

Wolters Kluwer España

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3^a, Sentencia de 20 Jun. 2002, rec. 3971/1996

Ponente: Campos Sánchez-Bordona, Manuel.

Nº de recurso: 3971/1996

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA LEY JURIS: 6227/2002

TRANSPORTE. Marítimo. Autorizaciones de servicios de navegación marítima. Interpretación del artículo 86 de la Ley 27/1992, sobre puertos del Estado y marina mercante. Conformidad a Derecho de resolución por la que se deniega, por carecer de autorización administrativa previa, el atraque en un puerto español de un ferry de bandera inglesa con el que pretende establecer un servicio de línea regular con un puerto marroquí. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. Compatibilidad de un sistema de autorización administrativa con el principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros si concurren razones imperiosas de interés general. Justificación del sometimiento a autorización administrativa por concurrir razones de interés general fundadas en la necesidad de controlar el tráfico de personas procedentes de países terceros. Cuestiones prejudiciales. No es preciso su planteamiento por órgano jurisdiccional enfrentado a dos opciones procesales igualmente legítimas cuando cabe ulterior recurso jurisdiccional.

Texto

En la Villa de Madrid, a 20 Jun. 2002.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3971/1996 interpuesto por «Cenargo España, S.L.», representada por el Procurador D. Antonio Andrés García Arribas, contra la sentencia dictada con fecha 23 Ene. 1996 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso número 2349/1993, sobre servicio de línea regular de transporte de carga y pasajeros entre los puertos de Alicante y Nador (Marruecos); es parte recurrida la Administración del Estado, representada por Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La entidad «Cenargo España, S.L.», interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el recurso contencioso-administrativo número 2349/1993 contra la resolución de la Autoridad Portuaria de Alicante de 23 Jun. 1993 que denegó el atraque del buque «Scirocco» y contra la desestimación, por silencio administrativo, del recurso ordinario deducido frente a aquélla.

SEGUNDO. En su escrito de demanda, de 19 Dic. 1994, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia «por la que declarando la nulidad de la resolución de la Autoridad Portuaria de Alicante de 23 Jun. 1993, reconozca el derecho del ferry "Scirocco" a efectuar el servicio de línea regular de pasaje y carga Alicante/Nador/Alicante y, en consecuencia, a ser autorizado su atraque en el puerto de Alicante, todo ello con expresa imposición de las costas a la Administración». Por otrosí interesó el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO. El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 17 Feb. 1995, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia «por la que se declare la inadmisibilidad del recurso al amparo de lo establecido en el art. 82.c) de la Ley Jurisdiccional, y subsidiariamente se declare la conformidad a Derecho de la resolución impugnada, absolviendo a la Administración de la presente demanda».

CUARTO. Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 6 Mar. 1995 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó sentencia con fecha 23 Ene. 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo núm. 2349/1993,

interpuesto por el Procurador D. José Antonio Peiro Guinot, en nombre y representación de Cenargo España, S.L., contra la resolución presunta del recurso presentado en fecha 21 Jul. 1993 ante la Autoridad Portuaria de Alicante contra acuerdo de fecha 23 Jun. 1993, sin expresa condena en las costas procesales».

QUINTO. Con fecha 15 Mar. 1996 «Cenargo España, S.L.», interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 3971/1996 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos fundados en el artículo 95.1.4.^º de la Ley Jurisdiccional: Primero: Por aplicación indebida del artículo 4 de la Ley de 12 May. 1956. Segundo: Por interpretación errónea del artículo 86.4 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante 17/1992, de 24 Nov. Tercero: Por aplicación indebida del artículo 3 del Decreto 720/1984, de 28 Mar. Cuarto: Por aplicación indebida del artículo 52 del Tratado de Roma. Quinto: Por inaplicación del artículo 59, párrafo 1.^º, del Tratado de Roma y del artículo 1.1 del Reglamento 4055/1986, de 22 Dic., relativo a la libre prestación de servicios al transporte marítimo. Sexto: Por no aplicación del artículo 177 a) del Tratado de Roma. Séptimo: Al amparo del artículo 5.4.^º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución.

SEXTO. El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó la confirmación de la sentencia recurrida con expresa condena en costas a la recurrente.

SÉPTIMO. Por providencia de 2 Abr. 2002 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su votación y fallo el día 12 de junio siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana con fecha 23 Ene. 1996, desestimó el recurso contencioso-administrativo que había interpuesto «Cenargo España, S.L.», contra las resoluciones administrativas, expresa y presunta, antes reseñadas. Mediante ellas la Administración española había denegado a la citada empresa el atraque en el puerto de Alicante de su ferry «Scirocco» con el que se proponía efectuar el servicio de línea regular de pasaje y carga Alicante/Nador/Alicante.

SEGUNDO. La secuencia de hechos más relevantes para el litigio es la siguiente:

- a) El 21 Jun. 1993 la sociedad recurrente informó a la Secretaría General para los Servicios de Transporte del Ministerio de Obras Públicas y Transportes que a partir del día 24 de junio comenzaría a prestar un servicio de línea regular de transporte de carga y de pasajeros entre los puertos de Alicante y Nador (Marruecos) con el ferry Scirocco de bandera y armador británicos.
- b) El 23 Jun. 1993 la Autoridad Portuaria de Alicante denegó el atraque del buque argumentando que era necesario «obtener previamente la autorización de la Dirección General de la Marina Mercante para la realización del servicio en cuestión, de acuerdo con el procedimiento previsto en el vigente Convenio de Transporte Marítimo entre Marruecos y España, o esperar a que resulte legalmente posible de las modificaciones al Convenio, que se encuentran actualmente en trámite de ratificación entre ambos países».
- c) El recurso ordinario contra dicha resolución, formulado el 21 Jul. 1993, no obtuvo respuesta de la Administración, lo que dio lugar a la interposición del recurso contencioso.

TERCERO. Este relato de hechos debe ser completado con otros que derivan de documentos unidos a los autos y ayudan a una mejor comprensión de las circunstancias en que se desarrollaron. En concreto, la lectura del documento de la Comisión, incorporado al ramo de prueba a instancia de la demandante, pone de relieve los siguientes:

- a) El 17 Ene. 1994 Cenargo International Limited, sociedad de responsabilidad limitada establecida y registrada en el Reino Unido con un 100% de capital británico, propietaria de Cenargo Navigation Limited, armador del buque «Scirocco», comunicó a la Comisión que con dicho navío tenía la «intención de realizar un servicio entre Almería o en su caso Málaga o Alicante, en la costa sur de España, y el puerto marroquí de Nador», y que había remitido una comunicación a la Dirección General de la Marina Mercante el 15 Dic. 1992 informándole de su intención de poner en marcha el servicio de línea, con el convencimiento de que no era necesaria ninguna autorización en virtud del Reglamento 4055/1986.

Según esta misma compañía, la nueva línea no fue autorizada porque el acuerdo bilateral existente entre España y Marruecos, que incluía provisiones de reparto de carga, establecía varias condiciones que la compañía no había cumplido. Cuando Cenargo propuso explotar el servicio desde Málaga o Alicante, como alternativa a Almería, las autoridades españolas se negaron también.

b) La Comisión Europea envió al Reino de España una carta de emplazamiento el 13 Jun. 1994, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 del Tratado CE, rechazando los argumentos esgrimidos por las autoridades españolas. En particular, la Comisión opinaba que había habido una denegación por parte de las autoridades españolas de la autorización para explotar esa línea, denegación claramente expresada y reiterada en la correspondencia con el demandante. Los argumentos de que Cenargo no cumplía el acuerdo bilateral con Marruecos y de que no existían o no eran adecuadas las instalaciones fronterizas en los puertos de Almería, Málaga y Alicante, tenían como finalidad última, a juicio de la Comisión, la de justificar la negativa a la compañía de ferrys de la autorización para realizar los citados servicios de transporte marítimo. Denegación que, según las autoridades comunitarias podría constituir una infracción del Reglamento 4055/86 y, en particular, de su artículo 1.

c) La respuesta del Gobierno español a la carta de emplazamiento fue remitida por el Ministerio de Asuntos Exteriores el 22 Jul. 1994. En el último de sus apartados el Gobierno español afirma:

«[...] en atención a los razonamientos contenidos en la carta de emplazamiento de la Comisión y, sobre todo, a la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre la potestad soberana de los Estados miembros de delimitar sus fronteras marítimas exteriores, sin que estas últimas les sean impuestas por los operadores económicos, y la necesidad de dar pleno cumplimiento al Derecho Comunitario --materializado en este caso en el Reglamento 4055/86-- dentro del respeto al principio de proporcionalidad, ha tomado la decisión de habilitar el puerto de Almería como punto de cruce de la frontera exterior marítima española, lo que posibilitará la explotación por Cenargo de una línea regular entre dicho puerto y el de Nador.

El Gobierno español espera que con ello la Comisión esté en condiciones de proceder al archivo de este procedimiento de infracción, una vez atendida la principal reivindicación formulada por la compañía que se encuentra en el origen de este contencioso.»

d) El procedimiento precontencioso fue archivado por la Comisión Europea.

Ante esta Sala del Tribunal Supremo se sigue el recurso de casación número 4475/1996 en el cual se impugna la sentencia de 20 May. 1996, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Granada), en la que se desestimó el recurso 2348/1993, interpuesto por «Ferrimaroc Agencias, S.L.» (sociedad participada por «Cenargo España, S.L.») contra la resolución de la Autoridad Portuaria de Almería de 7 Jul. 1993 que denegó el atraque del buque Scirocco en el referido puerto. Consta en él que la autorización fue finalmente otorgada y que, desde entonces, se ha venido prestando el servicio de transportes mediante la línea regular Almería-Nador-Almería.

CUARTO. La Sala de instancia, tras exponer en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia el contenido, en síntesis, de la carta de emplazamiento remitida por la Comisión y subrayar el ulterior archivo, por parte de ésta, del expediente, hizo en el quinto fundamento jurídico las siguientes afirmaciones:

«[...] Sin embargo, la cuestión no es tanto si la Administración Estatal debe o no autorizar la línea citada, en virtud de lo establecido en el Reglamento comunitario citado y de lo dispuesto en el Convenio Bilateral de 29 Dic. 1979 al transporte marítimo entre España y Marruecos de 29 Dic. 1979.

Ante ello la postura de la Administración es que la exigencia de una autorización previa es compatible, pues no puede entenderse que la libre elección de puerto corresponda a cada naviera, tenga o no instalaciones el puerto, instalaciones aduaneras, capacidad, etc., sino que el derecho, preexistente, ha de ser controlado por la Administración estatal en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de 12 May. 1956 y artículo tercero del Decreto de 28 Mar. 1984 y recogido en el artículo 86, apartado cuarto, de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 24 Nov. 1992.

El propio artículo 52 del Tratado de Roma establece que la libertad de establecimiento se supeditará a las condiciones fijadas con la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. Frente a ello el actor alega la primacía del derecho comunitario, solicitando en su caso se plantee cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad a

tenor de lo dispuesto en el artículo 177 del Tratado de Roma.»

A partir de este planteamiento, la Sala apreció que «tanto del tenor del Convenio bilateral con Marruecos, como del Reglamento Comunitario citado no aparece la incompatibilidad del derecho a la libre prestación de líneas marítimas con la exigencia de previa autorización, al no ser opuestas, sino complementarias, y teniendo la finalidad de la autorización previamente, entre otras cosas, el fiscalizar que se está en el ámbito de la normativa comunitaria o del Tratado. Por todo ello parece innecesario el planteamiento de la cuestión, al quedar nítida para este Tribunal y, sin perjuicio del derecho de la actora a solicitar una resolución expresa de su solicitud ante la falta de este trámite, procede desestimar el presente recurso contencioso-administrativo».

QUINTO. Antes de analizar pormenorizadamente los motivos de casación, hemos de reseñar que el recurso de casación se ha desenvuelto al margen de lo que propiamente constitúa la razón de ser inicial de la negativa administrativa al atraque.

Fundada ésta en el Convenio relativo al transporte marítimo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid en 29 Dic. 1979 (Boletín Oficial del Estado de 16 Dic. 1980), ha de destacarse que su artículo 4 instauraba un régimen de transporte por vía marítima tanto de las mercancías intercambiadas entre los dos países, como de los pasajeros, basado «en la fórmula de reparto 40/40/20, teniendo derecho cada una de las Partes a efectuar al menos el 40 por 100 de dichos transportes».

El artículo 5.1 añadía que las modalidades para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 serían fijadas de común acuerdo por los armadores de las dos Partes Contratantes y que «todo acuerdo entre dichos armadores deberá ser previamente sometido a la aprobación de las autoridades marítimas competentes de ambos países».

A través del Canje de notas llevado a cabo entre ambos países con fechas 30 Dic. 1992 y 14 May. 1993 (publicado en el Boletín Oficial del Estado de 2 Feb. 1994), a propuesta de las autoridades españolas, se dio una nueva redacción al artículo 4 del mencionado Convenio, de modo que --entre otras modificaciones-- en lo que se refiere al tráfico regulado por el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas de las Naciones Unidas, ambas partes contratantes acordaron el reparto del tráfico en tonelaje y en valor, sobre la base del 40 por 100 en favor de las compañías navieras autorizadas por las autoridades competentes del Reino de Marruecos y que ostentan su nacionalidad, el 40 por 100 en favor de compañías navieras autorizadas, nacionales de cualquier Estado miembro de la Comunidad Europea, y el 20 por 100 restante en favor de compañías navieras debidamente autorizadas, nacionales de terceros Estados. En consecuencia, las autoridades españolas propusieron y las marroquíes aceptaron la supresión del artículo 5.

A estos mismos efectos se entendió por compañía naviera autorizada nacional de un Estado miembro de la Comunidad Europea, tanto cualquier compañía naviera nacional y establecida en un Estado miembro de la Comunidad Europea, como cualquier compañía naviera nacional de un Estado miembro establecida fuera de la Comunidad Europea y las compañías navieras establecidas fuera de la Comunidad Europea y controladas por nacionales de un Estado miembro, siempre que sus buques estén registrados en ese Estado miembro con arreglo a su legislación.

La tesis de la sociedad recurrente en la demanda respecto del mencionado convenio bilateral era doble:

a) Por un lado, enmendando el convenio por mutuo acuerdo de las partes con eficacia de la fecha (15 May. 1993) en que Marruecos aceptó las modificaciones propuestas por España y siendo éstas, desde entonces, susceptibles de aplicación provisional en virtud del artículo 23.2 del mismo tratado bilateral, la autorización administrativa contemplada en el artículo 5 había desaparecido.

b) Por otro lado, incluso cuando estuvo vigente, la referida autorización administrativa era precisa tan sólo para los acuerdos entre armadores españoles y marroquíes que fijaran las modalidades de participación en el porcentaje (80%) de carga a ellos reservados, sin aplicarse a un buque de bandera y armador británicos, que ningún acuerdo suscribía con otros.

A esta tesis respondió el Abogado del Estado de modo indirecto y sólo en cuanto a la segunda de las alegaciones referidas. Afirmó el defensor de la Administración que la interpretación sostenida por la recurrente hacía de peor condición a los armadores españoles y que no podía «ampararse en el Tratado de Roma».

La Sala de instancia zanjó este debate expresando sin más, como ya hemos transscrito, que «del

tenor del Convenio bilateral con Marruecos [...] no aparece la incompatibilidad del derecho a la libre prestación de líneas marítimas con la exigencia de previa autorización».

Lo cierto es que ninguno de los motivos del recurso de casación se refiere expresa y directamente a la cuestión de la vigencia y aplicabilidad interna del convenio bilateral ni denuncia que la Sala de instancia haya cometido al respecto infracción alguna del ordenamiento jurídico. Por más que en el desarrollo del quinto motivo, en el que se denuncia la infracción del artículo 59.1 del Tratado CE y del artículo 1.1 del Reglamento (CEE) 4055/86, la recurrente vuelva a sostener sus tesis de la demanda, la falta de invocación de un motivo específico del recurso sobre el modo en que el tribunal de instancia ha interpretado y aplicado el convenio bilateral no nos permite corregir el eventual error en que se hubiera incurrido.

Añadiremos que, en todo caso, incluso si se admitiera que el convenio bilateral con Marruecos no justificaba, por sí solo, la decisión adoptada por las autoridades españolas, el sometimiento a autorización administrativa de la línea regular proyectada tenía otros apoyos jurídicos sobre los que versan el resto de motivos de casación.

SEXTO. La compañía recurrente aduce como primero de sus motivos de casación (todos ellos, a excepción del último, amparados en el apartado 4.^º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) que la Sala de instancia ha infringido, por aplicación indebida, el artículo 4 de la Ley de 12 May. 1956 «al que se refiere el párrafo segundo del fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida». La censura se basa en que dicha Ley no estaba vigente en el momento de los hechos, pues había sido expresamente derogada por la Ley 27/1992, de 24 Nov., de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Siendo cierta esta última afirmación, pues basta, a tal efecto, leer el contenido del apartado segundo de la disposición derogatoria única de la Ley 27/1992, también lo es que la sentencia no ha llegado en ningún momento a afirmar que su fallo se base en la aplicación del artículo 4 de la Ley derogada.

Hemos transscrito el fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia precisamente para destacar cómo en él la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana se limita a reflejar la tesis de la Administración, sin tomar partido por ella. No cabe, pues, casar la sentencia por aplicación indebida de una norma que la Sala de instancia no ha utilizado como fundamento de su fallo.

Estas mismas consideraciones son extensibles al tercero de los motivos de casación, bajo el cual la sociedad recurrente aduce que «se infringe, por aplicación indebida, el art. 3.^º del Decreto 720/1984, de 28 Mar. 1984 (BOE 13 Abr. 1984) al que se refiere el apartado segundo del fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida».

En el desarrollo del motivo se expresa que aquel precepto reglamentario, en cuanto basado en la Ley de 12 May. 1956, fue también (tácitamente, en este caso) derogado por la Ley de Puertos y Marina Mercante de 199 (sic), de modo que la exigencia de autorizaciones administrativas inserta en el Real Decreto 720/1984 para la navegación exterior, y derivada de la correlativa previsión de la Ley de 1956, habría quedado superada. Pero, insistimos, la Sala de instancia no llega a basar su fallo en él, limitándose a citarlo como parte de la línea argumental defensiva de la Administración.

Por lo demás, el motivo no tendría realmente carácter autónomo: en la medida que sostiene que la Ley 27/1992 no exige autorización previa en caso de líneas marítimas regulares internacionales (más propiamente, «líneas exteriores»), la eventual derogación implícita del precepto reglamentario dependería en exclusiva de la interpretación que se hiciera de las normas de aquella Ley, lo que constituye el objeto de otro de los motivos de casación.

SÉPTIMO. Mediante su segundo motivo de casación «Cenargo España, S.L.», censura que la sentencia impugnada infringe, esta vez por interpretación errónea, el artículo 86.4 de la tan repetida Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. A su juicio, dicho precepto «no ampara el control de la Administración del derecho a efectuar un servicio de línea regular entre dos países; dicha línea tiene el carácter de exterior y este tipo de servicios no está sometido al requisito de autorización administrativa previa».

También este motivo --según acertadamente objeta el Abogado del Estado-- es susceptible de la misma crítica que los dos precedentes: la sentencia se limita a citar el precepto legal en tanto que parte de la argumentación defensiva de la Administración, tal como el propio Abogado del Estado lo invocó en su contestación a la demanda. Pero, tras dicha cita (siempre en el mismo fundamento jurídico quinto de la sentencia), el tribunal de instancia no se apoya en el artículo 86.4 de la Ley 27/1992 para fundar su fallo desestimatorio del recurso contencioso-

administrativo. No cabe, pues, estimar en casación la «interpretación errónea» de un precepto cuando no ha sido, en realidad, ni aplicado ni interpretado por la Sala sentenciadora.

Consideramos, sin embargo, que la cuestión suscitada por la recurrente tiene relevancia como presupuesto para el análisis de los motivos cuarto y quinto, por lo que procede, bajo esta perspectiva, su análisis. Análisis que, si bien podría detenerse en el dato formal de que lo recurrido no es tanto una denegación de la autorización para establecer una línea regular de navegación, en sí misma considerada, cuanto el mero acto singular de no autorizar el atraque de un buque en el puerto de Alicante, debe extenderse al sustrato de esta última negativa, esto es, a los hechos más complejos de los que hemos hecho mención en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

OCTAVO. El artículo 86 de la Ley 27/1992, bajo la rúbrica general de «Competencias del Ministerio de Obras Públicas y Transportes», confiere a este departamento ministerial la de otorgar las «concesiones o autorizaciones de servicios de navegación marítima», salvo en el supuesto de que corresponda a una Comunidad Autónoma que tenga competencias en materia de transporte marítimo y éste transcurra entre puertos o puntos de la misma, sin conexión con puertos o puntos de otros ámbitos territoriales.

Expresado en estos términos generales, el tenor literal del precepto engloba cualesquiera «autorizaciones» de navegación marítima, sin distinguir si se trata de navegación interior, navegación de cabotaje o navegación exterior. Habrá que remitirse, por tanto, al régimen legal de cada una de éstas para discernir si se encuentra sujeta a la autorización administrativa (estatal o autonómica, según los casos), lo que expresamente ocurre en el caso de la navegación interior con finalidad mercantil (artículo 80.3) y la navegación de cabotaje con la misma finalidad (artículo 81.2).

El silencio de la Ley 27/1992 en cuanto al sometimiento a autorización administrativa de la navegación exterior no puede interpretarse de un modo simplista sino poniéndolo en relación con otros preceptos de aquélla o de otras leyes que tengan incidencia en cada caso. Concretamente, cuando se trate del transporte de pasajeros por vía marítima, con finalidad mercantil, mediante el establecimiento un servicio de línea regular que une un puerto español con otro u otros de países no comunitarios y el puerto español no esté incluido entre aquellos que constituyen fronteras exteriores y por sus características permiten un adecuado y exigible control de la entrada de pasajeros (circunstancias todas que, en principio y a salvo el ulterior debate, concurrían en el caso de autos), en tal supuesto, decimos, no es difícil concluir o bien que se requiere autorización administrativa previa para implantar aquella línea regular o bien que las sucesivas negativas al atraque de los buques en los correspondientes puertos españoles estarán plenamente justificadas.

En efecto, las exigencias imperativas del control de las fronteras españolas, por sí y en cuanto resultan ser simultáneamente fronteras exteriores de un Estado miembro, legitiman, según después expondremos, la necesidad de someter a un cierto control, también inicial, el establecimiento de una línea regular de navegación que pretenda desembarcar en España con una frecuencia periódica determinada, y precisamente en un puerto hasta entonces no habilitado al efecto, a personas procedentes de países terceros (en el caso de autos, procedentes de Marruecos).

NOVENO. Abordaremos de modo conjunto los motivos de casación cuarto y quinto, mediante los cuales «Cenargo España, S.L.», aduce, respectivamente:

- a) Que la Sala de instancia ha incurrido en indebida aplicación del artículo 52 del Tratado de Roma (libertad de establecimiento); añade la recurrente que «la libertad comunitaria en cuestión en este procedimiento es la libre prestación de servicios que, en materia de transportes, se rige por las disposiciones del Tratado de Roma relativas a los transportes (artículos 74 a 84) según establece el art. 61.1 del propio Tratado».
- b) Que la Sala de instancia ha «inaplicado el art. 59.I del Tratado de Roma y el art. 1.1 del Reglamento 4055/86 al considerar [...] que no aparece incompatibilidad del derecho a la libre prestación de líneas marítimas con la exigencia de previa autorización».

La respuesta que la Sala de Valencia dio a las alegaciones de la recurrente sobre esta cuestión ha sido ya transcrita en el fundamento jurídico correspondiente de la presente sentencia. Aun cuando, según finalmente resolveremos, dicha respuesta era adecuada a derecho en su decisión, el problema suscitado en este doble motivo requiere un desarrollo argumental más amplio.

No hay inconveniente en admitir que la remisión general del apartado 2 del artículo 84 del

Tratado CE (que atribuye al Consejo la competencia para «decidir si, en qué medida y de acuerdo con qué procedimiento podrán adoptarse disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea») debe ser interpretada según las líneas elaboradas por el Tribunal de Justicia en relación con otros servicios regidos por los artículos 59 y 60 del mismo Tratado.

Así pues, una vez aprobado el Reglamento 4055/86, tanto su contenido como las medidas particulares en él insertas para lograr la libertad de prestación de servicios de navegación marítima --entre ellas las disposiciones del artículo 4 sobre la eliminación paulatina de las disposiciones de reparto de cargamento de los acuerdos con terceros países-- debe ser leído en relación los principios fundamentales del propio Tratado CE y, más concretamente, con las normas del Capítulo III del Título III aplicables a los servicios.

El texto normativo clave, pues, a estos efectos es el Reglamento (CEE) número 4055/86 del Consejo, de 22 Dic. 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros. En la medida en que mediante este Reglamento se desarrolla uno de los dos artículos del Tratado que han sido aducidos (el artículo 59), ha de tomarse como punto de referencia el relativo a la libertad de prestar servicios más que el correspondiente a la libertad de establecimiento.

De hecho, la cita del antiguo artículo 52 del mismo Tratado, relativo a esta última libertad, no aporta nada significativo al debate y la propia recurrente, aun cuando a él se refiera en el cuarto motivo, lo vincula a la libre prestación de servicios. Ello al margen de que en ningún momento ha afirmado que se le haya negado la posibilidad de establecerse en España sino, simplemente, la de prestar un determinado servicio de transporte marítimo regular entre España y Marruecos.

El artículo 1 del Reglamento (CEE) 4055/86 establece que la libre prestación de servicios de transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros se aplicará a los nacionales de los Estados miembros que estén establecidos en un Estado miembro distinto del Estado al que pertenezca la persona a la que van dirigidos dichos servicios. De él se deduce, pues, que las empresas británicas de transporte marítimo pueden libremente prestar sus servicios de navegación en España.

La cuestión de saber hasta qué punto esta libertad comunitaria es compatible con un sistema de autorización administrativa se ha planteado ya ante esta Sala, bien que referida a la navegación de cabotaje y no a la navegación exterior. En efecto, en los recursos acumulados números 704, 711, 712 y 715/1997, interpuestos por la Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) y otros contra la Administración del Estado, en los que se cuestionaba la validez del Real Decreto 1466/1997, de 19 Sep., sobre el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público, remitimos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la pertinente cuestión prejudicial (que daría lugar al recurso C-205/1999) sobre la que recayó sentencia de 20 Feb. 2001 (LA LEY JURIS. 708376/2001). Hecho éste que hace innecesario el reenvío prejudicial en el presente recurso de casación, dada la similitud de cuestiones en juego.

La sentencia del Tribunal de Justicia, al interpretar los artículos 1, 2 y 4 del Reglamento (CEE) número 3577/92 del Consejo, de 7 Dic. 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) concluyó afirmando, en síntesis, que no era contrario a aquel principio y Reglamento un sistema normativo como el establecido por el Real Decreto (en línea con la Ley 27/1992), sistema que, bajo determinadas condiciones y en aras a la consecución de determinados objetivos, supedita la prestación de servicios de cabotaje marítimo a la obtención de una autorización administrativa previa.

Afirmaba el Tribunal de Justicia en aquella sentencia (a la que nos remitimos in extenso) que si bien el sometimiento a autorización administrativa puede obstaculizar o hacer menos interesante la prestación de dichos servicios y constituye, por tanto, una restricción a su libre circulación, «la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida. Además, para que esté justificada de tal modo, la normativa nacional en cuestión deberá ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo».

Estas afirmaciones sobre el sentido de las normas comunitarias, aplicables a la navegación de cabotaje, no lo son menos a la navegación exterior cuando concurren las circunstancias anteriormente referidas. Si el Reglamento (CEE) número 3577/92 del Consejo, de 7 Dic. 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros, puede interpretarse en el sentido expuesto, que permite su

compatibilidad con un sistema autorizatorio en los términos ya expresados, con tanta o más razón podrá decirse lo mismo del Reglamento (CEE) número 4055/86 del Consejo, de 22 Dic. 1986, relativo a la aplicación de idéntico principio --la libre prestación de servicios-- referido esta vez al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros.

DÉCIMO. Llegados a este punto, es preciso comprobar, ya en concreto, si el sometimiento a autorización administrativa de una línea regular de transporte como la de autos estaba, o podía estar, justificado también desde el punto de vista comunitario por alguna de las «razones imperiosas de interés general» a las que se refería el Tribunal de Justicia en su sentencia de 20 Feb. 2001.

Diremos, en primer lugar, que la propia Comisión Europea, en el apartado número 14 de la carta de emplazamiento remitida al Gobierno de España, se planteó si era aceptable que la denegación a Cenargo, por parte de las autoridades españolas, «del permiso para prestar servicios de transporte» se basara simplemente en razones de soberanía en la elección de los puntos de cruce de fronteras exteriores cuando de lo que se trata es de un Reglamento directamente aplicable que establece la libertad de prestación de servicios. La respuesta fue que «debe admitirse que el Reglamento [4055/86] no armoniza ni establece todas las normas detalladas sobre la libertad de prestar dichos servicios de transporte marítimo. Por tanto, dicha libertad no puede ser absoluta, especialmente porque la prestación de servicios de transporte marítimo está indisolublemente unida a la existencia de determinada infraestructura y a la instalación de servicios de aduanas y control de inmigración por el Estado miembro: un ferry no puede atracar en cualquier parte sin más».

En este mismo sentido, la respuesta del Gobierno español (carta de 22 Jun. 1984), tras censurar la conducta seguida por Cenargo que, a su juicio, consistía en un «proceder por la vía de los hechos consumados y enviar simplemente una comunicación a las autoridades portuarias españolas unos días antes indicando la fecha de llegada de su barco, sin haber recibido previamente el visto bueno en tal sentido por parte española, una vez analizadas las condiciones del puerto de atraque», subrayaba la «especial responsabilidad que incumbe a España como garante de la "frontera sur" de la Unión Europea con vistas a controlar las presiones migratorias y la inmigración ilegal procedente de la zona del Magreb». Añadía el Ministerio de Asuntos Exteriores que la «necesidad de impermeabilizar la zona del Estrecho sirve para explicar el que la única frontera marítima exterior abierta entre Valencia y la frontera portuguesa haya sido hasta ahora Algeciras, como consecuencia de la decisión de las autoridades españolas de concentrar el paso del Estrecho por dicho puerto, habida cuenta de las especiales responsabilidades que incumben a España como guardiana de dicha "frontera sur" de la Comunidad, sometida --como ha quedado dicho-- a fuertes presiones migratorias debido a su proximidad con la región del norte de África, caracterizada por sus desequilibrios socioeconómicos».

Por nuestra parte consideramos que, en principio, puede admitirse como razón válida de interés general la que, fundada en la necesidad del controlar el tráfico de personas procedentes de países terceros, permite restringir a determinados puertos, y no a otros, el atraque de navíos que, con finalidad mercantil, transporten de modo regular pasajeros desde dichos países. Admitida la legitimidad de esta restricción, las consecuencias que implica respecto de la implantación, como tal, de la propia línea regular son obvias: las empresas de transporte marítimo, en uso de la libertad de prestación de servicios, no pueden por sí elegir los puertos de partida y arribada de las líneas regulares de transporte marítimo de pasajeros procedentes de países terceros cuando las autoridades españolas no han autorizado semejante actividad en dichos puertos.

El problema, pues, no es tanto la viabilidad en abstracto de dicha restricción sino las concretas modalidades en que, de hecho, se traduzca. Habrá que examinar, en cada caso, si la situación creada por las decisiones gubernativas (por ejemplo, reduciendo significativa e injustificadamente el número de puertos admisibles para este tipo de tráfico marítimo) se traduce, en la práctica, en una restricción indebida de la propia libertad de prestación de servicios de transporte marítimo.

A partir de esta premisa, y aplicándola al caso de autos, las consecuencias eran dobles: si, por un lado, no cabía negar en abstracto la legitimidad del sometimiento a autorización (en el sentido antes expuesto) de la nueva línea entre un puerto del Mediterráneo español y el de Nador en Marruecos, por otro las autoridades españolas debían demostrar que la negativa, en concreto, a fijar como puerto de destino uno de los tres designados por «Cenargo España, S.L.» (puertos de Alicante, Málaga o Almería) resultaba coherente con las ya expresadas «razones imperiosas de interés general» que podían legitimarla.

Las discrepancias entre la Comisión y el Gobierno español en este punto del debate versaban sobre las condiciones reales de las infraestructuras de los citados puertos y, en concreto, sobre el hecho de que algunos de ellos --y no sólo el de Algeciras-- contaban ya con las instalaciones (sobre todo, servicios de aduanas y control de la inmigración) suficientes para absorber en las debidas condiciones el tráfico de pasajeros que Cenargo se proponía establecer. Discrepancias que, como ha quedado expuesto, se tradujeron finalmente en la aceptación por parte de las autoridades españolas de una de las alternativas propuestas por Cenargo, esto es, la de elegir Almería como puerto de partida y arribada de la línea regular que enlazaba con Nador, lo que determinaría el archivo del expediente comunitario de infracción incoado a raíz de la denuncia de Cenargo.

Los motivos cuarto y quinto del recurso de casación, al fijarse exclusivamente en el principio general (autorización/no autorización) y prescindir de las modalidades concretas en las que se concretó el ejercicio de sus facultades administrativas por parte de las autoridades españolas, no permiten entrar en consideraciones sobre si la autorización debió concederse para el puerto de Alicante.

Carecemos, pues, de base para acoger la pretensión casacional que se limita en los términos ya dichos y no aborda si los problemas de infraestructura del citado puerto de Alicante, en concreto, o las características singulares de las instalaciones de aduanas e inmigración en él establecidas justificaban que fuera denegada la autorización para que dicho puerto aceptara en 1993, de modo regular, servicios internacionales con procedencia de Marruecos.

Es cierto que tampoco la sentencia de instancia se refirió, de modo explícito, a este aspecto en concreto de la negativa de la Administración que no permitía el atraque del buque y el mismo establecimiento de la línea regular, negativa cuyo fundamento, declarado por el propio Gobierno español, era realmente el expuesto y no solo el relativo al convenio bilateral con Marruecos. Nada de ello era ajeno a Cenargo España, S.L., que había promovido la actuación de la Comisión y conocía sobradamente los documentos por ésta remitidos a y recibidos del Gobierno español, no habiendo, sin embargo, la empresa actora puesto de relieve en su demanda (como tampoco ahora en el recurso de casación) argumentos específicamente dirigidos a combatir la apreciación que las autoridades gubernativas españolas habían hecho respecto de la inviabilidad del puerto de Alicante.

UNDÉCIMO. En su sexto motivo de casación la sociedad recurrente sostiene que la Sala de instancia ha infringido, al no aplicarlo, el artículo 177.a) del Tratado de Roma. A su juicio, estableciendo este precepto la competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de dicho Tratado, y habiendo considerado innecesario la Sala de Valencia plantearle las cuestiones prejudiciales que la demandante estimaba oportunas y cuya formulación había solicitado, el tribunal de instancia habría vulnerado aquel precepto.

Para desestimar el motivo basta recordar que el artículo 177 (hoy 234) del Tratado CE permite, en efecto, pero no impone, el planteamiento de cuestiones prejudiciales a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones sean susceptibles de ulterior recurso judicial en el orden interno. Dado que en tal situación se encontraba la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana al fallar el litigio (como lo demuestra que la sentencia en él recaída haya sido impugnada en casación), el hecho de que no considerara necesario dirigirse al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que éste le facilitase la interpretación de las normas comunitarias invocadas podrá ser criticado desde otros puntos de vista pero, en todo caso, no vulnera el artículo 177 citado.

En efecto, el primer presupuesto para que pudiera entenderse vulnerado el artículo 177 del Tratado CE es que no se hubiera cumplido la obligación que impone, y ésta lo es tan sólo para los tribunales que deciden en última instancia. A partir de esta premisa --que, insistimos, no es la del caso de autos-- aún habría de analizarse si la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial podía estar, a su vez, amparada por alguna de las razones que la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha admitido para excluir el reenvío prejudicial, jurisprudencia a la que se refiere la parte recurrente.

El hecho de que un órgano judicial, enfrentado a dos opciones procesales igualmente legítimas, en principio, según la propia norma, decida no hacer uso del mecanismo de cooperación jurisdiccional en que consiste el reenvío prejudicial previsto en el antiguo artículo 177 del Tratado CEE, no vulnera, pues, este mismo precepto cuando en él no se exige de modo imperativo el planteamiento de la cuestión prejudicial a los tribunales cuyas decisiones son susceptibles de ulterior recurso judicial.

Siendo ello así, es innecesario --a los efectos del recurso de casación-- detenerse en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la claridad de los preceptos comunitarios aplicables, como razón suficiente para no plantear la cuestión prejudicial sobre la interpretación de los Tratados o de las normas comunitarias de derecho derivado.

DUODÉCIMO. Por último, en el séptimo de sus motivos de casación la parte recurrente denuncia, al amparo del apartado 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la infracción del artículo 24.2 de la Constitución. Su tesis, a este respecto, es que la Sala de instancia infringe el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley al no plantear las cuestiones prejudiciales «[...] llegando, para ello, a interpretar la normativa comunitaria, siendo ésta una materia expresamente reservada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea».

El motivo contiene la peculiaridad (que lo distingue del resto) de no expresar en qué apartado del artículo 95 de la Ley Jurisdiccional -- artículo al que ninguna referencia hace-- se basa. La parte recurrente se limita a invocar el artículo 5.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial quizá por considerar que este precepto --seguido de la cita del precepto constitucional supuestamente infringido, en este caso, el artículo 24.2-- es suficiente para servir de apoyo al correspondiente motivo casacional.

El motivo, formulado en estos términos, lo está de modo defectuoso, no debió ser admitido y será, ahora, desestimado. La doctrina de esta Sala en casos análogos ha sido sintetizada por los autos de 21 Ene. 2000 (recurso de casación 11764/1988) y 18 Feb. 2000 (recurso de casación 4327/1988), con cita de otras resoluciones precedentes, y recordada en la reciente sentencia de 17 May. 2002 (LA LEY JURIS. 5737/2002) en los siguientes términos, que figuran en el primero de aquéllos:

«[...] Examinado el presente motivo, lo primero que se advierte es que la técnica procesal empleada es impropia de un recurso extraordinario como el de casación. En efecto, pues no se cita el motivo casacional al amparo del cual se formula el mismo, limitándose a citar el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que por lo tanto se cumplan los requisitos de orden formal que impone el artículo 99.1 de la Ley Jurisdiccional, esto es, que el escrito de interposición debe expresar "razonadamente el motivo o motivos en que se ampara", motivo o motivos que han de hallarse comprendidos en alguno de los supuestos que se contienen en el artículo 95.1 del propio texto legal, pues al ser la casación un recurso extraordinario sólo cabe en virtud de los motivos tasados que la Ley establece.

A lo anterior no obsta la cita del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial realizada por el recurrente al inicio de su escrito, pues la misma no suple la obligada expresión en el escrito de interposición del recurso --artículo 99.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del motivo o motivos del artículo 95.1, toda vez que aquél no tiene otro alcance, a los efectos que aquí interesan, que proclamar el valor normativo directo de los preceptos constitucionales y por ende que su infracción es suficiente para fundamentar el recurso de casación --en los casos en que, según la ley, proceda dicho recurso-- lo que no significa que el recurrente quede excusado de la carga legal de encajar la vulneración de las normas constitucionales aducidas en alguno de los motivos legales que configuran el recurso de casación..»

DECIMOTERCERO. Al margen de ello, el motivo séptimo debía ser, en todo caso, desestimado. La parte recurrente afirma, a este respecto, que la interpretación de las normas comunitarias está «reservada» al Tribunal de Justicia de las Comunidades y añade que, «cuando de interpretar el derecho comunitario se trata, el órgano jurisdiccional nacional carece de competencia por expresa disposición del Tratado de Roma». Afirmaciones una y otra que no podemos compartir.

En efecto, el Tribunal de Justicia tiene como atribución la de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado. Ello no implica, sin embargo, que sea el único órgano jurisdiccional que pueda interpretar el derecho comunitario y que, por tanto, tenga «reservada» en exclusiva esta función hermenéutica. En ella cooperan todos los órganos judiciales de los Estados miembros, que legítimamente pueden y deben no sólo interpretarlo sino, en su caso, garantizar a quienes sean parte en los correspondientes litigios los derechos que para ellos derivan de las normas comunitarias.

Es cierto que, para hacer uniforme la aplicación de aquel ordenamiento y asegurar que su interpretación no resulte errónea, se faculta en unos casos, o se obliga en otros, a los órganos judiciales nacionales a que hagan uso del mecanismo de reenvío prejudicial previsto en el artículo 177 del Tratado CE, de modo que el Tribunal de Justicia se pronuncie, con alcance general para todos los Estados miembros, sobre la interpretación que se la haya solicitado.

Si no hay vulneración del artículo 177 del Tratado CEE, por las razones antes expuestas, tampoco cabe plantear la posibilidad de que se infrinja el artículo 24.2 de la Constitución por el mero hecho de que un tribunal que no decide en última instancia deje de plantear una cuestión prejudicial. Sólo si aquella vulneración se hubiera producido tendría sentido analizar si la omisión del reenvío prejudicial de interpretación infringe, a la vez y además, el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley, cuestión sobre la que no es éste el momento de hacer otras consideraciones adicionales.

DECIMOCUARTO. Procede, pues, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 102.3 de la precedente Ley Jurisdiccional.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 3971/1996, interpuesto por «Cenargo España, S.L.», contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 23 Ene. 1996, recaída en el recurso número 2349/1994. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos mandamos y firmamos:

Fernando Ledesma Bartret.--Oscar González González.--Segundo Menéndez Pérez.--Manuel Campos Sánchez-Bordona.--Francisco Trujillo Mamely.--Pablo Lucas Murillo de la Cueva.--Fernando Cid Fontán. Rubricados.

PUBLICACION.

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.