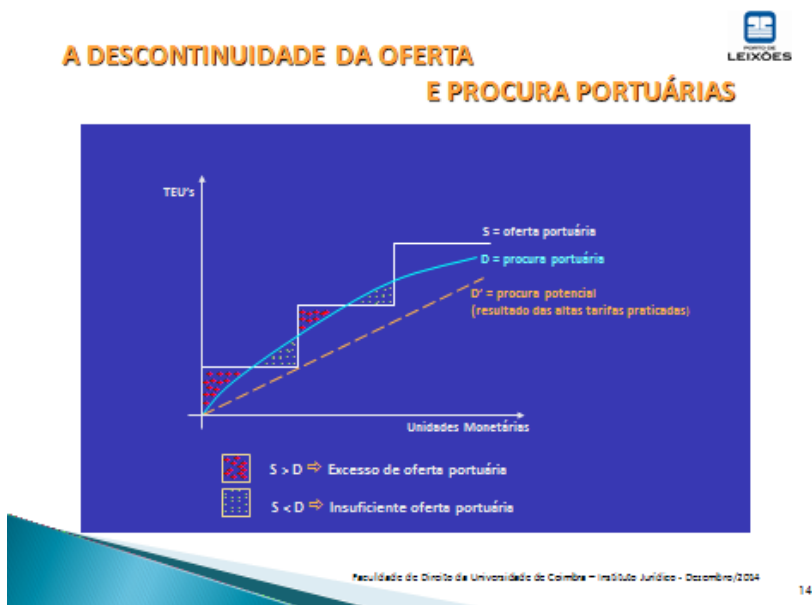
INTRA-ESTRUTURAS

- ★ Maciças e de elevados custos fixos
- ★ Indivisíveis
- ★ Imutáveis, não transportáveis
- ★ Irreversíveis
- ★ Período de vida útil longo
- ★ Monopólios naturais

SUPRA-ESTRUTURAS

- ★ Equipamentos pesados, em termos físicos e financeiros
- ★ Divisíveis em unidades de produção autónoma
- ★ Móveis e deslocáveis de um mercado para outro
- ★ Susceptíveis de ser modificadas ou transformadas

Atentas as características acima descritas há ainda que anotar que entre a oferta e a procura portuárias existe, em regra, uma descontinuidade que nos conduz a um *continuum* de períodos de excesso e de insuficiência da oferta portuária, como o gráfico abaixo procura espelhar:



De facto, dado aos elevados montantes de investimento, à sua indivisibilidade e imutabilidade, quando se constrói uma infra-estrutura portuária faz-se para um período longo e procura-se deixar uma “folga” para fazer face a desenvolvimentos futuros, mas quando a procura cresce não é fácil dar uma resposta imediata a essa necessidade, seguindo-se em períodos de insuficiência de oferta que hão-de ser colmatados com novos investimentos, os quais hão-de dar origem a um novo excesso de oferta, e assim sucessivamente.

Os investimentos portuários devem contribuir para aumentar a competitividade do porto e têm como objecti-

vo a redução do tempo e custos da passagem de mercadorias e navios no porto, que deverá traduzir-se em prestação de serviços eficazes e competitivos quer para os utilizadores dos portos quer para a sociedade em geral, daqui a relevância da avaliação, quer da viabilidade económico e financeira quer da viabilidade sócio económica dos projectos de investimentos portuários.

Para fazer face ao elevado volume de investimento nos portos, as Administrações Portuárias, sendo entidades que têm de viver por si e de forma sustentada, têm como principal fonte de receita as tarifas que provêm dos serviços que são prestados ao navio, à carga e ao passageiro, designadas vulgarmente por tarifas portuárias.

Estas tarifas estão reguladas por decreto-lei (Decreto-lei nº 273/2000, de 11 de Setembro) que aprova o Regulamento do Sistema Portuário dos Portos do Continente onde se contempla o tronco comum das tarifas que cada um porto pode criar e aplicar, diferenciando três principais categorias:

- tarifas de uso das instalações portuárias;
- tarifas de serviços prestados aos navios e às cargas;
- tarifas de fornecimentos.

Para além destas tarifas portuárias existem também taxas pelo uso das áreas do domínio público que está afecto à jurisdição da Administração Portuária, designadamente as taxas por utilização de bens dominiais, instalações e equipamentos afectos às concessões portuárias (Decreto-Lei nº 324/94, de 30 de Dezembro) e as taxas de uso das áreas de jurisdição para usos não-portuários (Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro).

Os quadros que se seguem tipificam as tarifas de serviços prestados ao navio e à carga para um porto em ge-

ral, sendo que estas se podem encontrar na sua quase globalidade no Regulamento acima referido para o caso dos portos portugueses:

TARIFAS SERVIÇOS PRESTADOS AO NAVIO



TARIFAS SOBRE O NAVIO

TIPO DE TARIFAS	NATUREZA	BASE TARIFÁRIA	UNIDADE TARIFÁRIA	MODO DE TARIFICAÇÃO
Taxa de Porto-Navio	Utilização das instalações e serviços marítimos de carácter geral	Tamanho do navio Tipo de navio	GT, GRT, COMP	Taxas fixadas por classes de GT, GRT ou comprimento e diferenciadas por tipo de navio
Pilotagem	Pilotagem do navio	Tamanho do navio e local de atracação	GT, GRT, COMP	Taxas fixadas por classes de GT, GRT ou comprimento
Reboque	Reboque do navio	Tamanho do navio	GT, GRT, COMP	Taxas fixadas por classes de GT, GRT ou comprimento
Amarração / Desamarração	Masobras de colocar e retirar amarra: do navio	Tamanho do navio	GT, GRT, COMP	Taxas fixadas por classes de GT, GRT ou comprimento
Ocupação do Caiç	Ocupação do posto de acostagem pelo navio	Tamanho do navio Tipo de cais Tempo passado no cais	GT, GRT, COMP, DIA	Taxas fixadas por classes de GT, GRT ou comprimento e diferenciadas por tipo de navio

Faculdade de Direito da Universidade do Coimbra - Instituto Jurídico - Dezembro/2004

17

TARIFAS SERVIÇOS PRESTADOS À CARGA



TARIFAS SOBRE A CARGA

TIPO DE TARIFAS	NATUREZA	BASE TARIFÁRIA	UNIDADE TARIFÁRIA	MODO DE TARIFICAÇÃO
Taxa de Porto-Carga	Utilização do porto (conjunto de instalações e serviços gerais)	Peso e natureza da mercadoria	Tonelada, Contenedor, TEU, Trailer	Taxas por tonelada ou unidade de carga para diferentes classes de mercadorias
Movimentação de Carga a Bordo	Estiva ou descarga da carga do navio	Peso e acondicionamento da carga	Tonelada, Contenedor, TEU, Trailer	Taxas por tonelada ou unidade de carga
Movimentação de Carga em Terra	Operações de movimentação da carga ao cais	Peso e acondicionamento da carga	Tonelada, Contenedor, TEU, Trailer	Taxas por tonelada ou unidade de carga
Armazenagem Provisória	Utilização dos lugares dos cais por um período de "franchise"	Peso, volume e tempo passado no lugar	Tonelada, Contenedor, Trailer, Dia	Taxas progressivas aplicadas por tonelada, unidade de carga ou volume e por dia
Armazenagem	Utilização dos parques e armazéns	Peso, volume e tempo passado no parque ou armazém	Tonelada, Contenedor, Trailer, Tempo	Taxas por tonelada, unidade de carga ou volume e por semana

Faculdade de Direito da Universidade do Coimbra - Instituto Jurídico - Dezembro/2004

18

A gestão dos portos portugueses, como já ficou dito, é do tipo “*landlord port*”, ou seja, as actividades operacionais e comerciais são desenvolvidas pelos agentes económicos privados e a Administração Portuária preocupa-se com o planeamento, supervisão e fiscalização das actividades desenvolvidas no porto, pelo que há aplicação de taxas de concessões portuárias, vulgo rendas, que são aplicadas aos concessionários pelo uso das áreas de domínio público para o exercício da actividade de movimentação de cargas. Estas rendas podem ter uma componente fixa e outra variável, ou só uma delas, sendo que a fixa é, em regra, expressa num valor por metro quadrado e por mês e a variável é expressa num valor por unidade de carga movimentada. Em regra, estas rendas resultam da oferta através de concurso público e pode existir o pagamento de um valor “à cabeça” (*downpayment*) para o acesso à actividade ou para adquirir equipamentos já existentes.

Resta ainda falar das taxas de uso de áreas de jurisdição para usos não-portuários que são devidas pelo uso de parcelas do domínio público para o exercício de uma actividade económica e que podem traduzir-se em taxas fixas por m² e por mês, taxas variáveis em função do volume de negócios e mista, ou seja, fixa e variável. Os seus valores variam em função do uso e actividades a desenvolver na área cedida e resultam, por regra, da oferta através de procedimento de concurso.

A tarifação portuária pode e deve ser usada para alcançar objectivos de gestão como em qualquer organização, tendo como os mais comuns em três categorias:

- comerciais: aumentar a quota-parte de mercado alvo; manter a quota-parte nos mercados tradicionais;
- *performance*: melhorar o uso das instalações; aumentar a competitividade;
- financeiros: cobrir os custos directos dos serviços; gerar receitas adicionais para cobrir os investimentos futuros e critérios de rentabilidade.

Ao nível da Europa está em marcha a proposta de um novo Regulamento para os serviços portuários que em matéria de transparência financeira vem traçar alguns princípios enquadradores para a gestão financeira das Administrações Portuárias, enquanto beneficiárias de investimento público e prestadoras de serviços, a saber:

- manter contas de actividades beneficiadas em separado das actividades que exercem em concorrência;
- regulação da fixação de preços praticados pelo prestadores de serviços, em particular quando exercidos em regime de monopólio;
- as taxas de utilização de infra-estruturas de cada porto deverão ser fixadas de forma transparente e autónoma, de acordo com a estratégia comercial de cada porto;
- os utilizadores dos portos devem ser regularmente consultados na definição e alteração de taxas.

As tarifas portuárias fazem parte dos “custos da portuaridade”, ou seja, dos custos da passagem dos navios e mercadorias pelos portos, e estas dizem respeito às Administrações Portuárias, mas existe um outro conjunto de tarifas que se aplicam nos portos aplicadas por outros agentes públicos e privados como o gráfico abaixo traduz:

OS CUSTOS DA “PORTUARIDADE”



No que concerne às tarifas dos agentes públicos parece-nos que deveria haver um processo de simplificação e integração no sentido de clarificar e agilizar todo o processo de facturação e cobrança de taxas, que não raras vezes é burocrático e não percebido pelo utilizador do porto.

4. Conclusão

Num sistema em que os cais e os terminais portuários estão concessionados, como é o caso dos portos portugueses, o modelo de gestão do porto do tipo *landlord port* revela-se de importância capital para se alcançar o objectivo do “*value for money*”. Os agentes que nele actuam são vários e pertencem a grupos económicos: o sector público, como garante e provisor do serviço público; o sector privado como prestador dos serviços operacionais e comerciais; e os utilizadores dos portos como clientes do cais e terminais portuários que esperam serviços de melhor qualidade-preço.



Modelo de gestão – interações

A chave para a satisfação dos interesses da concedente, do concessionário e dos utilizadores do porto é o nível de serviço efectivo da concessão, *i.e.* se o nível de serviço é elevado e competitivo então cada vez o concessionário é capaz de captar tráfego para o terminal e desta forma potenciar o desenvolvimento dos serviços prestados, cumprindo com as obrigações de serviço público que lhe foram confiadas e indo ao encontro das necessidades dos utilizadores – o nível de serviço integra um conjunto de elementos que são avaliados pelos interessados: preço, *transit time* (prazos), produtividade, atendimento, disponibilidade, interoperabilidade, fiabilidade, integridade das cargas, estabilidade social e normas, e segurança das operações e das cargas.

As interacções entre os sectores público e privado e os utilizadores do porto espelhadas na figura acima requerem que a gestão do porto seja feita de forma interactiva (*interactiv management*), ou seja, que haja uma entidade que coordene e articule todas as actividades, quer públicas quer privadas, para que o produto final seja um elevado nível em termos de qualidade-preço. A entidade que melhor está po-

sicionada para desempenhar o papel de integrador e facilitado das actividades é a administração portuária.

A ligação entre nível de serviço, investimento e financiamento é muito forte para garantir a sustentabilidade económica e financeira da Administração Portuária. O nível de serviço que satisfaça os utilizadores do porto exige investimentos em várias componentes da oferta e estes por sua vez exigem recursos financeiros que por maioria são originados pelas tarifas portuárias. No quadro abaixo caracteriza-se esta ligação para cada um dos elementos:



NÍVEL DE SERVIÇO, INVESTIMENTO E FINANCIAMENTO

NÍVEL SERVIÇO	INVESTIMENTO	FINANCIAMENTO
<ul style="list-style-type: none"> ▪ FIABILIDADE DO SERVIÇO ▪ Prazos de entrega ▪ Produtividade ▪ Interoperabilidade ▪ Estabilidade (greves, normas, tarifas escondidas...) ▪ Integridade das cargas ▪ Flexibilidade ▪ TRANSIT-TIME ▪ Navio ▪ Camião ▪ Vagão ▪ Carga ▪ Passageiro ▪ PREÇO 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ ACESSIBILIDADES MARÍTIMAS (molhes de protecção, canais, ajudas à navegação...) ▪ INFRA-ESTRUTURAS (cais, terminais,...) ▪ EQUIPAMENTOS (guindastes, pórticos, empilhadores, camiões...) ▪ ACESSIBILIDADES TERRESTRES (acessos rodó, ferro, vias de cintura portuária, portarias) ▪ ACESSIBILIDADES INFORMÁTICAS (JUP – Janela Única Portuária, JUL – Janela Única Logística) ▪ ACESSIBILIDADES LOGÍSTICAS (armazéns, básculas, portarias, consolidação e desconsolidação, ...) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ TARIFAS DOS SERVIÇOS PRESTADOS ▪ TAXAS DE USO DAS INFRA-ESTRUTURAS ▪ FUNDOS PIDDAC (pequenos portos) ▪ FUNDOS COMUNITÁRIOS ▪ BANCA COMERCIAL

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Instituto Jurídico - Dezembro/2004

A terminar, deixar claro que é de importância capital garantir a autonomia financeira da Administração Portuária, pois só com uma autonomia robusta é que esta será capaz de almejar um conjunto de objectivos relevantes para o sua existência e desenvolvimento futuro. No quadro abaixo pretende-se sintetizar a interligação entre as autonomias e os objectivos que se querem sempre presentes e saudáveis:

A AUTONOMIA FINANCEIRA E OBJECTIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA

- Autonomia financeira para investir
- Autonomia para fixar as tarifas de serviços prestados
- Autonomia para definir a política comercial
- Autonomia para fixar taxas dominiais previstas no regime legal



- Obter resultado de exploração positivo
- Definir e executar a estratégia comercial e de investimento
- Ser sustentável: económico, financeira, social e ambiental
- Criar valor: utilizadores do porto, operadores portuários, trabalhadores, comunidade em geral, accionista Estado

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Instituto Jurídico - Dezembro/2004

27

ANEXO

Lei da Titularidade dos Recursos Hídricos

(Lei nº 54/2005, de 15 de novembro)

- Domínio Público Hídrico compreende o DP Marítimo, DP Lacustre e DP Fluvial
- O DP Marítimo pertence ao Estado
- Os portos de mar fazem parte do DP Marítimo
- A administração do DP Hídrico pode ser afeta por Lei a entidades de Direito Público

Lei da Água (Lei nº 58/2005, de 29 de dezembro)

- Bases gerais e quadro institucional para a gestão sustentável das águas
- Objetivo e âmbito (art. 1º e 2º): inclui os portos?
- Administrações Portuárias (art. 13º): as ARHs delegam competências nas APs (?)
- Taxas de recursos hídricos (art. 80º, nº 4): pode ser criado regime especial para as APs

Regime de Utilização dos Recursos Hídricos

(DL n.º 226-A/2007, de 31 de maio)

- Regula a atribuição de autorizações, licenças e concessões de usos de recursos hídricos
- Administrações Portuárias (art. 38.º, n.º 3): exclui o serviço público de movimentação de cargas em áreas portuárias (usos portuários e logísticos)

Regime Jurídico da Operação Portuária

(DL n.º 298/1993, de 28 de agosto)

- Estabelece as condições de acesso ao exercício da atividade de movimentação de cargas nos portos: alvará de empresa de estiva
- Modelos de exploração: concessão de serviço público; licenciamento; diretamente pela Autoridade Portuária (art. 3.º)
- A concessão de serviço público é atribuída por concurso público (art. 27.º)

Bases Gerais das Concessões de Serviço Público da Movimentação de Cargas em Áreas Portuárias

(DL n.º 324/1994, de 30 de dezembro)

- Estabelece os “contornos do negócio” a concessionar: obrigações e riscos das partes
- Prazo da concessão deve ser fixado em função do volume de investimento
- Prazo máximo da concessão: 30 anos

Regime Jurídico da Urbanização e Edificação

(DL n.º 555/99, de 16 de dezembro – última alteração DL 266-B/2012)

- Realização de operações urbanísticas depende de controlo prévio
- Isenção de controlo prévio das obras promovidas por Administrações Portuárias na sua área de jurisdição e, desde que, diretamente relacionada com actividade de administração dessa área e, bem assim, as obras relativas a parques empresariais e similares, nomeadamente, áreas de logística (art.7.º)

Regime Jurídico do Setor Público Empresarial

(DL n° 133/2013, de 3 de outubro)

- Função de controlo de gestão por parte do accionista Estado
- Criação da Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Setor Público Empresarial
- Regras para o endividamento das empresas públicas não financeiras
- Princípio da Unidade de Tesouraria
- Planos de atividades e orçamento (triénio)

Regime de Acesso da Iniciativa Privada a determinadas Actividades Económicas

(Lei n° 88-A/1997, de 25 de julho)

- A exploração dos portos marítimos por privados só mediante concessão (art. 1º)

Criação e Aprovação dos Estatutos das Administrações Portuárias

APDL: DL n° 335/98, de 3 de novembro

- Exploração económica dos portos Douro e Leixões
- Definição da área de jurisdição de cada porto
- Empresa de capitais exclusivamente públicos
- Regime híbrido: exploração económica aplicam-se as normas do Código das Sociedades Comerciais; exercício de poderes de autoridade aplicam-se as normas de Direito Público.
- Resultado de exploração positivo (art. 17º dos Estatutos)

APL: DL n° 336/98, de 3 de novembro

APS: DL n° 337/98, de 3 de novembro

APSS: DL n° 338/98, de 3 de novembro

APA: DL n° 339/98, de 3 de novembro

IMT – Instituto da Mobilidade e dos Transportes

Coordenação e Planeamento Estratégico dos Transportes e Logística, excluindo o transporte aéreo

(DL n.º 236/2012, de 31 de outubro, revisto e republicado pelo DL n.º 77/2014, de 14 de maio)

- Apoiar o Governo nas políticas de transportes terrestres, fluviais, portos comerciais e transportes marítimos (na sua vertente económica);
- Acompanhar a gestão dos contratos de concessão do transporte aéreo e das infra-estruturas aeroportuárias;
- Apoiar o Governo na elaboração de diplomas legais e regulamentos e preparação e condução de procedimentos pré-contratuais.

AMT – Autoridade da Mobilidade e Transportes

Regulação, promoção e defesa da concorrência no setor dos transportes terrestres, fluviais e marítimos.

(Lei-quadro n.º 67/2013, de 28 de agosto, e Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio)

- Regular as atividades comerciais do setor marítimo-portuário;
- Regular o acesso à infra-estrutura (princípio do livre acesso e não discriminatório);
- Propor modelos e critérios económicos para o setor marítimo-portuário, objetivando a harmonização de procedimentos, indicadores e instrumentos de gestão do setor;
- Analisar e aprovar as propostas de Regulamentos de tarifas das administrações portuárias;
- Apoiar o Governo nos processos de concessão dos serviços e operações portuárias, desde a preparação

de concursos públicos até à renovação de contratos de concessão;

- Aprofundar as questões de acesso ao mercado e da concorrência entre portos.

Direcção-Geral da Política do Mar

(DL n.º 7/2012, de 17 de janeiro, Decreto-regulamentar n.º 17/2012, de 31 de janeiro)

MISSÃO:

- desenvolvimento, avaliação e atualização da Estratégia Nacional para o Mar;
- participar no desenvolvimento da política nacional para os portos, transportes marítimos, navegabilidade, segurança marítima-portuária, náutica de recreio, formação no setor marítimo-portuário e pescas.

Direcção-Geral dos Recursos Naturais, Segurança e Serviços Marítimos

(DL n.º 7/2012, de 17 de janeiro, DL n.º 49-A/2012, de 29 de fevereiro)

MISSÃO:

- execução de políticas de preservação e conhecimento dos recursos naturais marinhos,..., do desenvolvimento da segurança e dos serviços marítimos, incluindo o setor marítimo-portuário, bem como garantir a regulamentação, a inspeção, a fiscalização, a coordenação e controlo de atividades desenvolvidas no âmbito daquelas políticas;
- atribuição no domínio da regulamentação, supervisão e fiscalização do setor marítimo-portuário e da náutica de recreio.

LOS BENEFICIOS TRIBUTARIOS DEL SISTEMA PORTUARIO ESPAÑOL A LA LUZ DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE AYUDAS DE ESTADO¹

*Roberto Ignacio Fernández López**

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho español, el marco jurídico básico del sistema portuario estatal está constituido por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TR-LPEMM). Una de las principales pretensiones del legislador español al promulgar ésta y otras normas que le precedieron en el tiempo (Ley 27/1992, de 24 de noviembre, y Ley 48/2003, de 26

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.

* Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario – Acreditado a Catedrático - Universidad de Vigo

de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General –LREP-) ha sido la de configurar a las Autoridades Portuarias (APs) como instrumentos al servicio de los principios de autonomía de gestión y autosuficiencia económico-financiera de los puertos de interés general. Las APs, a pesar de su naturaleza de entes de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios, han tenido y tienen la principal misión de actuar como auténticos operadores comerciales en un mercado libre en el que los servicios portuarios están abiertos a la competencia. Ni que decir tiene que el desempeño de esa función ha sido propiciado por un paralelo impulso a la liberalización de los servicios portuarios, con el fin último de potenciar la participación de la iniciativa privada en ese creciente sector económico.

Para ello, el ordenamiento jurídico español ha dotado a las APs –entre otras- de dos fuentes de ingresos claramente diferenciadas: las tasas como ingresos de derecho público y las tarifas como ingresos de derecho privado.

Respecto a estas últimas, a mi juicio, algunas tarifas previstas en el TR-LPEMM presentan claros desajustes con el marco jurídico-constitucional de las prestaciones patrimoniales de carácter público, expresión esta última a la que el art.31.3 de la Constitución española anuda la exigencia de su regulación esencial por una norma con rango de Ley. Los principales desencuentros entre ambos niveles normativos vienen motivados por la circunstancia de que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, la coactividad es una de las señas de identidad de las prestaciones patrimoniales de carácter público², y dicha caracte-

² Vid. STC 185/1995, de 14 de diciembre; STC 102/2005, de 20 de abril; STC 121/2005, de 10 de mayo; y STC 122/2005, de 11 de mayo.

rística esencial sólo puede ser apreciada sobre la base de presupuestos fácticos (presencia de monopolio o carácter imprescindible u objetivamente indispensable del servicio para el usuario)³, por lo que podría ocurrir que, en determinadas hipótesis, algún servicio portuario sí estuviese rodeado de la nota de coactividad, 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, algo que por el contrario desoye el TR-LPEMM.

En concreto, 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 tarifaria⁴. Nos referimos al art.125.2 d) del TR-LPEMM,

³ Vid. PALAO TABOADA, C.: “Tarifas portuarias: precios privados que son tributos”, *Estudios Financieros – Revista de Contabilidad y Tributación*, núm.271, 2005, págs.179-180 y 194.

⁴ 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”.

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.

De todos modos, la cuestión anteriormente descrita –con ser importante- suscita un debate jurídico cuyo planteamiento teórico y consecuencias prácticas se circunscriben al plano del Derecho interno español. Por ello, consideramos de mayor relevancia a los efectos de este trabajo –teniendo en cuenta la naturaleza multidisciplinar y la proyección supranacional de la publicación en la que se enmarca- centrar nuestra atención en la problemática específica que originan algunas bonificaciones fiscales previstas en determinadas tasas portuarias españolas, abordando el análisis de su régimen jurídico a la luz del Derecho de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado.

II. IDENTIFICACIÓN DE LAS TASAS PORTUARIAS CUYAS BONIFICACIONES PUEDEN ENTRAR EN COLISIÓN CON EL RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO

Partiendo de la premisa de que cada puerto actúa *de facto* como una empresa independiente en un mercado global de abierta competencia entre operadores de servicios portuarios⁵, la Ley española se ve abocada a estimular

⁵ Vid. FERREIRO LAPATZA J.J.: “Dictamen sobre la natu-

al máximo su actividad económica sin perder de vista su consideración de bienes de dominio público⁶.

Así, como principio general y de conformidad con

raleza 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*, núm.2, 2000, pág.48.

⁶ 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.

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”. Ahora bien, tales beneficios tributarios no operan con la misma intensidad en las distintas tasas portuarias, por lo que, a tenor del art.161 del TR-LPEMM, resulta necesario clasificar estas últimas en cuatro grandes categorías: a) Tasa de ocupación, por la ocupación privativa del dominio 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 portuarias⁷. 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

⁷ 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.

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 dicha terminal portuaria.

A mi entender, no cabe duda que el mencionado precepto legal origina un problema de cierta envergadura, el que 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 Europea⁸. Analizaré este aspecto con mayor detalle en un apartado posterior.

A mayores, el TR-LPEMM también contempla 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

⁸ 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”.

logística internacional (art.245.4). 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 pagar⁹. 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)¹⁰. 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

⁹ 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, G.; MENÉNDEZ REXACH, A.; NAVAJAS REBOLLAR, M.; ACERO IGLESIAS, P.; NAVARRO FERNÁNDEZ, P.; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, J.J.: *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, 2004, pág.179].

¹⁰ Vid. TJCE/2010/27.

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 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. De todos modos, desde mi punto de vista, a día de hoy 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 tráfico y de los servicios marítimos. En efecto, 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 entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros por la citada STJUE de 4 de febrero de 2010¹¹. En otras

¹¹ En concreto, la redacción del art.27.1 LREP, calificado de incompatible con el Derecho comunitario por la mencionada STJUE,

palabras, tales normas están muy lejos de crear óptimas condiciones equitativas en la competencia interportuaria dentro de la Unión Europea.

Al margen de lo anterior, no es descabellado apuntar 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), pueden asimismo vulnerar la normativa comunitaria en materia de ayudas de Estado¹². A este respecto, no se olvide que la finalidad esencial de tales beneficios tributarios 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).

III. EXAMEN DE CONTRASTE DE LAS BONIFICACIONES FISCALES AFECTADAS POR EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE AYUDAS DE ESTADO

Como es sabido, al amparo del antiguo art.87 del Tratado CE y del vigente art.107 del Tratado de Funcionamiento

presentaba el siguiente tenor: “Para potenciar y consolidar el papel de España como plataforma crucerista 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...”.

¹² Vid. EGUINO DE SAN ROMÁN, R.: *La gestión de los puertos de interés general*, Atelier, Barcelona, 2012, pág.324; y PASCUAL GONZÁLEZ, M.: “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*, núm.8, 2012, pág.9 (versión electrónica: BIB 2012/592).

to 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 UE¹³.

Así las cosas, parece oportuno efectuar una tarea de contraste a fin de determinar si las bonificaciones del TR-LPEMM, identificadas en el apartado anterior, encajan en el concepto de ayudas de Estado del art.107 del TFUE. Sobre la base de los distintos pronunciamientos emitidos por la Comisión¹⁴ y, más específicamente, atendiendo a la copiosa jurisprudencia dictada por el TJUE¹⁵ 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

¹³ Vid. IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “La necesaria revisión de los beneficios fiscales y de las ayudas públicas. Justificación de una propuesta”, *Documentos del IEF*, núm.7, 2010, pág.32.

¹⁴ 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).

¹⁵ Vid. por todos PÉREZ BERNABÉU, B.: *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs.39-41.

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 Estado¹⁶.

1. 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 tributaria¹⁷. 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

¹⁶ Vid. PÉREZ BERNABÉU, B.: *Ayudas de Estado...*, ob.cit., págs.41-75; MULEIRO PARADA, L.M.: “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, 2008, págs.303-306; PÉREZ BERNABÉU, B.: “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, 2010, págs.366-383; y FERNÁNDEZ PAVÉS, M^a.J.: “Competencia fiscal y ayudas de Estado”, en JABALERA RODRÍGUEZ, A. (Coordinadora): *Fiscalidad empresarial en Europa y competitividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs.359-362.

¹⁷ Vid. SOLER ROCH, M^a.T.: “Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado”, *Quincena Fiscal*, núm.14, 2006, págs.3-4 (versión electrónica: BIB 2006/959); y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: “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, 2011, pág.1145.

de los pagos a efectuar por las empresas favorecidas con tal medida, fruto esto último de incentivos o beneficios fiscales (exenciones, deducciones, bonificaciones, etc.)¹⁸. 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 aquéllos¹⁹. 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 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”²⁰.

¹⁸ Vid. FERNÁNDEZ PAVÉS, M^a.J.: “Competencia fiscal...”, *ob. cit.*, pág.360.

¹⁹ Vid. PÉREZ BERNABÉU, B.: *Ayudas de Estado...*, *ob.cit.*, pág.141.

²⁰ Vid. STJCE de 21 de marzo de 1991 (asunto C-305/89,

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 TJUE²¹, 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 conocido como “Alfa Romeo” Italia/Comisión).

²¹ Vid. PÉREZ BERNABÉU, B.: *Ayudas de Estado...*, ob.cit., págs.68-69.

como un inversor privado cuando exista un exceso de capacidad o graves dificultades en el sector y a pesar de ello invierta²²: 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.

2. 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 Ley

²² Vid. PÉREZ BERNABÉU, B.: *Ayudas de Estado...*, ob.cit., pág.68.

General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de modo que su 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 Estado²³.

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)²⁴. En el caso analizado, son disposiciones reguladoras de beneficios fiscales las que posteriormente aplica la Administración portuaria para favorecer a las empresas que operan en las terminales marítimas de mercancías y pasajeros.

3. 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

²³ Vid. PÉREZ BERNABÉU, B.: *Ayudas de Estado...*, ob.cit., pág. 118.

²⁴ Vid. SOLER ROCH, M^a.T.: “Las medidas fiscales selectivas...”, ob.cit., págs.2 y 4.

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 competidores²⁵. 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.

Pues bien, 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 españoles²⁶.

²⁵ Vid. SOLER ROCH, M^a.T.: “Las medidas fiscales selectivas...”, *ob.cit.*, pág.5.

²⁶ A este respecto, al abordar el régimen de tarificación y financiación portuarias, la Comisión ya alertó en 1997 de que “una ayuda financiera de la que se beneficien determinados operadores y no otros

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 estratégica 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 intercambios²⁷.

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 ge-

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].

²⁷ Vid. SOLER ROCH, M^a.T.: “Las medidas fiscales selectivas...”, *ob.cit.*, 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).

neral²⁸. 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 tributario²⁹. 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 inicial-

²⁸ 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.

²⁹ Vid. PÉREZ BERNABÉU, B.: “La concesión de subvenciones y la existencia de determinadas medidas fiscales...”, *ob.cit.*, págs.376-377.

mente 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. 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 empresas³⁰. 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

³⁰ Vid. PÉREZ BERNABÉU, B.: *Ayudas de Estado...*, ob.cit., pág.61.

medida selectiva *de facto* que favoreciese sólo a las empresas licenciatarias o concesionarias de determinadas APs.

Por último, sin perjuicio de lo que analizaré 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 los servicios de interés económico general (SIEG), conviene subrayar ahora 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 solidaridad³¹.

4. 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

³¹ Vid. PÉREZ BERNABÉU, B.: “La concesión de subvenciones y la existencia de determinadas medidas fiscales...”, *ob.cit.*, pág.370.

(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 tráfico hacia aquellos puertos que ofrecen mejores condiciones económicas –en forma de beneficios tributarios– a las empresas proveedoras de servicios portuarios.

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 in-

terior³². 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 miembros³³. 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 competencia³⁴.

Por otro lado, en modo alguno cabe encuadrar las bonificaciones de las tasas portuarias objeto de este trabajo 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 compati-

³² Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A.: “El régimen jurídico de las ayudas de Estado...”, *ob.cit.*, pág.1150.

³³ Vid. PÉREZ BERNABÉU, B.: *Ayudas de Estado en la jurisprudencia...*, *ob.cit.*, págs.71-72.

³⁴ 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).

bilidad con el Derecho de la Unión Europea³⁵. 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 europeos³⁶, 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 reconociese 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 ocurrido³⁷.

³⁵ Además, 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, A.: “El régimen jurídico de las ayudas de Estado...”, *ob.cit.*, pág.1149). A este respecto, ya he 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.

³⁶ 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].

³⁷ 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 con-

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 privadas³⁸. 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 I 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”, en-

templa 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”.

³⁸ 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.

tre 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 (pequeñas y medianas empresas), que el régimen propuesto ayudará a las empre-

sas 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 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 común³⁹.

³⁹ 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

En cualquier caso, como conclusión de cuanto se ha expuesto, no parece exagerado 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 esas cantidades que en su día dejó de ingresar.

Ahora bien, y no obstante lo anterior, también cabe plantearse la posibilidad de que dichos beneficios fiscales puedan encuadrarse, llegado el caso, en la categoría de las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público.

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).

IV. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS BENEFICIOS TRIBUTARIOS PORTUARIOS CON LAS AYUDAS ESTATALES EN FORMA DE COMPENSACIÓN POR SERVICIO PÚBLICO

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 1997⁴⁰, 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 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

⁴⁰ Vid. COM (97) 678 final.

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”⁴¹.

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 2007⁴². Las ideas más destacadas que cabe extraer de dicho documento, el cual se sustenta en buena medida en dos pronunciamientos previos del TJCE⁴³, 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 condiciones⁴⁴. 2ª) Ante la

⁴¹ Vid. VV.AA.: *Libro verde sobre los puertos y las infraestructuras marítimas* [COM (97) 678 final], 1997, págs.15-16.

⁴² Vid. DG D (2004).

⁴³ 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.).

⁴⁴ 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

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.

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.

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 término, la Comunicación de 20 de diciembre de 2011⁴⁵ 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*⁴⁶, 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,

⁴⁵ 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].

⁴⁶ 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).

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 mayor 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 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

licenciatario 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.

Con todo, 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*⁴⁷. Tras un atento examen de la misma es posible colegir qué requisitos deben concurrir para que tales ayudas estatales sean compatibles con el mercado interior y estén exentas de la 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, des-

⁴⁷ Notificada con el número C (2011) 9380. DOUE de 11-01-2012 (2012/21/UE).

de 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 compensación⁴⁸.

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”⁴⁹. El exceso sobre esa magnitud descrita por la norma constituye una ayuda estatal incompatible que debe reembolsarse al Estado⁵⁰. Naturalmente, los Estados miembros pondrán a disposición de la Comisión durante el período de atribución de un SIEG a una empresa, y durante un mínimo de diez años desde que termine dicha atribución, toda la información necesaria para establecer si las compensaciones atribuidas son compatibles con la Decisión.

⁴⁸ 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”.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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”.

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 general⁵¹. 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*⁵². 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

⁵¹ Vid. DOUE de 26-04-2012 (L 114/8 a L 114/13).

⁵² Vid. DOUE de 24-12-2013 (L 352/1 a L 352/8).

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) n° 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 he 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, cabe observar 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”⁵³. Por

⁵³ 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

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 mi modo de ver, y contestando así al interrogante que planteaba 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 mi punto de vista, no pueden ser calificados como SIEG los servicios portua-

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”.

rios —o al menos la mayoría de ellos⁵⁴—, 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”. El TR-LPEMM prevé que por tales servicios las APs aprueben y exijan tarifas y no tasas.

En cualquier caso, lo que importa subrayar 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 mencionada Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2011.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, G.; MENÉNDEZ REXACH, A.; NAVAJAS REBOLLAR, M.; ACE-RO IGLESIAS, P.; NAVARRO FERNÁNDEZ, P.; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE

⁵⁴ En efecto, aunque no implique el ejercicio de autoridad o de función pública, en mi 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.

- SEIJAS, J.J.: *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, 2004.
- EGUINO DE SAN ROMÁN, R.: *La gestión de los puertos de interés general*, Atelier, Barcelona, 2012.
- FERNÁNDEZ PAVÉS, M^a.J.: “Competencia fiscal y ayudas de Estado”, en JABALERA RODRÍGUEZ, A. (Coordinadora): *Fiscalidad empresarial en Europa y competitividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- FERREIRO LAPATZA J.J.: “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*, núm.2, 2000.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “La necesaria revisión de los beneficios fiscales y de las ayudas públicas. Justificación de una propuesta”, *Documentos del IEF*, núm.7, 2010.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A.: “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, 2011.
- MULEIRO PARADA, L.M.: “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, 2008.
- PALAO TABOADA, C.: “Tarifas portuarias: precios privados que son tributos”, *Estudios Financieros – Revista de Contabilidad y Tributación*, núm.271, 2005.
- PASCUAL GONZÁLEZ, M.: “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*, núm.8, 2012, (versión electrónica: BIB 2012/592).
- PÉREZ BERNABÉU, B.: *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PÉREZ BERNABÉU, B.: “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, 2010.
- SOLER ROCH, M^a.T.: “Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado”, *Quincena Fiscal*, núm.14, 2006 (versión electrónica: BIB 2006/959).

TARIFAS PORTUÁRIAS: UMA VISÃO NO CONTEXTO DO ACTUAL SISTEMA TRIBUTÁRIO E REGULADOR PORTUGUÊS¹

*Suzana Tavares da Silva**

1. A mudança de paradigma regulatório

A correcta compreensão das ‘tarifas portuárias’ no actual contexto jurídico-normativo pressupõe uma análise prévia, ainda que perfunctória, da mudança de paradigma regulatório em matéria de administração e gestão das infra-estruturas portuárias, bem como do novo papel que os instrumentos tributários aí são convocados a desempenhar.

¹ O presente texto procura reproduzir, sem desenvolvimentos, a comunicação apresentada no Seminário “Os novos desafios da política portuária”, organizado pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e realizado na mesma Faculdade no dia 5 de Dezembro de 2014. Por essa razão, o escrito apresenta uma forma discursiva e desprovida de referências doutrinárias e teóricas.

*Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Com efeito, a transmutação do ‘Estado prestador’ em ‘Estado regulador de garantia’ reflecte-se no regime jurídico que disciplina as infra-estruturas portuárias e os serviços portuários. Se num ‘Estado prestador’ a dominialidade das infra-estruturas portuárias e a sua administração directa pelo Estado ou por entidades públicas administrativas eram os elementos caracterizadores, a que se somava a cobrança de taxas e tarifas pela utilização dos bens ou uso dos serviços prestados em regime de administração directa ou por concessionários; num ‘Estado regulador de garantia’ os elementos essenciais passam a ser a gestão eficiente das infra-estruturas – incluindo, no plano organizatório, a orientação para critérios de mercado, a privatização de serviços, os novos instrumentos de financiamento de bens públicos duradouros ou a imposição de obrigações de serviço público aos operadores privados, e, no plano económico e financeiro, a adopção dos princípios da cobertura de custos ou da suficiência económica da exploração e do utente pagador.

Este novo contexto regulatório tem também reflexos no plano financeiro, pois o Estado Fiscal cede o seu lugar ao Estado regulador, assistindo-se nessa medida a um robustecimento do direito económico, ou seja, à preocupação em utilizar correctamente os instrumentos financeiros tomando em linha de conta os seus efeitos económicos no comportamento dos utentes. Em outras palavras, o princípio do utente pagador não visa apenas arrecadar receitas para fazer face aos custos gerais das actividades, incluindo as externalidades geradas por estas, ele procura responder simultaneamente aos desafios da economia (conseguir o menor custo), da eficiência, (alcançar a melhor relação custo benefício) e da eficácia (cumprir os objectivos políticos subjacentes à política portuária).

Acresce que esta mudança de paradigma regulatório não é apenas um elemento contextual geral, mas antes uma directriz para a política portuária nacional, em parte imposta pela “europeização” das políticas de transportes, de livre circulação de pessoas e mercadorias e ainda de prestação de serviços no espaço europeu. Efectivamente, as orientações nacionais para a política portuária não têm sido claras e falta (e tarda) uma estratégia nacional para os portos ou para a gestão portuária que dote esta infra-estrutura essencial e crítica de um modelo de gestão mais próximo do sistema de ‘landlord’², ou seja, que permita à entidade pública a quem a gestão portuária venha a ser confiada uma margem mais ampla de discricionariedade na escolha dos modelos mais eficientes para a prestação dos diversos serviços portuários, incluindo dos serviços públicos portuários, aumentando a concorrência e a competitividade intraportuárias sem pôr em causa a sustentabilidade dos investimentos e a confiança dos investidores, mas possibilitando concomitantemente a transição para um sistema de gestão flexível, apto a aumentar a competitividade dos portos nacionais no contexto internacional e, com isso, a melhorar também a *performance* económica nacional, deste sector que é denominado o ‘motor das ex-

² Se olharmos aos últimos elementos estratégicos – Estratégia Nacional para o Mar 2013-2020 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2014, de 12 de Fevereiro) e Plano Estratégico dos Transportes e Infraestruturas 2014-2020 (PETI3+) – e às novidades legislativas – o Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de Outubro, que aprovou a nova orgânica do Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT, I.P.), na qual se passou a integrar a Unidade de Regulação Marítimo-Portuária e a Lei n.º 3/2013, de 14 de Janeiro, que introduziu alterações no regime jurídico do trabalho portuário – veremos que as mudanças têm sido poucas relativamente às ambições anunciadas e às necessidades patentes.

portações e do crescimento’³.

Para este objectivo certamente que contribuirá de forma decisiva o futuro regulamento europeu que há-de estabelecer um novo quadro normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e a transparência financeira dos portos⁴. Entre as diversas orientações aí contempladas em matéria de aumento da eficiência dos serviços portuários, que aqui apenas iremos tratar de forma perfunctória e orientada para a questão das tarifas, destacamos: *i*) a necessidade de aumentar o “mercado dos serviços portuários”, que sem prejuízo de algumas limitações que as entidades nacionais possam querer implementar em certas actividades consideradas essenciais em matéria de segurança (como por exemplo nos serviços de pilotagem), passam em regra a ser exercidas em regime de concorrência, ainda que sob limitação do número de operadores autorizados; *ii*) o aumento da autonomia dos portos (das autoridades portuárias) em matéria de regulação (sem prejuízo da instituição de um regulador nacional, a quem seja cometida a regulação sectorial e a supervisão da regulação a nível portuário); e *iii*) a implementação de uma nova *guidance* financeira, orientada para a redução das margens de lucro na exploração da infra-estrutura portuária (ou para a sua ausência quando essa exploração for realizada por entidades públicas), que há-de ser alcançada através da instituição de um regime de regulação tarifária dos portos orientado para a eficiência dos operadores na prestação dos serviços e na gestão dos equipamentos.

Ora, estas modificações pressupõem uma profunda revisão dos regimes legislativos em vigor e uma nova metó-

³ Cf. COM(2013) 295final.

⁴ Cf. COM(2013) 296final.

dica regulatória para as tarifas portuárias. Em palavras breves, as autoridades portuárias passam a ser responsáveis por: *i)* identificar as actividades onde deve existir concorrência dentro do porto e aquelas onde tal não deve acontecer (optando por prestá-las directamente ou confiá-las, neste caso, a um ‘operador interno’⁵); *ii)* identificar o número máximo de operadores em cada serviço portuário para garantir a eficiência e a qualidade do serviço, bem como a sustentabilidade financeira dos operadores; *iii)* determinar as obrigações de serviço público e as respectivas formas de financiamento; *iv)* aprovar as orientações financeiras em matéria de serviços portuários e utilização das infra-estruturas portuárias, de forma a garantir a eficiência e a transparência.

2. A necessidade de reflectir a mudança de paradigma na regulação tarifária

Pelo que já foi avançado, compreende-se que o novo contexto não se coaduna com as noções tradicionais de taxa e de tarifa adoptadas pela nossa doutrina financeira e seguidas pela jurisprudência nacional. Com efeito, para a doutrina financeira tradicional, a ‘taxa’ correspondia a um tributo comutativo, cuja medida (relação de proporcionalidade entre o benefício proporcionado e o valor pago) era dada por um critério de equivalência jurídica e não meramente económica⁶; enquanto a ‘tarifa’ devia ser

⁵ Na acepção da proposta de regulamento o ‘operador interno’ será uma entidade juridicamente distinta da autoridade portuária a quem esta impõe directamente a obrigação de cumprimento de serviços portuários abrangidos por obrigações de serviço públicos e sobre a qual exerce um controlo análogo ao exercido sobre os seus próprios departamentos.

⁶ Assumimos, nesta fase, a superação do critério de que ao pagamento da taxa teria que corresponder sempre o gozo de um bem semipúblico.

entendida como uma contraprestação fixada com referência a critérios de mercado. Ora, no ‘Estado Regulador de garantia’, que se assume como uma nova ordenação jurídica para a disponibilização de bens e serviços essenciais em contexto de mercado, a ‘taxa’ parece ser um conceito reservado para a remuneração de serviços administrativos (ou seja, de serviços extra-mercado), mesmo que neste contexto não possa deixar de ‘responder’ também a critérios de economia e de eficiência⁷; ao passo que a ‘tarifa’ se transmuta num instrumento primordial da regulação económica, cuja finalidade não é apenas assegurar a remuneração de um serviço ou a disponibilidade de um bem em condições económicas e financeiras análogas às de um mercado concorrencial, mas é simultaneamente utilizada pelas entidades públicas que assumem a função de regulação destes mercados ou sectores de actividade como instrumento de garantia da eficiência dos operadores económicos em mercados imperfeitos (onde o número de operadores é limitado ou as condições de concorrência não são nem podem ser plenas).

Em suma, assistimos actualmente a um recrudescimento da relevância jurídica do direito económico em resultado da mudança de modelo de uma economia estatizada para um modelo de economia de mercado, seja por força da privatização material (passagem de certas actividades que antes eram desenvolvidas por entidades públi-

⁷ Imposições que explicam a obrigação, segundo o Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, de os regulamentos de taxas serem acompanhados de uma justificação económico-financeira, que torna mais transparente o procedimento de fixação destes tributos e aumenta a responsabilidade das entidades que os exigem. Para muitos autores a ‘taxa’ pode e deve ser hoje também utilizada como instrumento de regulação extrafiscal, *i. e.*, para incentivar ou desincentivar certos comportamentos ou actividades.

cas para regimes de concorrência entre público e privado ou para um regime de prestação por privados) ou de outras formas de privatização, como a mera privatização organizatória (adopção de critérios e princípio da gestão privada no âmbito da organização e financiamento de serviços públicos), seja pela necessidade de informar todas as actividades económicas e sociais com os princípios próprios da gestão da escassez (sustentabilidade e eficiência), sem esquecer a necessidade de continuar a assegurar os princípios que estão na base da criação do serviço público (universalidade, acessibilidade e continuidade) – é esta a nova missão do ‘Estado regulador de garantia’, que assim sucede à prestação pública dos serviços.

Ora, os conceitos de ‘tarifa’ e de ‘taxa’ adoptados pelo Regulamento do Sistema Tarifário dos Portos Nacionais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 273/2000, de 9 de Novembro, mostram-se completamente desfasados das orientações dogmáticas acabadas de referir e também não se reconduzem aos conceitos propostos pela doutrina financeira tradicional. Segundo aquele regulamento, a «Tarifa» é “o conjunto de normas que fixam as taxas e as regras da sua aplicação” e a «Taxa» “o preço devido pelas prestações de serviços públicos”.

Para além disso, os conceitos de ‘taxa’ e de ‘tarifa’ são utilizados naquele diploma para designar realidades muito diferentes, que abrangem serviços públicos administrativos em sentido restrito (ex. serviços prestados pelas autoridades de saúde ou aduaneiras), serviços prestados ao abrigo de regimes de concessão de serviço público (ex. serviços de pilotagem, os quais podem ser obrigatórios, e os serviços de movimentação de cargas) e serviços económicos que são exercidos por operadores privados

dentro do porto em regime de concorrência (ex. reabastecimento de navios). Vejamos. Segundo o legislador, são ‘tarifas’ e ‘taxas’, nas acepções antes referidas, os valores pagos como contraprestação:

- i)* de serviços ao navio (TUP-Navio) e à carga (TUP-Carga, esta última eliminada a partir de 1 de Janeiro de 2014), relativos à entrada, estacionamento e saída de navios, à operação dos navios e das cargas e à segurança e à conservação do ambiente (art. 13.º);
- ii)* dos serviços de pilotagem, incluindo a sua disponibilidade (art. 22.º);
- iii)* dos serviços de reboque, incluindo a sua disponibilidade (art. 27.º);
- iv)* dos serviços de amarração e desamarração, incluindo a sua disponibilidade (art. 32.º);
- v)* dos serviços prestados aos clientes do porto pelas operações de movimentação de cargas e de embarque, desembarque e trânsito de passageiros (art. 36.º);
- vi)* dos serviços de armazenagem prestados aos clientes do porto (art. 39.º);
- vii)* dos serviços prestados à carga ou ao navio pelo uso de equipamentos de combate a incêndio e conservação do ambiente, de energia e fluídos, de manobra e transporte marítimo, de manobra e transporte terrestre, incluindo a sua disponibilidade (art. 43.º);
- viii)* dos serviços prestados dentro da zona portuária por sistemas de vigilância, detecção, alarme e combate de incêndios ou acidentes e limitação de avarias, de recolha e tratamento de efluentes sólidos, líquidos e gasosos poluentes, de conservação do ambiente e detecção e limitação das consequências de acidentes ecológicos, de rea-

- bastecimento de navios, incluindo a sua disponibilidade (art. 45.º);
- ix) dos serviços prestados pelo Sistema de Autoridade Marítima (SAM) às tripulações, à carga, aos navios, embarcações e outros meios de transporte em matéria, designadamente, de vigilância, policiamento, controlo e fiscalização, visita e desembarço e outros actos e serviços administrativos e técnicos, incluindo a sua disponibilidade (art. 47.º);
- x) dos serviços prestados à carga e à descarga de mercadorias, ao navio e a outros meios de transporte pela autoridade aduaneira em matéria, designadamente, de organização de processos, visitas aduaneiras, vistorias, despachos e emissão de alvarás de saída de navios, incluindo a sua disponibilidade (art. 49.º);
- xi) dos serviços prestados aos passageiros, às tripulações dos navios, à carga, aos navios e a outros meios de transporte pelas autoridades de saúde, de sanidade animal e de sanidade vegetal em matéria, designadamente, de visitas de saúde e concessão de livre prática às embarcações ou navios, inspecção e certificação de navios relativas a desratização, desinsectização e estado sanitários de embarcações ou navios e desembarço de saúde e de sanidade de embarcações ou navios, incluindo a sua disponibilidade (art. 51.º).

Para o legislador, todos os serviços prestados no âmbito da actividade portuária estão subordinados ao mesmo regime jurídico (*i. e.*, serviços administrativos; serviços portuários prestados em regime de concorrência entre operadores dentro do porto; serviços portuários prestados ao abrigo de uma concessão de serviço; ou até a mera uti-

lização de infra-estruturas portuárias), o que significa que o critério adoptado é ainda o de um sistema de eficiência pensado para um regime de “tool port” (senão mesmo de “porto público”), onde a única preocupação é assegurar o princípio da suficiência tarifária ou cobertura integral de custos, mas sem orientações de competitividade e de ganhos de *performance* ou de partilha/transferência de risco para os operadores dos serviços portuários. Aquilo que o legislador denomina como “tarifas” são afinal os critérios económicos para a determinação dos custos que hão-de ser repercutidos no valor final a pagar pelo ‘sujeito passivo’ a título de “taxa”. Trata-se de uma dogmática alheia ao mercado, à concorrência e à regulação, totalmente imbuída ainda de um ambiente regulatório clássico, característico do tradicional regime de concessões de serviço público.

Algo que é, de resto, reiterado pela própria estrutura administrativa orgânico-funcional que caracteriza os portos portugueses: *i*) aos conselhos de administração das autoridades portuárias compete, em matéria regulamentar, entre outras coisas, a fixação das taxas a cobrar pela utilização dos portos, dos serviços neles prestados e pela ocupação de espaços dominiais ou destinados a actividades comerciais ou industriais; *ii*) às autoridades portuárias cabe a elaboração dos regulamentos de tarifas; *iii*) a aprovação dos regulamentos tarifários pelos conselhos de administração das autoridades portuárias deve ser precedida de audição do Conselho Nacional Marítimo-Portuário (CNMP), tendo em vista assegurar uma correcta articulação ao nível do sistema portuário e a sua sustentabilidade económica e comercial, bem como prevenir distorções das regras da concorrência; *iv*) a entidade reguladora do sector assume atribuições, também, em matéria tarifária, sendo

este o único aspecto relevante para a concretização do objectivo de promover uma maior e mais eficaz articulação portuária, que insista e promova a competitividade dos portos nacionais.

3. Pistas para um novo regime jurídico das ‘tarifas portuárias’ ajustado à criação de um verdadeiro ‘mercado de serviços portuários’

A implementação de um ‘mercado de serviço portuários’, como aquele que é definido pela proposta de regulamento europeu antes referida, imporá alterações fundamentais também na estrutura económico-financeira do sector. Neste novo modelo, teríamos que distinguir os preços (devidos como contrapartida pelas actividades prestadas em regime de mercado concorrencial entre os operadores), os preços regulados ou tarifas (devidos como contrapartida pelas actividades prestadas em regime de mercado de concorrência imperfeita e, portanto, sujeitos a regulação económica por parte das autoridades portuárias⁸) e as taxas (devidas como contrapartida de serviços administrativos, serviços públicos em sentido estrito ou pelo aproveitamento das infra-estruturas públicas ou utilização privativa do domínio público).

⁸ No âmbito desta actividade de regulação económica competitiva à autoridade portuária, para além de fixar o número máximo de operadores por actividade, assegurar que os preços praticados correspondiam aos que seriam fixados num mercado concorrencial, ou seja, impedir que as empresas aproveitassem a existência de um mercado imperfeito para obter margens de lucro indevidas, o que poderia ser alcançado através da adopção de um sistema de regulação dos preços (ex. ‘*price cap*’), de regulação das margens de lucro (ex. ‘*revenue cap*’) ou de regulação de eficiência (ex. ‘*yardstick regulation*’).

Assim, passaríamos a contar com uma distinção entre: *i*) taxas devidas pelos concessionários em contrapartida da utilização privativa do domínio público portuário; *ii*) taxas devidas pelas empresas autorizadas a prestar serviços portuários às Administrações Portuárias pela emissão das licenças e pela utilização das áreas dominiais portuárias no exercício desta actividade⁹; *iii*) taxas devidas pelos utentes/clientes do porto em contrapartida dos serviços públicos portuários prestados directamente pelas Administrações Portuárias ou pelos operadores internos em regime de monopólio de serviço público (empresas incumbidas pela Administração portuária da prestação de um serviço ao abrigo de uma imposição de serviço público); *iv*) preços pagos pelos utentes/clientes dos portos às empresas autorizadas a prestar serviços portuários (empresas de estiva), como contrapartida daqueles serviços (estes preços podem ser regulados, caso em que assumem a designação técnica de tarifas); *v*) preços pagos pelos utentes/clientes dos portos como contrapartida de outros serviços comerciais ou industriais (não serviços portuários) prestados por empresas autorizadas a fazê-lo dentro da área do domínio público portuário (estes preços podem também ser regulados, assumindo igualmente a designação técnica de tarifas); *vi*) taxas pagas pelos utentes dos portos por serviços públicos prestados por outras autoridades (aduaneiras e de saúde e sanidade); *vii*) taxas pagas pelos utentes dos portos às autoridades marítimas pela utilização da infra-estrutura portuária.

⁹ Estes dois tipos “substituiriam” os regimes financeiros actualmente regulados no Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de Dezembro, e na Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro.

Um regime que apesar de contemplar categorias financeiras públicas (taxas) e privadas (preços e tarifas), que remuneram diversas entidades, seria posteriormente desenhado para que ao utente/cliente do porto fosse assegurada a emissão de uma factura única e global, ainda que discriminada, para garantir a devida transparência financeira.

Neste sistema, o papel das autoridades portuárias no âmbito da regulação tarifária dos serviços portuários seria não só essencial para garantir a eficiência (preços/tarifas óptimos e sustentabilidade dos prestadores de serviços), mas poderia igualmente ser utilizado como um instrumento de regulação económica e social, ou seja, de promoção de certos objectivos de interesse público, como a sustentabilidade ambiental ou mesmo a competitividade através de modelações tarifárias semelhantes às implementadas em portos espanhóis, que foram aqui apresentadas pelo meu ilustre colega, o Professor Roberto Fernández; ou até mesmo de partilha de resultados líquidos positivos, como o reconhecimento de créditos tarifários em utilizações futuras, nos anos em que os resultados operativos fossem muito bons, créditos que seriam financiados por instrumentos de perequação de custos e benefícios entre o universo dos operadores de serviços portuários.

Toda esta actividade de regulação financeira primária seria posteriormente supervisionada pelo órgão independente de supervisão, juridicamente distinto e funcionalmente independente das administrações portuárias e dos prestadores de serviços portuários, também previsto na mencionada proposta de regulamento europeu. Tarefa que poderia ser assumida entre nós pela Unidade de Regulação Marítimo-Portuária, do IMT, I.P.

4. Modelação de tarifas portuárias e direito da concorrência - as tarifas portuárias na jurisprudência do TJUE

A possibilidade de modelação das tarifas portuárias em função de critérios de regulação económica e social tem, contudo, algumas limitações decorrentes das regras próprias do direito europeu da concorrência. Algo que tem sido, de resto, objecto de análise pelo TJUE.

Veja-se o caso *Grécia v. Comissão* (Processo C-269/05), no qual o tribunal concluiu que ao manter em vigor: *i*) direitos portuários aplicáveis aos navios de passageiros (incluindo os navios de cruzeiro), pela aproximação, acostagem e amarração nos portos do Pireu e Tessalonica, de montante mais baixo quando o transporte era efectuado entre dois portos do território nacional do que quando o transporte era internacional; e *ii*) direitos a favor dos organismos portuários aplicáveis aos veículos embarcados a bordo de *ferry-boats* que efectuavam ligações internacionais, ao passo que esses direitos não eram cobrados pelas ligações entre portos gregos, a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbiam por força do artigo 1.º do Regulamento (CEE) n.º 4055/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que aplica o princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos entre Estados-Membros e Estados-Membros para países terceiros.

Já no caso *Geha Naftiliaki EPE et alii* (Processo C-435/00), o tribunal veio afirmar que o artigo 1.º do Regulamento (CEE) n.º 4055/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que aplica o princípio da livre prestação de serviços aos transportes marítimos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros,

proíbe a aplicação, num Estado-Membro, de taxas portuárias distintas para as ligações internas ou intracomunitárias e para as ligações entre um Estado-Membro e um país terceiro, se esta diferença não estiver objectivamente justificada. O facto de impor aos passageiros dos navios que façam escala ou tenham como destino final portos de países terceiros taxas portuárias diferentes das impostas aos passageiros de navios com destino a portos internos ou a portos dos Estados-Membros, sem que haja uma correlação entre esta diferença e o custo dos serviços portuários de que beneficiam estas categorias de passageiros, constitui uma restrição à livre prestação de serviços proibida pelo artigo 1.º do Regulamento n.º 4055/86. O artigo 1.º do Regulamento n.º 4055/86 não permite a imposição para trajectos com destino a portos de países terceiros de taxas portuárias que variem em função de critérios relativos à distância destes portos ou à sua situação geográfica, se a diferença entre estas taxas não for objectivamente justificada pelas diferenças de tratamento às quais estão sujeitos os passageiros em função do seu destino ou da sua origem.

5. Notas finais sobre aspectos do contencioso das tarifas portuárias

Um ponto que, em nosso entender, merece também uma reforma legislativa profunda, tendo em vista reduzir o risco regulatório que actualmente existe neste sector, prende-se com a criação de novos instrumentos normativos e institucionais adequados à resolução de litígios. Com efeito, não existe uma via judicial adequada para impugnar as “taxas portuárias” no que respeita ao seu valor, sendo inclusive difícil conceber o sucesso de

uma impugnação judicial, nos tribunais administrativos, das normas do regulamento tarifário de um determinado porto, suscitando a sua desconformidade com as indicações/orientações do Regulamento do Sistema Tarifário dos Portos Nacionais. Não existe, da parte dos tribunais administrativos, conhecimento e sensibilidade para analisar e julgar questões como estas, de natureza estritamente económica e económico-financeira. Por outro lado, embora esteja previsto que o ‘controlo’ dos regulamentos tarifários dos portos é uma questão da competência da autoridade reguladora, a verdade é que também não existe, posteriormente, uma via processual adequada para impugnar as decisões que a autoridade reguladora venha a tomar nesta matéria. Podemos entender que se trata de um domínio exclusivo de discricionariedade técnica e, nessa medida, de um limite funcional ao controlo judicial dessas decisões? E não devem as mesmas ser sindicadas por princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade? Parece-nos que sim, mas que faltam normas processuais adequadas e um tribunal económico para as decidir.

Já as eventuais questões sobre a ilegalidade da liquidação (acto tributário) das taxas portuárias propriamente ditas não-de ser suscitadas junto dos tribunais tributários, podendo neste caso optar-se pela impugnação judicial sem necessidade de subordinação a um procedimento de reclamação graciosa obrigatória nos termos do disposto no Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais.

O artigo 8.º do RST admite que as autoridades portuárias ou outros sujeitos activos (quando os serviços sejam prestados por operadores privados instalados no porto) possam exigir depósito ou garantia bancária para assegurar o pagamento da taxa antes da respectiva cobrança, a

qual tem lugar imediatamente após a prestação dos serviços, mas não esclarece a forma como se podem solucionar eventuais litígios sobre o valor da caução exigida. Sendo um dos objectivos fundamentais da anunciada reforma a transparência financeira, a factura única e a simplificação e agilização dos procedimentos no domínio das actividades portuárias, faria sentido consagrar instrumentos alternativos de resolução de litígio ou até uma figura do domínio das garantias gratuitas, como um provedor do utente do porto.

A nota mais preocupante, contudo, é, a nosso ver, a falta de um regime jurídico no plano nacional sobre as novas categorias económicas resultantes da regulação, em especial as tarifas, o que suscita dificuldades acrescidas, pois se concluirmos, como é o nosso caso, que as “taxas portuárias” são afinal preços regulados e não taxas, estaremos fora o âmbito de aplicação da LGT e do CPPT, mas também não parece evidente que esta matéria, como outras similares onde encontramos regulação económica em sentido estrito, devam ser reconduzidas às regras gerais do direito do consumo e da protecção dos consumidores. Uma decorrência prática desta conclusão seria, desde logo, a impossibilidade de proceder à cobrança coerciva através de processo de execução fiscal das quantias em dívida, como é de resto a nossa opinião em relação a outros domínios tarifários onde imperam preços regulados (não obstante o precedente que foi recentemente estabelecido em matéria de portagens e dívidas a empresas de abastecimento de água e saneamento).

Para além disso, a inexistência de um regime especial neste domínio contribui para um indesejável aumento da complexidade, pois apesar da factura única, passaríamos a ter dois regimes jurídicos diferentes em matéria

de cobrança das parcelas das ‘taxas portuárias’ em que a mesma se desdobraria. Apenas as ‘taxas’ dos serviços prestados pelas autoridades portuárias ou pelos operadores internos e pelas outras autoridades públicas, como o SAM, a autoridade sanitária e a autoridade aduaneira poderiam ser cobradas em sede de processo de execução fiscal, devendo as restantes parcelas seguir as regras próprias da cobrança de dívidas.

Outro ponto controvertido será o da responsabilidade tributária do representante do navio, que, em decorrência desta diferenciação, apenas poderia igualmente valer para as parcelas da factura das ‘taxas portuárias’ que assumissem a natureza tributária.

Assim, e como nota conclusiva, parece-nos que a eventual (e esperemos que próxima) reforma legislativa em matéria de regulação das ‘taxas portuárias’ deve ser também acompanhada de normas especiais em matéria de cobrança destes valores, o que será, por certo, uma excelente oportunidade para discutir e pôr ordem na recente matização dogmática que tem sido gerada pela aplicação aparentemente arbitrária do processo de execução fiscal a certas dívidas de empresas que operam em sectores regulados, a qual se apresenta fundada mais em interesses políticos do que em fundamentos jurídicos.

ÍNDICE

Portos Portugueses em Mudança 7

Vitor Caldeirinha

Os desafios da administração e gestão portuária..... 15

Licínio Lopes Martins

1. A importância dos portos marítimos no contexto europeu.....15
2. Os modelos de gestão portuária nos Estados-Membros da União Europeia 16
3. Síntese sobre a tendência evolutiva da União Europeia 18
 - 3.1. A Proposta de Regulamento que estabelece um quadro normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e a transparência financeira dos portos 22
 - 3.2. Síntese dos aspectos estruturais da Proposta de Regulamento 29

Os Novos Desafios da Política Portuária:

Portos Ambientalmente Sustentáveis..... 31

Alexandra Aragão

1. Introdução..... 31
2. Impactes e riscos ambientais dos portos 33
3. Avaliação de impactes das estruturas e actividades portuárias 39
4. A integração de considerações ambientais na política portuária ... 42
5. Portos e conservação da natureza: compensações ecológicas..... 44
6. Conclusão..... 52
- Anexos..... 53

Competências de Licenciamento na

Área de Administração Portuária 65

Fernanda Paula Oliveira

1. As questões a partir de um exemplo concreto 65
2. As respostas às questões 68
 - i. A leitura a partir do RJUE 69
 - ii. A leitura a partir Decreto-Lei n.º 16/2014 72
3. Conclusão..... 74

**Considerações sobre o Domínio Público Portuário:
Em Especial, as Concessões..... 75**

Ana Raquel Gonçalves Moniz

- 1. Portos e direito administrativo 75
- 2. Portos e domínio público portuário: a contextualização no âmbito do estatuto da dominialidade e dos demais bens do domínio público 81
- 3. Rentabilização de infraestruturas portuárias e concessões portuárias 88
 - 3.1. Concessão de uso privativo e outras figuras..... 89
 - 3.2. Concessões sobre infraestruturas portuárias 92
- 4. Considerações finais 96

**Gestão Financeira do Espaço Portuário:
Visão institucional.....99**

Amadeu Rocha

- 1, Introdução.....99
- 2. Modelo de gestão dos portos portugueses..... 102
- 3. O regime de gestão financeira dos portos 106
- 4. Conclusão..... 113

**Los Beneficios Tributarios del Sistema Portuario Español
a la Luz de la Normativa Europea
Sobre Ayudas de Estado..... 121**

Roberto Ignacio Fernández López

- I. INTRODUCCIÓN..... 121
- II. IDENTIFICACIÓN DE LAS TASAS PORTUARIAS CUYAS BONIFICACIONES PUEDEN ENTRAR EN COLISIÓN CON EL RÉGIMEN DE AYUDAS DE ESTADO 124
- III. EXAMEN DE CONTRASTE DE LAS BONIFICACIONES FISCALES AFECTADAS POR EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE AYUDAS DE ESTADO..... 131
 - 1. Existencia de una ventaja económica o de una medida fiscal que minore la carga tributaria de una empresa..... 133
 - 2. El beneficio o la ventaja económica debe ser concedida por el Estado o mediante fondos públicos. 136
 - 3. La medida fiscal o beneficio económico debe ser de carácter selectivo..... 137
 - 4. La ventaja económica o la medida fiscal debe provocar un falseamiento de la competencia o repercutir en el comercio entre los Estados miembros. 142

IV. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS BENEFICIOS TRIBUTARIOS PORTUARIOS CON LAS AYUDAS ESTATALES EN FORMA DE COMPENSACIÓN POR SERVICIO PÚBLICO	150
V. BIBLIOGRAFÍA	161

**Tarifas Portuárias: Uma Visão no Contexto do Actual
Sistema Tributário e Regulador Português** 163

Suzana Tavares da Silva

1. A mudança de paradigma regulatório.....	163
2. A necessidade de reflectir a mudança de paradigma na regulação tarifária	167
3. Pistas para um novo regime jurídico das ‘tarifas portuárias’ ajustado à criação de um verdadeiro ‘mercado de serviços portuários’	173
4. Modelação de tarifas portuárias e direito da concorrência - - as tarifas portuárias na jurisprudência do TJUE	176
5. Notas finais sobre aspectos do contencioso das tarifas portuárias	177

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA

