

## COMPETITIVIDAD, EMPRESA FLEXIBLE Y ESTIBA EN LOS MUELLES: ¿QUÉ SÍ EXIGE Y QUÉ NO LA COMISIÓN «POR BOCA» DEL TJUE?

La **STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13** y el **fallido RDL 4/2017, de 24 de febrero**, por el que se modifica el régimen de los estibadores portuarios

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático. Universidad de Jaén*

*Tú no lo entiendes. Yo podría haber tenido clase; podría haber aspirado al título. Yo hubiera podido ser alguien, en vez de un vago, que es lo que soy; aceptémoslo.*

**Terry Malloy** (Marlon Brando)

*La ley del silencio (1954)*

### 1. MARCO NORMATIVO: ¿PROTECCIONISMO ESPAÑOL VS. LIBERALISMO EUROPEO?

#### 1.1. Liberalismo económico, proteccionismo laboral e interés general en la pugna por la regulación del trabajo portuario: ¿Autoridad versus diálogo?

El 16 de febrero de 2017, en la reactivada pugna –comenzó en 2011– entre el Gobierno español y el europeo (Comisión), a cuenta de la liberalización del trabajo de estiba (carga y descarga) en el sistema portuario español, un portavoz comunitario dijo, a fin de favorecer la acción gubernamental nacional en tal dirección: «Ambas partes comparten el interés común de un sistema laboral portuario que garantice la competitividad de los puertos españoles y ofrezca un nivel adecuado de protección a los trabajadores». Por si no había quedado todo lo claro «a navegantes» que quiso ser, el portavoz comunitario apostilló:

*«Estoy seguro de que a las autoridades españolas no les gustaría presentar una ley que no es compatible con la legislación comunitaria»<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> Para estas declaraciones, *vid.* el artículo periodístico «[Bruselas presiona a España para que cumpla la sentencia](#)», en *elpais.com* (Economía, 16 de febrero de 2017).

Desde luego que «las autoridades españolas» lo entendieron. El día 25 de febrero, las páginas del BOE publicaban el [Real Decreto-Ley 4/2017, de 24 de febrero](#), con un nombre tan largo como inquietante: *por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052)*. Evidente su extensión, ¿por qué inquietante? Primero porque dice obedecer a una condena comunitaria que se remonta a más de dos años atrás, por lo que daría qué pensar sobre la validez de la normativa hasta ahora «vigente» contraria a Derecho de la Unión. Segundo, porque, tras tanto tiempo, sorprende que se haga por autoridad unilateral del Gobierno («real decreto-ley»), y no a través de una ley tramitada en el Parlamento. Tercero, porque si no obedece a la «voluntad nacional» sino —como el Gobierno quiere hacernos creer, de forma sesgada— a la palabra estricta del nuevo *praetor imperator*, el TJUE, ¿qué se podría hacer ante tan «dura» palabra si no acatarla, so pena de una rebeldía tan costosa como abocada a la melancolía del esfuerzo baldío (ORTEGA y GASSET)?

Pero, salvo el Gobierno —y la patronal—, pareciera que nadie más en España se ha dado por enterado, unos —sindicatos, en especial el corporativo (la Coordinadora de los Trabajadores del Mar)— presionando a tal fin, y otros —Oposición política— [dejando caer el RDL 4/2017](#), con lo que se volvería al viejo y proteccionista modelo, contrario a las libertades económicas. Ajeno a todo comentario político, mi interés es puramente jurídico y se centra en desvelar qué dice, real y seriamente, la sentencia comunitaria, y qué no dice, aunque el Gobierno se empeñe en «decirnos» que sí lo dice, por la «boca de la Comisión». En consecuencia, se tratará, después y de forma sucinta, de identificar qué margen real hay para un régimen nacional alternativo al absolutamente liberal y desregulador introducido, y ahora decaído, por el RDL 4/2017, que sí permita un cumplimiento adecuado con el alma económica de la norma laboral (libertad de contratación y organización flexible del trabajo portuario para mejorar su competitividad) socialmente condicionado (seguridad razonable en el empleo de los estibadores portuarios, históricamente castigados por la precariedad). Como declaraba otro portavoz comunitario tras el fiasco del RDL 4/2017, España tiene obligación de reformar el sistema de trabajo portuario, sí o sí, porque «*no está en línea con la legislación europea*», además de ser «*una cuestión de (mejora de la) competitividad para los puertos españoles*», pero, añadido yo, sin *dumping* social.

La importancia de esta cuestión a nadie se escapa. Por supuesto, es más importante y serio que insistir con el recurso del miedo a multas millonarias coercitivas (llama la atención que se nos alarme por el pago de 30 millones de multa acumulada, más 134.000 €/día en caso de una segunda sentencia, ya activada<sup>2</sup>, pero se ofrezcan ayudas de Estado por valor de más de 500 millones de euros —despidos, prejubilaciones, indemnizaciones derivadas de novaciones convencionales peyorativas—). A la vista de la doctrina comunitaria, así como de las normas sociales internacionales que rigen esta materia, ¿de verdad no hay más margen en el Derecho de la Unión para el ejercicio, bajo el principio de libertad de apreciación estatal, de un poder regulador socialmente condicionado del necesario modelo de libre competencia?

<sup>2</sup> Una información breve, pero precisa, en el artículo: «[Bruselas dice que es "esencial" que España apruebe la reforma de la estiba](#)», en [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es) (Economía, 17 de marzo de 2017).

## 1.2. El sistema portuario, sector estratégico y defensa del interés general en el «viejo» y ¿«vigente»? modelo nacional: Una relación laboral triangular particular o especial

Para entender lo esencial de nuestro, desfasado, pero no arbitrario, modelo regulador, conviene recordar brevemente los datos del sistema portuario español, pues no solo no viene nunca mal una dosis de sano realismo socio-económico, sino que es imprescindible para una cabal comprensión, completa, no sesgada o escorada de parte, del actual conflicto. Desde tal perspectiva, se recordará que el portuario es un sector estratégico, de ahí la calificación de «puertos de interés general». El 90 % del volumen del comercio se realiza por mar y en nuestro país supone el 20 % del PIB. Ni todas las actividades (servicios) que se prestan en los puertos tienen el mismo relieve (servicios principales: atraque y suministro de buques, estiba portuaria; complementarias: transporte de vehículos nuevos, entrega y recepción de contenedores), ni el mismo régimen de organización del trabajo. Algunos servicios principales son desarrollados de forma directa por la Autoridad Portuaria, otros, como la estiba, por empresas privadas, prioritaria –que no ya exclusivamente, como se dice– de forma indirecta o triangular (Sociedades Anónimas de Gestión de Trabajadores Portuarios –SAGEP–). Por su trascendencia en sí (factor económico), y por la regulación, coherente con aquella (factor normativo), el trabajo de estiba es el más influyente en los costes portuarios: el 55 % del total. Este porcentaje del coste total es superior al que representan los puertos europeos más competitivos (de un 10 a un 20%), y muy superior al de los puertos mediterráneos no europeos más concurrentes con los nuestros (Tánger: sus costes unitarios laborales son cinco veces menores que en España).

España mantiene un particular sistema de contratación, el único en Europa que no estaría abierto a la libertad de contratación *ex* artículo 38 de la [CE](#) –y art. 16 [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión](#)–. Al contrario, las empresas de estiba, además de la obligación de inscripción y participación en el capital de la SAGEP, deben contratar de forma prioritaria –se insiste, no exclusiva– a trabajadores de las mismas –hay 46, una por puerto de interés general– puestos a disposición, a partir de un mínimo de trabajadores fijos (25 %). En consecuencia, junto a la forma predominante de contratación laboral, como *relación especial y triangular (esto es, de gestión indirecta) laboral* (art. 2.1 h) ET), se admite la contratación bajo régimen laboral común (una regulación detallada, más allá de la genérica legislativa, en el art. 9 [IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba](#)). La regulación específica de esta relación laboral triangular especial está en el [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), y más particularmente, sin perjuicio de la afectación de diversos preceptos, en su título VI, capítulo VI (Régimen de gestión de los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías), artículos 142 y siguientes. Precisamente, la [disposición derogatoria del RDL 4/2017](#) suprimía la mayor parte de estos preceptos, que ahora recobran plena vigencia. A otros preceptos del [TRLPEMM](#) les dio nueva redacción, precisamente, a los pocos que dejaba en vigor, que recobran su texto.

En principio, todos parecían ganar con este régimen de mercado cuasi reservado y proteccionista: los trabajadores, seguridad –profesional, económica y de empleo–; las empresas estiba-

doras, disponibilidad horaria máxima –como urge la inmediatez del trabajo portuario–, aunando el ahorro de costes de selección y formación. Sin embargo, en un escenario cada vez más presionado por la competencia internacional, con precios muy a la baja, las desventajas del sistema, que las tiene, aflorarán por encima de las ventajas:

- a) La falta de transparencia del mercado de colocación instaurado en el trabajo portuario. El carácter restringido se torna opacidad en el acceso, instaurándose la convicción de que tal condición contractual depende menos del principio de profesionalidad que exhiben y más del vínculo personal dentro de una saga familiar de estibadores.
- b) El elevado coste de los servicios portuarios emerge como barrera de acceso de nuevos operadores, así como incentivos para que los actuales busquen otros puertos mucho más competitivos, en especial los altos –comparativamente– costes laborales.
- c) La eventual pérdida de productividad. El carácter cerrado de este mercado externo de trabajo generaría automatismos excesivos (niveles retributivos independientes del esfuerzo individual, rotaciones objetivadas de puestos, sin atender particularidades, etc.) que, al limitar el poder de gestión flexible interna, reducirían la productividad.
- d) Garantiza un elevado poder de presión sindical. Esas características –carácter cerrado del acceso, indefinición de los contratos de trabajo, altos salarios, etc.–, elevaría la tasa de afiliación sindical y, por lo tanto, el poder sindical para la conservación del *statu quo*.

### 1.3. Normas internacionales: La libertad de empresa y sus corolarios (establecimiento y prestación de servicios) y mercados nacionales de trabajo portuario

Por encima de cualquier otra cosa, mal que nos pueda pesar a muchos, la Unión sigue siendo un gran proyecto de «mercado interior» (art. 3.3 TUE; art. 26 TFUE), preocupado por la defensa de una «alta competitividad». La doble alma, económica y social, propia de la norma laboral está presente en el Derecho Fundacional de la Unión. Así, el artículo 3.3 del TUE (versión consolidada) institucionaliza la economía social de mercado y el artículo 151 del TFUE consagra como fin propio «la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso». La debida integración de libertades económicas (de empresa *ex* art. 16 Carta comunitaria; de competencia *ex* art. 101 y ss. TFUE; de establecimiento *ex* art. 49 TFUE, etc.) con los derechos laborales (reconocidos en la Carta comunitaria con el mismo valor jurídico que los tratados: art. 6 TFUE), podía haber dado, o podría dar, un resultado distinto (cláusula de sostenibilidad social de la economía competitiva de mercado *ex* art. 9 TFUE). Pero no ha sido así, de momento, por el intenso activismo liberalizador de dos sujetos institucionales.

De un lado, la Comisión Europea, que ha desplegado una política proactiva a favor de la libertad de competencia, en general<sup>3</sup>, y en el sector de servicios portuarios. En este ámbito destaca su «[Comunicación sobre una política portuaria europea](#)», de 18 de octubre de 2007 (informada favorablemente por el Parlamento Europeo –[Resolución de 4 de septiembre de 2008, sobre una política portuaria europea \(2008/2007\[INI\]\)](#)–. Una significativa peculiaridad de esta política –que integraría el llamado *Soft Law* o Derecho (aparentemente) no vinculante– es que obedece al fracaso, por la férrea oposición sindical del sector, acogida por el Parlamento Europeo (*¿déjà vu?*), de una iniciativa de la Comisión (Propuesta de Directiva de 13 de octubre de 2004, sobre el acceso a los mercados de los servicios portuarios).

De otro, será el TJUE el que desplegará un intenso protagonismo en el fomento de la competencia en todos los ámbitos, también en el portuario. Aunque son más conocidas, y criticadas, las sombrías páginas antisociales, en favor de las libertades económicas, escritas en el «bienio negro» (2007-2008) y su «trilogía antisocial» (*Viking*, *Laval* y *Rüffert*), muchos años después mantendrá esa línea de la que, sin ninguna duda, es destacada expresión la [STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13](#). Si se tiene la curiosidad de volver al cuadro *ut supra* expuesto de «desventajas» del modelo se verá con toda nitidez el caldo de cultivo para una intervención liberalizadora: la opacidad del mercado monopolista con alta capacidad para la presión sindical (derechos de autotutela) revelaría –en su construcción mercantilizada– un gran riesgo de obstaculización desproporcionada del mercado interior de servicios.

Una visión mucho más conciliadora entre lo social y lo económico está, en cambio, en el artículo 3 del [Convenio n.º 137 de la OIT](#). No es ocioso recordar aquí su literalidad, por la enorme trascendencia que tiene en el conflicto socio-laboral actual, pues desvelaría un imperativo jurídico que el Gobierno se empeña en negar: un registro de estibadores no solo sí es posible, sino que incluso vendría exigido por el mandato internacional. El primer apartado obliga a «*llevar registros para todas las categorías de trabajadores portuarios, en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales*». Aunque la norma internacional no aclara si es voluntario o no, cerrado o abierto, remitiendo a la regulación nacional, el segundo apartado sí le asocia una preferencia de acceso: «*2. Los trabajadores portuarios registrados deberán tener la prioridad para el trabajo portuario*». El artículo 150.1 del [TRLPEMM](#) la establece. Finalmente, para su apartado 3 «*los trabajadores portuarios registrados deberán manifestar que están disponibles para el trabajo en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales*».

#### 1.4. Nuevo marco normativo liberal para un breve paréntesis temporal: Puntos calientes de un ¿exceso de trasposición liberalizadora?

El fracaso liberalizador del [RDL 4/2017](#) y el retorno –pretendido o real– al viejo modelo no hace inútil conocer mínimamente su contenido. Primero, porque ha tenido vigencia formal para este

<sup>3</sup> *Vid.* la Comunicación de la Comisión, de 20 de abril de 2004, «[Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva](#)» (COM [2004] 293 final).

«paréntesis de trabajo portuario liberalizado». Segundo, y más importante, porque si es cierto que recoge recomendaciones del Derecho Comunitario –aunque no como modelo único posible, pues hay alternativas–, algunas de sus previsiones –como ciertas derogaciones– pueden alentar una eficacia directa de las libertades comunitarias violadas, ensayando una vía no explorada; o, de no ser posible tal eficacia directa, sí favorece al menos una acción de responsabilidad patrimonial del Estado a favor de los particulares. Tercero, porque también es un ejemplo de reforma completamente errada, un modelo de desregulación a no imitar en la reforma liberalizadora que más pronto que tarde habrá.

Brevemente, las claves del régimen propio del «paréntesis liberal» son –eran/serán–:

1. La contratación de trabajadores de estiba portuaria es libre ([art. 2](#)), a través de las diversas modalidades de contratación previstas en el ET con carácter general, sin que hubiese obligación de participar en el capital de las empresas de puesta a disposición ([nueva letra n](#)) [art. 113.4 TRLPEMM](#)).
2. La garantía de profesionalidad del trabajo de estiba portuaria no se hará mediante un registro adicional, sino tan solo a través de la acreditación de titulaciones específicas ([Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre](#), u orden del Ministerio de Fomento que la sustituya), con excepciones ([art. 3](#): acreditar más de 100 jornadas de trabajo en el servicio portuario, régimen de autoprestación *ex* [art. 133.1 TRLPEMM](#)).
3. Creación *ex novo* –pero sin regular– de los –enigmáticos– Centros Portuarios de Empleo (CPE) como ETT especializadas en el sector ([art. 4](#)). Aunque, teórica y socialmente, hubiese sido una buena solución de transición el que estos CPE se conformaran tras el debido proceso de transformación de las SAGEP, el Gobierno prefirió una solución liquidadora ([disp. trans. primera](#)).
4. Despenalización de las cuotas de seguridad social –por contingencias comunes– de los contratos temporales de duración inferiores a siete días ([disp. adic. primera](#)), con lo que –frente a lo que difundió mediáticamente– alentaba el empleo temporal.
5. Periodo transitorio –un año– de adaptación –más bien de barrenado– de los convenios del sector al nuevo modelo de liberalización, con reconocimiento de un derecho singular de rescisión indemnizada por novación convencional perjudicial ([disp. adic. segunda](#)). El coste de esta indemnización (20 días salario/año de servicio), como el de eventuales despidos en la etapa transitoria, iría a cargo de la Autoridad Portuaria. Para evitar vulnerar el Derecho Comunitario relativo a la prohibición de las ayudas de Estado, salvo autorización, particular o por categoría, se difería el pago a la aprobación por la Comisión Europea –[disp. final quinta, apdo. 2](#)–.
6. El periodo transitorio de adaptación –[disp. trans. primera](#)– del modelo monopolista anterior al modelo liberal ya vigente, que se conformaba como una lenta agonía de las SAGEP y su suerte muy incierta (26 de febrero de 2020).

En suma, si bien los puertos son servicios de interés económico general, según el argot comunitario (SIGE) y, por lo tanto, admiten restricciones por razones de interés general, entre ellas

su exclusión del concepto de ayudas del Estado siempre que sean legítimas y pasen el juicio de proporcionalidad, el Gobierno español optó por la lectura liberal radical. Pero no era –es– la única vía y, como demuestra su fracaso, tampoco era la más viable socialmente.

Sin caer en dramatismos interesados de parte<sup>4</sup>, ni en críticas desaforadas, sí queda claro que se trata de una regulación escorada del lado de las libertades económicas, con alto sacrificio de los derechos laborales en el altar de la productividad. Reemerge la cuestión aquí central: ¿obliga realmente la sentencia comunitaria a una reconversión tan costosa desde el lado social para cumplir con el mandato liberalizador de la Unión Europea? Veremos que no.

No obstante, conviene, para evitar ilusiones e ingenuidades extremas, recordar –lo va a hacer con profusión la Comisión y el TJUE en el procedimiento de infracción– que esta situación ya se ha vivido antes en otros países y su experiencia ilustrará bien qué va a ocurrir. El modelo proteccionista ha sido el más difundido, proliferando las regulaciones especiales (defensa del interés general de los puertos y de la seguridad de los trabajadores frente a la precariedad de las precedentes etapas históricas). Este proteccionismo (mercado de trabajo reservado), se conoce con el nombre de «*dock labour scheme*» (régimen de reserva de trabajo en los muelles). Pero tan constante fue este modelo proteccionista como intenso es hoy el afán por convertirlo en pieza de museo de historia jurídico-social, pues la tendencia (caso británico, neerlandés, belga, etc.) es la liberalización («*descasualization of dock labour pools*»)<sup>5</sup> bajo un paradigma de «empresa flexible», esto es, dual (núcleo reducido de trabajadores de la empresa estibadora bien protegido, cualificados, y una periferia flotante de trabajadores externalizados, para hacer frente a las irregularidades o fluctuaciones de este trabajo).

## 2. SÍNTESIS DEL PROCEDIMIENTO POR INFRACCIÓN Y PRIMACÍA DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA HABLA «POR BOCA DE LA COMISIÓN»

Tras numerosos «dimes y diretes», la Comisión solicitó al TJUE que declarara a España en incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 del TFUE. De un lado, por obligar a las empresas estibadoras a integrarse en la «SAGEP» (art. 143.1 TRLPEMM). De otro, por impedir la libertad de recurrir al mercado para contratar su propio personal, permanente o temporal, salvo que los trabajadores propuestos por la SAGEP sean inidóneos o insuficientes (art. 150.1 TRLPEMM).

<sup>4</sup> Uno de los representantes sindicales del sindicato corporativo-profesional (la Coordinadora de los Trabajadores del Mar) concluía, tras la aprobación del nuevo régimen, ahora revertido, solo temporalmente, con gran exageración, digna de algunas de las imágenes de *La ley del silencio*: «Estamos hablando de volver a como estábamos hace veinte años en los puertos, que salíamos a una puerta y el empresario era el que decidía quién trabajaba ese día y quién no. Quién comía y quién no».

<sup>5</sup> Vid. informe del profesor T. NOTTEBOOM: «*Dock labour and port – related employment in the European seaport system. Key factors to port competitiveness and reform*», hecho para la European Sea Ports Organization (ESPO), 2010.

La «rabiosa» actualidad de esta cuestión aconseja sintetizar el debate entre los actores en juego –Comisión, Gobierno español y TJUE– desplegado en el proceso judicial, a fin de saber qué dicen realmente cada uno de ellos, no lo que nos cuentan interesadamente cada uno que dice el otro. Así, sabremos diferenciar lo que «se debe hacer» (mandato del juez *imperator* inexorable, incluso dejando de aplicar la ley nacional vigente, pero inválida) de aquello que «se podría hacer» (opciones reguladoras concedidas a la soberanía nacional). Al respecto, queda muy clara la posición de la Comisión Europea y, como vamos a ver, no coincide exactamente con lo que el Gobierno se afana en presentar como innegociable. Aunque, honesto es decirlo también, su defensa de un modelo fuertemente liberalizado, incluso en detrimento del modelo más socializado de la OIT, es manifiesta. Así se pone de relieve cuando se comprueba que el TJUE quedó completamente persuadido del carácter no discriminatorio, pero sí restrictivo, del régimen portuario español para la libertad de establecimiento. Para el TJUE la doble obligación –la de inscribirse en una SAGEP y la de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha sociedad (así como a un mínimo de tales trabajadores permanentes)–:

«[...] compele a las empresas estibadoras extranjeras a llevar a cabo una adaptación que puede tener consecuencias financieras y producir perturbaciones en su funcionamiento, hasta el punto de disuadir a las empresas de otros Estados miembros de establecerse en los puertos españoles de interés general» (apdo. 37).

Constatada la restricción económica, ¿tiene justificación objetiva y es proporcionada? Sí, para España, por dos razones. Primera: el servicio de estiba portuaria, en cuanto servicio de interés general, está sujeto a obligaciones de servicio público en garantía de su regularidad y calidad (STJUE de 17 de marzo de 2011, C-128/10 y C-129/10). Segunda: garantiza la protección de los trabajadores como razón imperiosa de interés general (STCE de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union*, C-438/05), conforme exige, además, el Convenio 137 de la OIT, sobre el trabajo portuario. No, para la Comisión, que es la que se llevaría finalmente el gato –al TJUE– al agua. La restricción era desproporcionada para lograr ambos objetivos porque la experiencia de otros países evidenciaría medidas menos gravosas. Si otras experiencias europeas ya habían hecho antes ese (doloroso socialmente) tránsito desde el proteccionismo al liberalismo portuario, España también. Para ello ofrecía al Gobierno español una opción (que luego asumirá el TJUE). A saber:

- a) o bien una «gestión directa por las empresas estibadoras de oficinas de empleo para disponer de mano de obra», de modo que dichas empresas «puedan contratar libremente trabajadores permanentes o temporales»;
- b) o bien una gestión indirecta de una reserva de trabajadores a través de empresas privadas que funcionen «como agencias de empleo temporal».

No se contentó con esta desautorización a España de la Comisión. Aún quería incidir más en la llaga, donde más dolía. Si el Estado español –como el sindicato corporativo– exhibe de con-

tinuo la defensa de la profesionalidad del estibador como principal razón de ser del modelo de mercado reservado, para garantizar la calidad y la seguridad del servicio de estiba, la Comisión desairará la regulación legal nacional, descalificándola como «mínimos generales». En suma, la legislación española sería desproporcionada porque no garantiza la eficacia del fin perseguido y, en cambio, sí lo busca con medidas excesivamente restrictivas de la libertad de establecimiento, cuando podría acudir a otras como «que la formación de los trabajadores portuarios sea organizada por entidades públicas o por las propias empresas estibadoras». Se ve, pues, cómo la Comisión no acepta en absoluto lo que tenemos, pero sí abre opciones de diversa índole para introducir un sistema más conforme con la liberalización del servicio.

No finalizará aquí la Comisión con su desautorización de la posición española, que asume plenamente el TJUE –que se limita a hablar aquí por la boca de la Comisión–, sino que le lanzará un mensaje final de quién es el poder regulador realmente dominante en esta materia. En efecto, en tercer lugar, la Comisión recuerda –más bien advierte– a España que ratificar el [Convenio n.º 137](#) no excusa de cumplir con la norma comunitaria. Y para justificar tan tajante afirmación –que más esgrime que razona– acude de nuevo al «método comparado»: si otros regímenes portuarios nacionales cuya legislación se adecúa al artículo 49 del [TFUE](#) han ratificado también el [Convenio n.º 137](#), quiere decir que «la protección de los trabajadores portuarios garantizada por tal Convenio de la OIT es compatible con medidas más liberalizadoras» (apdos. 42-44). Como ya se ha indicado –y en el Editorial se ha explayado más–, esa lectura de absoluta conciliación es discutible, en la medida en que el registro es una pieza esencial del estándar internacional de protección del trabajo portuario.

En cualquier caso, ¿qué alega España para convencer, o al menos intentarlo, al TJUE de que la Comisión está equivocada? Poco y mal. España evidencia su desconfianza –o la abogacía se tomó poco en serio su trabajo– en torno a la legitimidad jurídica del modelo porque, como tantas otras veces, apela a un argumento meramente «práctico», más bien de comodidad: no niega esas alternativas propuestas por la Comisión, pero serían una sobrecarga financiera para las empresas, de un lado, y una compleja labor de reconversión de plantillas, estructuras de empleo, políticas de contratación, de otro. Además, concluye, el resultado final tampoco garantizaría un cumplimiento efectivo del [Convenio n.º 137 de la OIT](#). En suma, para España, no convendría modificar nada porque sería mucho esfuerzo regulador para poca «ganancia».

De este modo, España estaba escribiendo su «derrota jurídica». El TJUE, que no niega ese doble objetivo (económico y laboral) como razón justificadora de restricciones a la libertad de establecimiento, no puede aceptar que, por razones prácticas, se mantenga la medida más rigurosa para la libertad, como sería un monopolio de contratación. El TJUE hace suya la posición de la Comisión y, tras reprobar –nuevo varapalo– que el Gobierno español se limitara solo a criticarla –quizás la abogacía del Estado debería también dar explicaciones de la multa que hemos acumulado–, pero no demostrara la proporcionalidad de las medidas nacionales, le vuelve a recordar –haciendo de boca de la Comisión– que sí hay medidas menos restrictivas. En consecuencia, concluye que la restricción resultante del régimen portuario español «va más allá de lo [...] necesario [...] y [...] no está justificada» (apdo. 56).

### 3. IMPACTO NACIONAL DE LA SENTENCIA: LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN ES UNA OBLIGACIÓN Y EL REGISTRO DE ESTIBADORES, NO VINCULANTE, OPCIÓN LEGAL

#### 3.1. La libre contratación como contenido esencial de la libertad de empresa y su efecto ¿directo? prohibitivo de la obligación de integrarse en las SAGEP

Al margen del intenso conflicto, sindical y político, en el plano jurídico hay unas cosas que son inapelables, otras admiten más modulación. Inapelable es que España no tiene otra posibilidad que modificar la legislación «vigente», a fin de liberalizar la contratación en este sector, porque es disconforme con libertades fundamentales del Derecho de la Unión. Sin embargo, modulable, más de lo que expresa el desregulador, precipitado y liberal [RDL 4/2017](#), aun limitada, es la opción reguladora concreta, como se confirma apenas se lea con detalle el debate tenido en el seno del proceso judicial raíz y que arriba hemos sintetizado. La primacía del Derecho de la Unión no se discute ([STC 232/2015](#); art. 4 bis [LOPJ](#)), sin embargo, en la práctica, un incumplimiento contumaz lo vacía. A mi juicio, el asunto es más grave que el que da a entender la recurrente, e interesada, llamada a las sanciones –multas coercitivas– que se van acumulando. En juego están principios y libertades esenciales de la Unión, guste más o menos, que conforman no ya solo pilares del Derecho Fundacional –libre competencia, libertades de establecimiento, de servicios–, sino derechos fundamentales comunitarios, como sería la libertad de empresa ([STJUE de 18 de julio de 2013, C-426/11](#), respecto de la libertad de contratación en procesos de transmisión de empresas; [STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-201/15](#), que desautoriza la ley griega permisiva de autorizaciones administrativas a los despidos colectivos por exceso de restricción de las libertades).

La preferencia del Derecho Comunitario limita notablemente la soberanía estatal, sin perjuicio del consabido margen de libertad nacional en defensa de razones de índole social (art. 151 [TFUE](#)). Al respecto, debe recordarse –no es banal ni erudito, porque hasta ahora nadie lo hace en el debate abierto al respecto– que los jueces nacionales, como jueces comunitarios que son, están obligados a la inaplicación de las normas nacionales, incluso con rango de ley, que sean contrarias a las normas de los tratados (art. 49 [TFUE](#)), así como respecto de las que sean contrarias a la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), cuando resulte de aplicación, que es el caso (art. 16: la libertad de contratación como contenido esencial de la libertad de empresa). Tal aplicación preferente conlleva deducir directamente por el juez las consecuencias oportunas, incluido exigir los derechos y obligaciones derivados para garantizar la efectividad de su cumplimiento, poderes públicos y sujetos particulares, de tales preceptos comunitarios ([STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto 617/10, Fransson](#)).

Desde este planteamiento general, parece claro que el primer efecto de la sentencia era –y es– la prohibición de exigir a las empresas estibadoras la participación en la SAGEP, menos su integración en ellas. De este modo, cabría entender ya inaplicable el artículo 142.1 del [TRLPEMM](#), que prevé la constitución obligatoria de este tipo de sociedades, promoviendo un proceso de reconversión de esta tipología singular de sociedades anónimas. Pero, ¿desde cuándo sería inaplicable este precepto, desde que se produzca una reforma –ahora fallida–, según su transitoriedad,

o desde la sentencia misma, por ser un mandato preciso y directo? Sin poder entrar ahora en profundidad en tan compleja pero determinante cuestión, conviene evidenciar que no hay una respuesta unívoca en la doctrina científica.

Un sector, con buenas razones, está convencido, pese a ser una sentencia europea dirigida de forma principal al legislador, del efecto directo de la prohibición de una inscripción obligatoria en la SAGEP, sin esperar a la reforma legal (no así para el otro aspecto de la sentencia, la articulación alternativa al sistema vigente para la prestación de trabajos de estiba portuaria, que no admite cumplimiento directo, exigiendo reforma legal), pues es una barrera de acceso al mercado que exige la inaplicación de las reglas que vinculan licencia portuaria a la condición de integración en la SAGEP, pudiendo concurrir libremente a los concursos abiertos. Conscientes de las obvias dificultades prácticas –además de las jurídicas– de sostener un efecto tan radical de la sentencia, pues ni habría personal cualificado suficiente hoy al margen del sujeto interpuesto que ahora tiene la posición dominante –SAGEP–, ni sería fácilmente superable la presión sindical en contra, en especial del sindicato corporativo y mayoritario, apelan para orillarlas a la movilidad transnacional mediante ETT especializadas en trabajo portuario que operan en otros países, conforme a la [Directiva 96/71/CE \(Ley 45/1999\)](#).

Aunque no le falta razonabilidad jurídica a esta posición de máxima efectividad directa del Derecho de la Unión<sup>6</sup>, creo que los obstáculos para una ordenación coherente del sistema, especialmente blindado con un garantista convenio sectorial estatal (que tiene eficacia general; pese a que la [STJCE de 19 de junio de 2008, C-319/06](#), declara incompatible con el Derecho de la Unión una ley que califique la totalidad de las normas convencionales de orden público), son mayores de los que advierte este sector interpretativo, conllevando las eventuales decisiones judiciales –y administrativas– diferenciales un exceso de inseguridad jurídica. Por eso, y siendo de todo punto imposable una interpretación conforme, por la radical oposición del sistema en este punto –y en otros–, la primacía del Derecho de la Unión, insoslayable, llevaría a la oportunidad de un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado por la contumaz inobservancia del Derecho nacional –[STJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto C-160/14, Ferreira da Silva](#); aun en un caso de incumplimiento jurisprudencial, pero la doctrina del TJUE es general–. A mi juicio, además, esta acción crearía una gran presión política e institucional para aprobar una normativa más adecuada, conciliando los derechos en juego.

Otras obligaciones legales concretas a cargo de las empresas estibadoras cederían –en línea con lo ya formalizado, pese a decaer formalmente, por el [Real Decreto-Ley 4/2017](#)–:

- a) El requisito del porcentaje mínimo de trabajadores con un contrato común (art. 117.1 n) [TRLPEMM](#)) y la obligación de mantener un porcentaje mínimo proveniente de las SAGEP, de carácter indefinido y en régimen laboral común (art. 143 [TRLPEMM](#)).

<sup>6</sup> Vid. ESTEVE SEGARRA, M. A.: «Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: La ordenación jurídico-laboral española de la actividad de los estibadores portuarios», *Trabajo y Derecho*, núms. 7-8, 2015, pág. 66.

- b) La limitación de contratar trabajadores externos no provenientes de la SAGEP solo a la realización de un solo turno de trabajo (art. 151.5 [TRLPEMM](#)).
- c) La prioridad de contratación reconocida al personal de la SAGEP también en el caso de empresas con licencia de prestación de servicios comerciales de entrega y recepción de mercancías (art. 155 [TRLPEMM](#)).

### **3.2. Las claves de la sentencia comunitaria para delimitar un modelo alternativo, liberal en su principio y condicionado socialmente: La preferencia de la autonomía colectiva**

Respecto de estos aspectos más concretos la orientación de la sentencia estaba muy clara y al legislador español no le queda opción alguna, debiendo corregirlo de inmediato, so pena de incurrir en responsabilidad patrimonial por incumplimiento. Pero otras cuestiones del modelo global de regulación del trabajo de estiba portuaria español, quedaban más abiertas.

En apretada síntesis, estos cuatro dilemas serían los más relevantes:

1. ¿La obligada desaparición del modelo basado en un régimen de prioridad –que no de exclusividad, por las crecientes aperturas– laboral lleva aparejada, necesariamente, la ruptura de la regla de seguridad en el empleo (favor por el contrato indefinido)?

No hay respuesta clara. La Comisión alude indistintamente a la libertad de contratar, permanentemente o con carácter temporal. No obstante, la liberalización del sistema no aparejaría, de modo necesario, una estructural desestabilización de plantillas, aunque es evidente que serían más los contratos temporales. En todo caso, la respuesta más precisa debe estar en el espacio renovado que se abre de negociación colectiva. La necesaria mayor flexibilidad –frente a la rigidez contractual precedente– del trabajo portuario puede afrontarse bajo modos diversos, no solo desde la modalidad contractual, que puede –y debe– seguir siendo preferentemente estable, sino atendiendo a la jornada de trabajo (pactos de horas complementarias en contratos a tiempo parcial indefinidos; distribución irregular de jornada, bolsas horarias, etc.).

2. ¿La obligada eliminación de la posición dominante de la SAGEP lleva a un modelo de contratación portuaria basado en la externalización completa, o de modo principal, del trabajo portuario a favor de un mercado abierto de ETT?

Eso ha querido el Real Decreto-Ley 4/2017, convirtiendo a los estibadores en «carne de cañón» del prestamismo laboral común. Pero hemos visto que esa opción gubernamental no viene exigida por la Comisión, que admite el modelo de contratación directa. Aunque, de nuevo, conviene no ser demasiado inocentes, pues la experiencia comparada y la nacional, en otros ámbitos, muestra que la liberalización crea un espacio superior de intervención para las ETT. Por lo tanto, «a río revuelto (monopolio quebrado), ganancias de pescadores (ETT)». Precisamente,

Reino Unido y Países Bajos optaron por un modelo de gestión flexible de la empresa estibadora, asentada en una plantilla dual, esto es, en la creación de un mercado de trabajo segmentado, una parte interna (mercado primario), nuclear, protegida con vínculos contractuales indefinidos (*core workers*) y otra parte externa (mercado secundario), a utilizar para hacer frente a las fluctuaciones (periferia laboral). Es este segundo segmento, más vulnerable, el propio de las ETT.

3. ¿El reconocimiento y garantía efectiva de la libertad de contratación excluye la medida del *registro de trabajadores portuarios* ex artículo 3 del Convenio 137 de la OIT?

Esta cuestión ha sido objeto de suficiente tratamiento en el Editorial, al que remitimos. Tan solo reiterar que el TJUE asume la compatibilidad de ambos niveles transnacionales de regulación en la teoría; en la práctica es bien diferente.

4. Si queda claro que el principio de exclusividad queda abolido por completo para la ley nacional, ¿cabría preservarlo, aún modulado, por vía de negociación colectiva, de modo que lo vetado a la ley sí se permita a la norma pactada por los sujetos sociales?

Aquí se residencia ahora todo el debate, tras el fallido RDL 4/2017. En el conflicto abierto, una vía alternativa de salida, de carácter transaccional, es desplazar a la negociación colectiva la función de asegurar un grado de conservación razonable, en un nuevo régimen legal de liberalización económica y laboral, para el estatuto protector de la calidad en el empleo. ¿Sería esta propuesta, ya políticamente consensuada, jurídicamente sostenible? Con ciertos límites, sí. Para ello, bastará aquí con traer a colación notables precedentes, en el Derecho de la Unión, y en su lectura jurisprudencial, que reconocen un margen mayor de intervención garantista de condiciones de trabajo a los convenios colectivos respecto de las leyes –heteronomía–. Al menos cabría dar cuenta de tres. A saber.

El primero, vendría de la [sentencia Albany](#), luego continuada –[STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13](#)–, en la que se hace de la negociación colectiva un dique de resistencia, aunque con matices y modulaciones, claro, frente a una invasión extrema de las libertades económicas. El segundo, aún más relevante, la [STJCE de 16 de septiembre de 1999, C-22/98, asunto Becu y otros](#), en el que, para el modelo portuario belga, basado en la regulación por la autonomía, se reafirma la negociación colectiva como un espacio de razonable inmunidad frente a la libre competencia para este sector, de modo que el Derecho de la Competencia «*debe interpretarse en el sentido de que no confiere a los particulares el derecho a oponerse a la aplicación de una normativa de un Estado miembro que, para la realización de trabajos portuarios, les obliga a emplear exclusivamente a trabajadores portuarios reconocidos (Ley belga de 8 de junio de 1972) y a pagar a estos una retribución que supera ampliamente los salarios de sus propios empleados o los que pagan a otros trabajadores*». Ahora bien, además de que ya cuenta con cierta antigüedad, conviene tener presente singularidades notables de ese modelo respecto del español. Así, clave fue, ciertamente, que el modelo estaba basado en la negociación colectiva y en relaciones de trabajo directas y de corta duración con las empresas estibadoras, lo que difícilmente justificaría restric-

ciones para la libre competencia (apdo. 25). En tercer lugar, conviene recordar la jurisprudencia reciente del TJUE que asume que el mandato de prohibición de restricciones de contratación para las ETT lo es para el legislador, no para el juez ni tampoco para la negociación colectiva. Me refiero a la [STJUE de 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13, caso AKT Auto-ja Kuljetusalan](#).

En definitiva, en todo caso, parece claro que la negociación colectiva tendrá un margen amplio para corregir los efectos extremadamente liberalizadores que pudiera incluir una ley, aunque sus potencialidades garantistas no sean absolutas: el modelo de estricta exclusividad, incluso de prioridad extrema, no lo podrá conservar. Pero por encima de esa línea roja, la negociación colectiva es y será el mejor instrumento para conciliar la imperativa protección de los trabajadores, en virtud incluso de los principios del Derecho Social de la Unión, que también existen (SSTJUE de [21 de diciembre de 2016, C-201/15](#); [12 de febrero de 2015, C-396/13](#), y [17 de noviembre de 2015, C-115/14](#), estas dos parecen cuestionar el modelo de competencia basado tan solo en la reducción de los costes laborales) con los de liberalización de los sectores de actividad en aras de la defensa de la libre competencia. Consecuentemente, el marco español de autorregulación convencional ([IV Acuerdo marco de regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria](#))<sup>7</sup> está obligado a revisarse, pero no a desmantelarse, con el sentido peyorativo barrenador que asumía en el fenecido [RDL 4/2017](#). La revisión legal ponderada exige una norma transaccional colectiva, más adecuada para alcanzar equilibrios que la ley no puede establecer, ni privilegiando –comprando– al sector con regalías («ayudas de Estado»), en detrimento del interés general.

Al respecto, debe contestarse la idea de que toda protección (que no deberíamos de confundir con el proteccionismo –exceso de regulación garantista, luego contraproducente–) socio-laboral tiene un impacto contrario a la competencia. Un análisis más detenido, que no quiso hacer tampoco aquí el TJUE –como no lo hizo respecto de los pabellones de conveniencia la [STJUE de 8 de julio de 2014, asunto C-83/13, Fonnship](#)–, muestra un impacto ambivalente. En efecto, la componente liberal de la competencia queda claro que se ve perjudicada porque el sistema crea una clara barrera de acceso al mercado de estiba portuaria por parte de nuevos operadores (al contrario de lo que sucediera con la, polémica también en su día, liberalización de la actividad de *handling* –asistencia en tierra– aeroportuaria), reforzada por la más eficaz acción sindical que permite en defensa de la situación actual. Ahora bien, la componente de la lealtad en el ejercicio de esa competencia se vería reforzada en la medida en que evitaría una constante subasta a la baja de las condiciones de trabajo como elemento principal del precio de la actividad –algunos puertos gallegos son un ejemplo a no imitar–<sup>8</sup>, asegurando a las empresas estibadoras disponer continuamente de plantillas bien formadas y plenamente adaptadas a sus necesidades. Buena prueba de esta simbiosis o círculo virtuoso es el constante crecimiento del comercio marítimo español.

<sup>7</sup> Es un convenio mixto de estructura convencional (marco) y de regulación sustantiva de los aspectos más relevantes de las relaciones de trabajo portuarias (convenio regulador con vocación de derecho mínimo relativo).

<sup>8</sup> *Vid.* «[Maersk reitera a López Veiga su traslado a Marín por "falta de competitividad" en Vigo](#)», en [www.farodevigo.es](#) (Gran Vigo, 27 de abril de 2016).