

Derecho europeo, estiba y liberalización: algunas cuestiones clave sobre el conflicto de los estibadores

*European Law, Stowage and Liberalization:
some issues about Stevedores conflict*

Unai BELINTXON MARTIN

Prof. Ayte. Dr. Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra
unai.belintxon@unavarra.es

Fecha de recepción: 27 de abril de 2017.

Fecha de aceptación definitiva: 28 de abril de 2017.

1. CONSIDERACIÓN, DERECHO EUROPEO Y POLÍTICA COMÚN DE TRANSPORTES

La importancia y particularidad del Derecho del transporte marítimo en el seno del comercio nacional e internacional y la necesidad de un servicio portuario de manipulación de mercancías de calidad, dinámico y profesional constituye la pieza angular de este análisis que pretende, desde un enfoque internacional/europeo, valorar algunas cuestiones jurídicamente relevantes que acaecen en el ejercicio real de la actividad de

transportar y de sus operaciones conexas, que requieren en España de una nueva regulación normativa para su adecuación al Derecho europeo.

El marco normativo aplicable a las operaciones de carga y descarga, estiba y desestiba de las mercancías en el ámbito del transporte marítimo en la Unión Europea (UE); el acceso a la profesión de estibador, y las peculiaridades jurídico administrativas y laborales todavía hoy existentes España en la prestación de servicios portuarios de manipulación de mercancías, por inexistentes en el ámbito comparado europeo y en otros sectores o actividades profesionales nacionales, exige un examen exhaustivo con la finalidad de analizar la incidencia del Derecho europeo y de la jurisprudencia europea en un sector históricamente revestido de un proteccionismo del que no han gozado otras actividades profesionales privadas debido precisamente a la necesidad de un óptimo servicio portuario de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general.

En efecto, la problemática específica que aflora en este sector clave para el transporte marítimo nacional e internacional en relación a la obligación de adecuar la normativa interna a las normas europeas deriva de la constante y continua interacción de los distintos bloques normativos públicos y privados en presencia en territorio europeo (Derecho internacional, Derecho europeo y Derecho nacional).

La diversidad de aproximaciones que el Derecho del transporte marítimo y las operaciones conexas admiten en lo perteneciente a su objeto de estudio y análisis¹ exige una previa labor delimitadora que advierta la incidencia en el Derecho privado concerniente a nuestra disciplina, de las cuestiones de Derecho público que imperiosamente tendrán que ser arremetidas en esta reflexión con el propósito de ofrecer una respuesta analítica conforme a las características propias del Derecho europeo e internacional actual, caracterizado por un acopio atributivo del tráfico privado externo y por una sugerente especialización por sectores².

Las operaciones de carga y descarga, estiba y desestiba de las mercancías son indispensables para el desplazamiento de éstas, y requieren de una rápida, profesional y ordenada ejecución acometida por trabajadores con los requisitos de capacitación preceptivos debido a su importancia nuclear para un correcto desarrollo del transporte marítimo. Téngase en cuenta que una inadecuada ejecución de estas actividades

1. Sobre el particular: PICHARD, M. 2012: «L'évolution de la norme dans les transports». En Laurence Peru-Pirotte, Bénédicte Dupont-Legrand y Christie Landsweerdt (dirs.): *Le Droit du transport dans tous ses états: réalités, enjeux et perspectives nationales, internationales et européennes*. Bruselas: Larcier, 17-48.

2. En este sentido es clave la reflexión de: GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. 2003: «Diversificación, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé». *R. des C*, 2003, t. 287: 156 y ss. Puede verse de igual forma: ÁLVAREZ RUBIO, J. J. 2011: *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención; Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*. Pamplona: Aranzadi, 13-32.

puede acabar generando retrasos y daños en las mercancías a transportar y ante los cuales deberán responder los sujetos obligados contractualmente a su ejecución³.

La reciente Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación marítima española viene a recoger⁴, entre otras cuestiones, una definición de las actividades de manipulación portuaria en su artículo 329⁵ y las operaciones que pueden quedar incardinadas en esta actividad económica y entre las que se encuentran la carga, descarga, estiba y desestiba a bordo de los buques de mercancías, así como su recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o almacenes portuarios, y las de transporte intraportuario (artículo 330.1)⁶.

El desarrollo actual del transporte, la logística, las operaciones de carga y descarga, estiba y desestiba, la relación entre los diversos sistemas de transporte, además de la coexistencia en el sector de perspectivas jurídicas diferenciadas (Derecho público y Derecho privado)⁷, convierte cualquier operación directa o indirectamente relacionada con la ejecución de un servicio de transporte de estas características en una actividad cuando menos jurídicamente compleja.

Asimismo, debe atenderse a la profesionalización que ha experimentado el sector de la manipulación de las mercancías mediante novedosos sistemas tecnológicos que han permitido el nacimiento y estructuración de un sistema empresarial complejo en el que coexisten operadores logísticos, plataformas, distribuidores de mercancías, almacenaje, centros de distribución, centros de operaciones que centralizan salidas y entradas y operaciones conexas al servicio de transporte.

Tampoco cabe obviar que la pluralidad legislativa de la UE con la coexistencia de diferentes ordenamientos jurídicos nacionales hace de la consecución de cualquier política común, un verdadero reto jurídico, económico y político. Todo ello con

3. LÓPEZ RUEDA, F. C. 2005: *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 63-74.

4. BOE núm. 180 de 25 de julio de 2014.

5. «Artículo 329. Concepto y régimen aplicable: 1. Por el contrato de manipulación portuaria un operador se compromete, a cambio de un precio, a realizar todas o alguna de las operaciones de manipulación de las mercancías en puerto previstas en esta ley u otras de similar naturaleza. 2. El régimen de responsabilidad del operador por pérdidas, daño o retraso en la entrega de las mercancías establecido en este capítulo no podrá ser modificado contractualmente en perjuicio del contratante del servicio».

6. «Artículo 330.1: El contrato de manipulación portuaria de mercancías puede incluir las operaciones de carga, descarga, estiba y desestiba a bordo de los buques, así como las de recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o almacenes portuarios, y las de transporte intraportuario. Igualmente, podrá incluir las operaciones materiales similares o conexas a las anteriores. Todas ellas se ejecutarán de conformidad con la normativa vigente que les sea de aplicación».

7. Puede verse en este aspecto sobre la importancia del Derecho público la intervención administrativa en cualquier modalidad dentro del sector del transporte: AGOUÉS MENDIZABAL, C. 2011: «La intervención administrativa en el transporte por carretera». *RDT*, 2011, n.º 7: 51-59.

independencia a su vez de que algunos de los diversos Estados miembro de la Unión estén caracterizados igualmente por una diversidad de sistemas legislativos territoriales como es el caso español⁸.

La nota de internacionalidad del Derecho del transporte marítimo y la tendencia hacia su uniformidad normativa internacional delimitada hoy por la europeización del Derecho privado y público iniciada con el Tratado de Ámsterdam⁹, consolidada y reforzada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, así como la proyección o dimensión externa de este proceso¹⁰, reflejan claramente una problemática específica en territorio europeo debido a la citada coexistencia de bloques normativos diferenciados (estatal o interno, europeo e internacional/convencional)¹¹.

Esta diversidad de fuentes normativas coexistentes es uno de los rasgos característicos del Derecho del transporte marítimo y de las operaciones conexas como la carga y descarga, estiba y desestiba de las mercancías a transportar¹². Esto requiere del legislador nacional, europeo e internacional un ejercicio de prospección futura que permita simplificar, adecuar y armonizar mediante nuevas alternativas de producción normativa, la difícil tarea de coordinar el esfuerzo codificador en este preciso sector del Derecho. En este aspecto, es imprescindible subrayar el deseo intrínseco de las instituciones europeas por rescatar y/o perfilar competencias como la concerniente a los transportes no desarrolladas mediante una actitud de inacción legislativa excesivamente dilatada en el tiempo.

No obstante, y a pesar de que deviene coherente por parte de la UE reclamar mayores facultades en materia de transporte, existe una negativa de los Estados miembros a ceder mayor competencia en un sector clave que demanda una política común de transportes efectiva y definitiva. Fiel reflejo de las reticencias expuestas son las

8. Sobre dicha particularidad, véase entre otros aunque para cuestiones de conflictos internos: IRIARTE ÁNGEL, J. L. 2007: «Propiedad y Derecho internacional». En *Los conflictos internos en el sistema español*. Fundación Registral (Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), 133-163.

9. Sobre este particular *vid.* CALVO CARAVACA, A. L. 2003: «El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea». *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 2003, n.º 21: 49-69.

10. Véase BORRAS, A. 2002: «La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro». En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*. Vitoria-Gasteiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 285-318; GUZMÁN ZAPATER, M. 2010: «Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?». *La Ley*, 2010, n.º 7479: 713 y ss.

11. En este sentido *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. 2009: «La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales». *RES*, 2009, n.º 140: 600 y ss.

12. En relación a la diversidad de fuentes y la tendencia actual hacia la armonización de las normas aplicables al sector del Derecho del transporte, puede verse, entre otros: BON GARCIN, I.; BERNADET, M. y REINHARD, I. 2010: *Droit des transports*. Paris: Dalloz, 2 y ss.

todavía barreras jurídico-administrativas y laborales nacionales que perviven en la actualidad y merman las garantías de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, y la libertad de establecimiento con o sin discriminación directa o indirecta por razón de la nacionalidad a aquellos no nacionales de un Estado miembro pero sí nacionales y residentes en otro Estado miembro de la UE¹³, y deben ser superadas para favorecer una libre prestación de servicios en el sector del transporte y en sus actividades conexas.

El desarrollo del Derecho europeo por parte de las instituciones de la UE y la jurisprudencia del TJUE muestran una incidencia significativa en la política común de transportes europea, evolucionando hacia una progresiva armonización material y, a su vez, incidiendo en el reparto competencial entre la UE y los Estados miembros tanto en el plano interno como en el internacional. Merece así una atención especial el citado deseo intrínseco y coherente de la UE por reclamar mayores facultades en materia de transporte y en la ejecución de las actividades conexas como la prestación de servicios portuarios de manipulación de mercancías, a pesar de la actitud de rechazo que muestran abiertamente algunos de los países de la UE en favor de articular una política de transportes común, efectiva y definitiva¹⁴.

En efecto, debemos ser conscientes de que la evolución de una política común de transportes europea y sus operaciones conexas queda condicionada por lo dispuesto en los Tratados de la UE en vigor. En especial, por las premisas recogidas en el Tratado de la Unión Europea¹⁵; el Tratado de Lisboa del año 2007¹⁶, y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁷ sobre el respeto y la necesidad de garantizar un espacio de libertad¹⁸, seguridad y justicia¹⁹, la no discriminación por razón de la nacionalidad²⁰,

13. Sobre la necesidad de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia, véanse las consideraciones vertidas por DE MIGUEL ASENSIO, P. A. 1998: «La evolución del Derecho Internacional Privado Comunitario en el Tratado de Ámsterdam». *REDI*, 1998, vol. L, n.º 1: 373-376.

14. Sobre política común de transportes y su aplicación en España, entre otros autores: GUZMÁN GÓMEZ, M. A. 1984: «La aplicación en España de la política común de transportes». *DA*, 1984, n.º 201: 675-706.

15. *DOUE* n.º C 340 de 10 de noviembre de 1997.

16. *DOUE* n.º C 306/01 de 17 de diciembre de 2007.

17. *DOUE* n.º C 83/49, de 30 de marzo de 2010.

18. Artículo 67.1 TFUE (antiguo art. 61 TCE): «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros».

19. Fernández Rozas, J. C. 2004: «El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea». D-195: *La Ley*, 2004: 16.

20. Artículo 18 TFUE (antiguo art. 12 TCE): «En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al

la real y efectiva garantía a libre circulación de personas, servicios, mercancías, capitales²¹, y la libertad de establecimiento.

Como puede apreciarse exponemos una sucesión de conflictos existentes en un sector complejo, el del transporte marítimo nacional e internacional y sus operaciones conexas, que reclama un adecuado desarrollo de la ejecución de esta singular actividad comercial por parte del operador jurídico empresarial y espera de las autoridades estatales la culminación del inacabado proceso de liberalización del sector. Téngase en cuenta que precisamente una de las conclusiones más importantes que se tomaron en el *Consejo Europeo de Tampere* para el logro y la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia venía a recoger y precisar que en un verdadero Espacio Europeo de Justicia no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a personas y empresas ejercer sus derechos o los disuada de ejercerlos²².

Sin lugar a dudas las instituciones europeas se encuentran actualmente en una encrucijada que requiere de ciertas decisiones que permitan una mayor integración y el fortalecimiento de las bases de un proyecto común que se inició ya hace 60 años con el Tratado de Roma de 1957²³ y que por momentos se ha observado incapaz de atajar las negativas de los distintos Estados miembros a ceder mayor competencia en sectores clave, que, como el transporte y sus operaciones conexas de carga/descarga y estiba/desestiba, requieren de amplios acuerdos de consenso que se proyecten sobre paquetes normativos²⁴ que desplacen y atajen la discriminación por razón de la nacionalidad de la empresas y profesionales del sector y, en consecuencia, la discriminación entre ciudadanos de la UE.

Cabe reseñar que un sistema óptimo del transporte, y un profesional y eficaz servicio portuario de manipulación de mercancías, permite vertebrar un país (o una sociedad de naciones) y su funcionamiento, potenciando la movilidad de personas, de empresas y mercancías garantizando el desarrollo del modelo productivo y la ampliación

procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones».

21. Artículo 26 TFUE (antiguo art. 14 TCE): «El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados».

22. En relación a la necesidad de establecer de forma progresiva un espacio de libertad, seguridad y justicia, pueden verse las consideraciones expuestas por DE MIGUEL ASENSIO, P. 1998: «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam». *REDI*, 1998, vol. L, n.º 1: 373-376.

23. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. 2017: «El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración». *La Ley: Unión Europea*, 2017, 46: 1-8.

24. En cuanto a la diversidad de fuentes y la tendencia actual hacia la armonización de las normas europeas aplicables al sector del Derecho del transporte, véase entre otros: BON GARCIN, I.; BERNADET, M. y REINHARD, I.: *op. cit.*, nota 12.

de mercados²⁵. Además de esto, permite también consolidar las estructuras territoriales. En efecto, la regulación del transporte y su política común en la UE requiere que las instituciones europeas garanticen, por un lado, el interés general y la libre circulación, prestación de servicios y libertad de establecimiento y, por otro, eviten la fragmentación del mercado interior e internacional del transporte y sus operaciones conexas impidiendo que los Estados miembros aprueben medidas jurídicas unilaterales²⁶ que obstaculicen e incidan directamente sobre el grado de apertura del mercado europeo²⁷ discriminando a las empresas y a los trabajadores no nacionales, pero sí europeos, frente a los autóctonos.

2. LA STJUE (ASUNTO C-576/13) DE 11 DE DICIEMBRE DE 2014 Y LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR DE LA ESTIBA

La STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13 (Comisión Europea vs. Reino de España), es en ciertos aspectos clarificadora en relación al transporte por mar²⁸ y a los servicios portuarios de manipulación de mercancías consistentes en la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el transbordo de mercancías ejecutados en los puertos de interés general españoles. Esta decisión de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia aporta algunos criterios hermenéuticos de cierta transcendencia en su proyección sobre el artículo 49 del TFUE²⁹, en relación con las normas de aplicación

25. En relación al fundamental papel del transporte por carretera para nuestra economía, nuestra sociedad y desarrollo interior, entre otros estudios puede verse: PIÑALES LEAL, F. J. 1993: *Régimen Jurídico del transporte por carretera*. Madrid: Marcial Pons, 32-43.

26. Respecto a la supresión de las barreras nacionales que condicionan el comercio internacional y la discriminación por razón de la nacionalidad en la actividad comercial puede verse FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. 2010: *Sistema de Derecho económico internacional*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 55 y ss.

27. Respecto a la europeización del Derecho privado y la evolución jurídica en el espacio europeo del Derecho internacional hacia la integración, puede verse el estudio: DE MIGUEL ASENSIO, P. A. 1997: «Integración Europea y Derecho Internacional Privado». *RDCE*, 1997, vol. 2: 413-445.

28. STJUE de 11 de diciembre de 2014, Asunto C-576/13. Curia.

29. Artículo 49 TFUE: «En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales».

al sector en el ordenamiento jurídico español [Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM)³⁰ y la Ley 27/1992 de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante³¹] y la necesidad de corregir la vulneración por estas últimas de las normas y el ordenamiento jurídico europeo en vigor.

La sentencia resuelve el recurso interpuesto por la Comisión Europea frente al Reino de España y que tiene por objeto dilucidar si este último ha incumplido las obligaciones impuestas por el artículo 49 del TFUE al obligar con carácter general a las empresas estibadoras que operan en los puertos de interés general españoles a inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) y, además, no permitirles recurrir al mercado para contratar su propio personal de forma permanente o temporal a menos que los trabajadores propuestos por la SAGEP no sean idóneos o sean insuficientes.

La decisión del Tribunal de Justicia permite abordar el estudio de algunos de los aspectos más complejos del marco normativo español aplicable a las prestaciones de servicios en los puertos estatales incluidas en la competencia exclusiva de la Administración General del Estado, que ejerce el Ministerio de Fomento por medio de un sistema portuario público que queda integrado por los puertos del Estado de interés general y las autoridades portuarias, según se desprende del artículo 149.1.20 de la CE y del artículo 11.1 del TRLPEMM, así como la interacción de este bloque normativo con las normas europeas que afectan de forma directa al sector en el seno de la UE. De esta manera, y en relación a la cuestión en controversia, es necesario advertir nuevamente que este es un sector complejo donde confluyen, además de diferentes y contrapuestos intereses, una pluralidad de bloques normativos aplicables que evidencian un enmarañado andamiaje normativo³².

Desde luego, según se desprende del TRLPEMM el servicio de manipulación de mercancías que consiste en la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el transbordo de mercancías es un servicio portuario. No obstante, la Ley a pesar

30. BOE núm. 253 de 20 de octubre de 2011. Una Ley de Puertos del Estado que supone una refundición de la pluralidad de disposiciones legales dispersas que normativizaban las materias portuarias y de la marina mercante entre las que se incluyen: la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general y la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la citada Ley 48/2003 y por medio de la que se deroga el Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques.

31. BOE núm. 283 de 25 de noviembre de 1992.

32. Sobre la relación entre los diversos bloques normativos aplicables y el complejo andamiaje normativo existente en el sector marítimo por ÁLVAREZ RUBIO, J. J. 1993: *Los Foros de competencia Judicial internacional en materia marítima (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*. Bilbao: Departamento de Transportes y Obras Públicas del Gobierno Vasco, 29 y ss.

de recoger que la prestación de dichos servicios debe llevarse a cabo por iniciativa privada y por el principio de libre concurrencia e insinuar la liberalización del sector, mantiene cierta limitación en el acceso a dicha actividad imponiendo, por un lado, la obligación de obtener una licencia habilitante por parte de las empresas que deseen prestar el servicio portuario y, por otro, la obligación de integrarse como partícipes en el capital de la SAGEP.

Además de lo expuesto, la Ley recoge los requisitos de cualificación profesional exigidos a los operarios. También debe subrayarse que la regulación de los tipos de regímenes laborales aplicables a los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías recogidos en la Ley es dual y tiene ciertos condicionantes. La primera opción es establecer con la SAGEP una relación laboral especial mediante contratos de corta duración de trabajadores (art. 2.1.h del TRLET). La segunda alternativa es realizar directamente, por parte de los titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías pertenecientes a la SAGEP, ofertas nominativas o innominadas a los propios trabajadores de la SAGEP. Finalmente, cabe advertir que de no existir en la SAGEP el personal adecuado o suficiente, o en el caso de ser rechazadas las ofertas por los trabajadores, las contrataciones pueden realizarse mediante una contratación libre por parte de las empresas prestatarias del servicio.

Ante esta tesitura la Comisión Europea sostiene que, a pesar de no ser directa o indirectamente discriminatorio, el régimen normativo en vigor para la prestación del citado servicio constituye una restricción a la libertad de establecimiento, es contrario a lo advertido por el artículo 49 del TFUE y desvirtúa una política portuaria europea en la que no deben utilizarse las disposiciones sobre contratación de trabajadores portuarios para impedir, mediante la imposición de contrataciones innecesarias a los empresarios, que personas o empresas cualificadas presten dichos servicios. Entiende a su vez la Comisión que el régimen portuario español impone a las empresas estibadoras obligaciones contrarias al Derecho europeo exigiendo la participación de estas mediante recursos financieros en el capital de la SAGEP y la contratación de un número mínimo de trabajadores de la SAGEP de forma permanente mediante un pago que posibilita el acceso a dichos trabajadores. Lo que en definitiva supone que el régimen portuario español impide a las empresas estibadoras seleccionar de una forma libre a su personal y mantenerlo en plantilla obligándoseles en muchas ocasiones a contratar un personal no necesario.

La primera conclusión que cabe inferir de la interpretación realizada en la sentencia por el Tribunal de Justicia sobre la existencia de una restricción a efectos del artículo 49 del TFUE es que el artículo 49 del TFUE (que cabría incluso relacionarlo, aunque no se hace referencia en la sentencia, con el artículo 4.3 del TUE)³³ se opone a una norma

33. Artículo 4.3 del TUE: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas

nacional que aun aplicándose sin discriminación alguna por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o haga menos atractivo a los nacionales de la UE el ejercicio de la libertad de establecimiento garantizada por el TFUE.

Así el Tribunal interpreta que esto se infringe, a pesar de que las obligaciones que impone el régimen portuario español se aplican de modo idéntico tanto a los operadores establecidos en España como a aquellos que provienen de otros Estados miembros, debido a que tales obligaciones pueden tener como resultado impedir a los operadores extranjeros pero nacionales de un Estado miembro de la UE establecerse en los puertos españoles de interés general para desarrollar la actividad de manipulación de mercancías. En efecto, tales obligaciones compelen a las empresas estibadoras extranjeras a llevar a cabo una adaptación que puede tener consecuencias financieras y producir perturbaciones en su funcionamiento que disuadan a las empresas de otros Estados miembros de establecerse en los puertos españoles de interés general constituyendo todo ello una restricción a la libertad de establecimiento garantizada mediante el artículo 49 del TFUE.

En cuanto a los argumentos sobre la justificación de la restricción ofrecidos por España, si bien es cierto que el Tribunal entiende que las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de la nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general (garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio, por un lado, y garantizar la protección de los trabajadores y su empleo, por otro), y siempre limitadas a garantizar o alcanzar dicho objetivo, también es cierto que dichas restricciones deben ajustarse a un criterio o principio de proporcionalidad que debe proyectarse mediante normas o medidas lo menos rigurosas, en cuanto a restrictivas, posibles a pesar de encontrarnos ante una actividad esencial de un servicio público.

En efecto, el Tribunal declara que los Estados miembros pueden perseguir legítimamente el garantizar tales objetivos, con el único condicionante de que el resultado perseguido mediante dichas normas restrictivas no pueda ser alcanzado con normas menos rigurosas.

A nuestro juicio, y así lo entendió tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia, existen otros mecanismos que permiten a las propias empresas estibadoras privadas, pudiendo contratar libremente trabajadores permanente o temporales, gestionar o administrar oficinas de empleo que suministren la mano de obra cualificada y la creación de una reserva de trabajadores como son las agencias de empleo temporal.

de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

Así el Tribunal de Justicia viene a indicar en su fallo expresamente que,

[...] el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribir en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado.

En efecto, a pesar de que el fallo emitido del Tribunal de Justicia consolida la idea de que las restricciones a la libertad de establecimiento aplicables sin discriminación por razón de la nacionalidad pueden estar justificadas por razones de interés general, no es menos cierto que el artículo 49 del TFUE se opone a medidas normativas que constituyan una restricción tal que se proyecte más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar los citados objetivos como son la obligación de inscribirse para las empresas estibadoras en una SAGEP, participar en el capital de esta última en su caso y la obligación de contratar con carácter prioritario un número mínimo de trabajadores de la SAGEP.

3. REAL DECRETO-LEY 4/2017, DE 24 DE FEBRERO, SOBRE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LOS TRABAJADORES PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PORTUARIO DE MANIPULACIÓN DE MERCANCÍAS

El Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, sobre modificación del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías³⁴ que pretendía articular el cumplimiento de lo dictaminado por el TJUE en su sentencia de 11 de diciembre de 2014 ha generado, sin duda, un conflicto político, económico, social, sindical y empresarial que requiere una solución rápida y equilibrada.

El nuevo instrumento legal representaba sin duda, y pese a puntuales soluciones normativas susceptibles de crítica desde nuestra perspectiva de análisis, un avance significativo hacia la adecuación obligada de lo exigido por el TJUE mediante su jurisprudencia, al dotar al ordenamiento jurídico interno español de un marco normativo que pretendía fomentar una mayor seguridad jurídica y previsibilidad en el mercado interior. No obstante, ante los hechos acontecidos parece que habrá que esperar a

34. BOE núm. 48 de 25 de febrero de 2017. Derogado BOE núm. 71 de 24 de marzo de 2017.

un mayor consenso político para que definitivamente se haga efectiva la aplicación de la sentencia dictada por el TJUE, mientras tanto parece estamos abocados al incumplimiento de lo dictado por la máxima instancia judicial de la UE y a las repercusiones económicas que genera la incapacidad para lograr el citado consenso. Así, además de perder negocio y la supresión de escalas en nuestros puertos por parte de ciertas navieras, deberemos abonar la sanción económica que corresponda por el incumplimiento.

Dicho esto, merece la pena analizar un Real Decreto-ley que será, con toda probabilidad, el germen del texto definitivo que con algunas modificaciones permitirá cumplir con la resolución del TJUE. La primera conclusión que cabe inferir del contenido normativo de la malograda regulación es que el resultado final del texto se adecúa, en parte, a lo exigido por la Justicia Europea en relación al artículo 49 del TFUE y la supresión de las imposiciones exigidas a las empresas que desearan desarrollar la actividad de manipulación de mercancías (participación en la SAGEB y el carácter prioritario en la contratación laboral de los trabajadores de la SAGEB con reserva para algunos de ellos de unas condiciones contractuales que pivotaban sobre una base permanente). En especial, el texto normativo aboga por adecuar el régimen anterior perfilando alguna de las posibilidades que insinúa el TJUE en su sentencia respecto a la fórmula a utilizar (1. Que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores, o 2. La posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras), y que culmina con la creación de los centros portuarios de empleo (CPE) regulados en el artículo 4 del Real Decreto-ley y advertidos ya en el cardinal III de la exposición de motivos de la norma.

Pese a esta valoración positiva global, no cabe obviar que por momentos el redactor de la nueva norma parece olvidar la referencia al Derecho europeo, los principios que inspiraron las políticas comunes europeas y lo dictaminado por el TJUE mediante su jurisprudencia. En efecto, el TJUE reconoce que la protección de los trabajadores³⁵ y la seguridad de las aguas portuarias³⁶ figuran entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar restricciones a la libertad de establecimiento, pero les impone un límite: «que el mismo resultado que se persigue con la normativa en cuestión no pueda conseguirse mediante normas menos rigurosas», y desde luego comparte la necesidad de que los profesionales del sector dispongan de una capacitación profesional adecuada para el desempeño de sus tareas tal y como se exige para otros sectores.

35. STJUE de 11 de diciembre de 2007, Asunto C-438/05. Apartado 77. Curia.

36. STJUE de 17 de marzo de 2011, Asuntos acumulados C-128/10 y C-129/10. Curia.

La nueva norma parece no advertir en varios apartados el transcendental protagonismo que ostenta el bloque normativo europeo para este particular sector comercial y la obligación de cumplir lo dictaminado por la Justicia Europea, o por lo menos intenta, sin mucho éxito, disfrazar/edulcorar el obligado cambio normativo de una cuestión consensuada entre iguales al indicar en la segunda frase del cardinal III de la exposición de motivos que «En el articulado se explicita la ratio legis que anima al cambio normativo, dirigida al cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto 576/13; y se sienta el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías [...]»

Por otro lado, se entiende, pero no se ajusta a lo dispuesto por la STJUE el régimen/proceso transitorio de tres años para permitir el tránsito ordenado de un régimen a otro facilitando que los trabajadores de las SAGEP conserven sus derechos laborales preexistentes en el nuevo escenario de libertad competitiva, mediante la imposición a las empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías de requerir el concurso de los trabajadores procedentes de la SAGEP en un porcentaje decreciente con el transcurso del tiempo, que comienza con un 75% para el primer año, un 50% durante el segundo año y termina con un 25% el tercer año para las actividades que hasta el momento se venían realizando con dicho personal (cardinal II de la exposición de motivos y Disposición transitoria segunda), cuando otros sectores del transporte, menos impulsados por las instituciones, pero que representan el mayor índice de porcentaje de transportes de mercancías en la UE, han carecido históricamente de medidas de este tipo.

Es evidente que, en los inicios de la andadura de una política común de transportes en donde quedan incardinadas las operaciones conexas, la organización del mercado requiere cierto grado de intervención y protección para superar los inconvenientes prácticos derivados de unas nuevas circunstancias jurídico-políticas y garantizar con ello el interés general.

Téngase en cuenta que en los debates previos a la publicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 referente al mercado interior (conocida como la Directiva Bolkenstein) ya se observó la pluralidad de intereses existentes entre los diferentes Estados de la UE en materia de libre prestación de servicios de transporte y sus operaciones conexas³⁷. En efecto, el texto inicialmente propuesto, que difería de manera notable del proyecto que finalmente se publicó y entró en vigor, se inició con un objetivo manifiesto que no se consiguió: estrechar la conexión y afinidad entre los distintos países y pueblos de Europa para garantizar el progreso social y económico.

37. Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. *DOUE* 27/12/2006 L 376/36.

Dicho plan original comprendía un mercado interior sin fronteras que asegurase la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento, mediante la supresión de todas las barreras y obstáculos al libre ejercicio de las actividades de servicios entre Estados miembros como medio para garantizar la integración entre los pueblos europeos y favorecer un florecimiento económico y social progresivo, igualitario y sostenible, a la vez que un elevado nivel de competitividad, calidad de vida y solidaridad entre los Países miembros. Cuestión que como es evidente hoy todavía no se ha logrado en todos los sectores y que requiere de un mayor esfuerzo de las instituciones europeas y las autoridades y administraciones estatales de cara a fortalecer el proyecto común europeo.