

LA REFORMA DEL TRABAJO EN LA ESTIBA POR LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO ESPAÑOL, ENTRE EL EFECTO DIRECTO Y LA INTEGRACIÓN ENCUBIERTA

MIRYAM RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO **Palabras Clave:** Integración supranacional; Comisión Europea; TJUE; Efecto directo; Recurso por incumplimiento

El Tratado de Funcionamiento de la Unión establece, en su artículo 49, el principio de libertad de establecimiento. No cabe discriminación en tal ámbito para los operadores económicos de un Estado miembro en el territorio de otro. Sobre la base de esa única disposición, y sin que existiera Derecho derivado interpuesto, la Unión Europea consiguió que en España se llevara a cabo una reforma de la Ley de Puertos de 2011, modificando el sistema de contratación en la manipulación de carga portuaria en el sentido indicado por la Comisión. Todo ello se hizo con solo una sentencia del Tribunal de Justicia y un Decreto-ley que le daba ejecución. Detrás de esa simplicidad operaron, no obstante, una serie de mecanismos normativos e institucionales que siguieron pautas metódicas ya conocidas en las dinámicas de integración supranacional y que se analizan en este trabajo.

ABSTRACT **Key Words:** Supranational integration; European Commission; ECJ; direct effect; infringement procedure

Article 49 of the Treaty on the Functioning of the European Union sets the principle of freedom of establishment. Discrimination by reason of nationality between member States is not allowed in such scope of action. Based on that only rule, and without secondary European Law enacted, the European Union monitored a reform of the Spanish Port Law of 2011. That led to the overruling of the procedure of enrolment for cargo-handling and its substitution by a new one, determined by the Commission. All was made through a ruling of the European Court of Justice which was finally enforced by a state law (Decreto-ley). Notwithstanding this apparent simplicity, there were several normative and institutional mechanisms working through well-known methods of supranational integration. An analysis of those mechanisms is presented in the following pages.

* Este trabajo es desarrollo del proyecto “Desafíos del Proceso de Construcción de un Espacio Europeo de Derechos Fundamentales” (DER-2017-83779-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Fue elaborado durante la estancia de investigación en el Robert Schuman Center for European Studies del Instituto Universitario Europeo de Florencia financiada por el Programa José Castillejo del Ministerio de Educación (CAS170075). Agradezco a la Dra. Ana M^a Carmona Contreras y al Dr. Daniel Guerra Sesma las apreciaciones sobre el enfoque y ayuda en las tareas de documentación preliminar.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: EFECTO DIRECTO E INTEGRACIÓN ENCUBIERTA EN ACCIÓN COORDINADA
2. EL TRABAJO PORTUARIO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
 - 2.1. La permanente exclusión de la estiba de las regulaciones de Derecho derivado
 - 2.2. La acción de la Comisión sobre el trabajo en los puertos a través del *soft law*
3. ESTIBADORES PORTUARIOS Y JURISPRUDENCIA DEL TJUE
4. EL CASO DE LA ESTIBA ESPAÑOLA ANTE LA UNIÓN EUROPEA
 - 4.1. La Comisión actúa contra la ley española de puertos
 - 4.2. El Tribunal de Justicia da respaldo a la Comisión
 - 4.3. Asegurando el resultado: coerción y sanción
5. LA REFORMA DEL TRABAJO EN LA ESTIBA POR LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO ESPAÑOL, ENTRE EL EFECTO DIRECTO Y LA INTEGRACIÓN ENCUBIERTA
 - 5.1. La dinámica hermenéutica del efecto directo en los casos de incumplimiento
 - 5.1.1. *Mutaciones del efecto directo y creación de reglas aplicables*
 - 5.1.2. *Elementos complementarios en la implementación de las reglas creadas*
 - 5.2. Integración encubierta y acción institucional
 - 5.2.1. *Las virtualidades integradoras del soft law*
 - 5.2.2. *Acción institucional: especificando normas incompletas*
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: EFECTO DIRECTO E INTEGRACIÓN ENCUBIERTA EN ACCIÓN COORDINADA

Un año ha pasado desde que un procedimiento por incumplimiento abierto por la Unión Europea contra España acabase con el sistema de contratación de estibadores que establecía la ley española de puertos desde 2011. Mediante aquella ley, se otorgaba a unas sociedades especiales, las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios o SAGEP, el control sobre las condiciones laborales del trabajo en la estiba y sobre la designación concreta del personal disponible. Con la perspectiva asentada, dado que casi un año ha transcurrido desde el cierre de la reforma mediante Decreto-ley, el análisis de los antecedentes, de los motivos y de los pasos que dieron las instituciones europeas para forzar una liberalización de ese mercado laboral revela que la reforma fue fruto de una determinación firme de la Comisión, pero también de una serie de mecanismos coadyuvantes que operaron en el ámbito supranacional. Entre esos mecanismos, destaca la confluencia de dos líneas de acción, y presión, que fueron clave a la

hora de convertir la determinación de la Comisión en un mandato normativo. Se trata de estrategias que, desde la Unión, operaron a favor del cambio en la ordenación jurídica del sector, un cambio que de por sí era difícil a causa de la necesidad de trazar acuerdos entre los distintos actores implicados y también se hizo polémico por la tardanza en su ejecución, el explícito rechazo de los afectados, las sucesivas convocatorias de huelga durante las negociaciones finales y el debate que generó en la opinión pública nacional.

La primera de las líneas a las que se acaba de aludir es claramente normativa. Se identifica con una amplia comprensión de la regla del efecto directo de las normas de los Tratados europeos, heredada de una tradición hermenéutica cultivada durante años por el Tribunal de Luxemburgo. En este caso concreto sería el artículo 49 del TFUE aquel cuyo efecto directo invocaría la Comisión contra España. Así se constata desde el dictamen motivado enviado al Gobierno el 27 de septiembre de 2012, recién iniciado el procedimiento de infracción, y en la posterior demanda de incumplimiento¹. La vinculación entre el efecto directo y la primacía de las normas de Derecho de la Unión tiene como consecuencia que, si una disposición o práctica estatal obstaculiza el ejercicio de libertades económicas, en este supuesto la libertad de establecimiento, la declaración de incumplimiento obligaría a que la disposición o práctica estatal fuera desplazada en su aplicación. Pero, si fuera preciso, también habría de ser modificada. Una declaración de incumplimiento, promovida por el “ejecutivo europeo” ante el Tribunal de Justicia, podría otorgar carácter definitivo a ese mandato no explicitado de reforma y si así fuera vendría derivado de la acción normativa del efecto directo².

La segunda línea, que se evidencia en abierta relación con la anterior, está vinculada a los modos en los que la Unión, a través de sus instituciones, ejerce los poderes atribuidos sobre determinados ámbitos o tipos de competencias³. Es,

¹ Véase la información al respecto en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1022_en.htm?locale=en (consulta 22/02/2018) y en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-559_EN.htm (consulta 22/02/2018). Igualmente, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 en el asunto C-576/13, *Comisión contra España* (ECLI:EU:C:2014:2430), párrafo 1. La denominación del Tribunal de Luxemburgo será en todas las referencias de jurisprudencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es su denominación más reciente.

² Es lo que hace la STJUE, asunto C-576/13, *cit.*, en la primera parte del fallo. Se entrecomilla la alusión a la Comisión como ejecutivo europeo, ya que en puridad y como es sabido no hay una correspondencia real entre la concepción convencional de un ejecutivo y las funciones de la Comisión. No obstante, la literatura científica y también la opinión pública identifica a la Comisión con un ejecutivo.

³ Pues, a pesar de las sucesivas reformas de los Tratados y ampliaciones de esferas de acción de la Unión, sigue existiendo una serie de diferencias a considerar entre competencias relativas al mercado y competencias relacionadas con otros ámbitos de integración, como la política exterior, claramente, e incluso los asuntos de justicia e interior, casi plenamente supranacionalizados. Genshel, P., Jachtenfusch y M., “Introduction: Beyond Market Regulation. Analysing the European Integration of Core State Powers” en P. Genshel y M. Jachtenfusch, *Beyond the Regulatory Polity?: The European Integration of Core State Powers*, Oxford Scholarship On Line, 2014, pp. 1-23, p. 3 (www.oxfordscholarship.com). Esta realidad se constata, tras la reforma de Lisboa, no solo en el conservación de distintos requisitos en los procedimientos de toma de decisión en los antiguos segundo y, sobre todo, tercer pilar, sino también en el distinto protagonismo de las instituciones e, incluso, en la proliferación de otras nuevas y específicas, diversos comités e incluso el Eurogrupo,

por tanto, una línea de acción explicable en un plano predominantemente institucional, haciendo uso de los recursos normativos, pero no de los procedimientos inicialmente previstos para legislar, y desde los parámetros propios de la gobernanza. Este segundo vector se identifica, muy en concreto para el asunto de los estibadores españoles, con el empleo de dinámicas propias de lo que se conoce como integración encubierta: modos de acción conforme a los cuales se desplaza o sustituye al legislador europeo en la toma de una decisiones que, aunque en realidad le corresponden a este y podrían ser adoptadas a través del procedimiento legislativo, especial u ordinario, por una razón u otra son objeto de bloqueos o no consiguen ser admitidas por este. Así, y como a pesar de los esfuerzos de la Comisión en su iniciativa e impulso tales decisiones no terminen de concretarse, las dinámicas de integración encubierta consiguen el resultado buscado por el ejecutivo europeo a través de vías indirectas de acción. Tales vías de acción se despliegan bien en la esfera institucional supranacional bien a través de mecanismos de cooperación intergubernamental, siempre de manera paralegal o, si no tanto, al menos sí fuera de los procedimientos legislativos previstos por los Tratados⁴.

El presente trabajo se propone llevar a cabo una revisión detallada de la manera en la que ambas líneas confluyentes actuaron en el caso de los estibadores españoles, un sector de características muy singulares⁵ y gran impacto para el funcionamiento de la distribución en el mercado. Un ulterior objetivo del análisis es partir de ese ejemplo, con todas su particularidad, para poner de relieve cómo la teología integradora de la Unión ha seguido desarrollándose en el terreno de la integración económica sobre la base de los mismos parámetros y con los mismos métodos ya aprendidos en periodos anteriores⁶, con independencia de la situación de crisis financiera que se ha arrastrado desde 2008 hasta ahora y de las modificaciones del marco normativo e institucional aportadas por el Tratado de Lisboa.

Para lograr los objetivos anunciados, en las páginas siguientes se hará un recorrido a través de los distintos revulsivos que, desde la Unión, llevaron a la reforma del trabajo de la estiba en España. El recorrido partirá de una cuestión específica, la acción de la Unión en materia de transporte y trabajo portuario, para conducirse hacia un análisis general de los efectos directos e indirectos de las dos

que se encargan de la preparación de las decisiones en diversos ámbitos. Genshel, P., Jachtenfusch, yM., "More integration, less federation: the European integration of core state powers", *EUI Working Papers*, RSCAS 2015/33, 2015, p. 4, (<http://cadmus.eui.eu/>)

⁴ Héritier, A., "Covert integration of core state powers. Renegotiating incomplete contracts" en P. Bursens, C. De Landtsheer, L. Braeckmans y B. Seggaert, *Complex Political Decision-Making*, Routledge, London, 2017, pp. 15-30, p. 15.

⁵ Se Remite al estudio de Rodríguez Ramos, P., *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Trotta, Madrid, 1997.

⁶ En concreto, y por ejemplo, para la culminación de los objetivos propios de la construcción del mercado interior entre finales de los años ochenta y noventa del siglo XX. Véase: Snyder, F., "The effectiveness of European Community Law: institutions, processes, tools and techniques", *The Modern Law Review*, núm. 56-I, 1993, pp. 19-54, p. 27.

líneas de acción emprendidas desde el ámbito supranacional. Conforme a ello, en primer lugar se describirá cuál es o cual no es la regulación de trabajo portuario en el Derecho de la Unión Europea y su relación con la libre prestación de servicios. En esa aproximación preliminar al tema se podrán esbozar los motivos por los que la Comisión opta en su momento por una acción de incumplimiento contra el Estado español en los precisos términos en los que aquella es planteada (2). La importancia de la comprensión apropiada de esos precisos términos se entenderá con nitidez cuando, a continuación, se analice cuál ha sido la relación de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo con la materia, a través de dos demandas precedentes relativas a la contratación de estibadores portuarios, ambas canalizadas a mediante cuestiones prejudiciales (3). Estas dos fases servirán para poner el foco en las claves para la activación de esas dinámicas de integración encubierta que se han sugerido, a la vez que delimitarán los contornos jurídicos del tema y los agentes principales que intervienen en aquellas. A continuación, el análisis se centrará en el procedimiento por incumplimiento incoado contra España, que es donde confluyen las dos líneas de acción aludidas (4). El fin último del análisis será recoger la manera en la que la reforma de la estiba ha sido, en España, consecuencia de la actuación conjunta del efecto directo y de la integración encubierta (5), así como apuntar, en unas breves conclusiones (6), el impacto que esos dos sutiles revulsivos del cambio han tenido sobre algunos elementos del orden constitucional interno.

2. EL TRABAJO PORTUARIO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. La permanente exclusión de la estiba de las regulaciones de Derecho derivado

Tal y como se ha anticipado en las líneas precedentes, la reforma del trabajo en la estiba ha sido vinculada, desde la Unión, con las libertades económicas propias del Derecho europeo y, en concreto, con la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE. Desde el primer momento hay que llamar la atención sobre el hecho de que una disposición tan general como el artículo 49 del Tratado pueda obligar a un Estado miembro a llevar a cabo una reestructuración de un sector tan clave en el ámbito comercial y del transporte como la manipulación de carga portuaria. La explicación, ya se ha anunciado, está relacionada por una parte con las dinámicas de integración encubierta y por otra por el pertinaz empleo del efecto directo en la comprensión normativa de esa disposición del TFUE. Sin embargo, el recurso a tales mecanismos habría sido innecesario de haber existido una regulación de Derecho derivado que hubiera obligado a los Estados miembros a llevar a cabo una normalización o armonización comunitaria del trabajo portuario. Tal

regulación, sin embargo, no existe en el Derecho de la Unión y ese es el motivo por el que los mecanismos señalados –efecto directo e integración encubierta– se pusieron en marcha.

El TFUE, así como lo hacía su predecesor, el TCE, da a la Unión los instrumentos necesarios para adoptar medidas en materia de transporte, sin excepcionar el transporte marítimo. La competencia está atribuida en el artículo 4.2.g) del TFUE como materia compartida. En sede de libertad de establecimiento, el 58.1 del Tratado expresamente remite al título relativo a los transportes para la regulación de ese ámbito competencial. Ahí, el artículo 100.2 TFUE expone que serán el Consejo y el Parlamento, por el procedimiento legislativo ordinario, los habilitados para adoptar disposiciones apropiadas para la navegación marítima, y aérea, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones⁷.

Fruto del empleo de dichas habilitaciones es el actual, y reciente, Reglamento de puertos, adoptado en febrero de 2017 por el Consejo y el Parlamento⁸. Bien es cierto que el Reglamento no podía haber sido de aplicación al asunto de los estibadores españoles dada su fecha de aprobación, muy posterior al inicio del conflicto y casi coetánea a su finalización. Sin embargo, interesa poner de relieve que en su articulado no se incluyen directrices específicas para las labores de manipulación de carga en los puertos. En su exposición de motivos, de hecho, el Reglamento de puertos hace una referencia general a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recordando que los contratos que se efectúen en dicho ámbito de actividad estarán sometidos a los principios de transparencia y no discriminación, para luego confirmar que su capítulo II, relativo a la prestación de servicios portuarios, no se aplica a los servicios de manipulación de carga –artículo 10 del Reglamento–, sin perjuicio de que sus normas pueden regir tal actividad si los Estados así lo deciden. Se trata, por lo tanto, de una actividad sobre la que la Unión no ha hecho uso de su parte de competencia en sentido estricto, sin dejar de hacerlo, en sentido amplio, ya que el artículo 1.2 del Reglamento incluye la manipulación de carga entre los ámbitos de aplicación de la norma. Queda abierta a la interpretación el efectivo dominio del Derecho de la Unión sobre este campo. Siendo la de transportes compartida, el Estado sigue siendo dueño de su parte de competencia. Lo es desde el sentido literal de lo establecido en el artículo 2.2 del TFUE sobre competencias compartidas y lo es, en especial, porque el propio Reglamento deja en manos de los Estados la posibilidad de integrar las actividades de manipulación de carga en su ámbito de aplicación. No obstante, como es sa-

⁷ El TCE recogía la misma competencia y base jurídica en el juego conjunto del artículo 50 y el 80.2, con la diferencia, respecto a las disposiciones del Tratado de Lisboa, de que las decisiones en materia de transporte marítimo debían ser adoptadas por el Consejo, en exclusiva, y por mayoría cualificada. Como es sabido, Lisboa amplía en gran medida los ámbitos de codecisión entre Parlamento y Consejo, consagrando lo que se conoce como procedimiento legislativo ordinario.

⁸ Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos (DOUE 3/03/2017).

bido, la interpretación del sistema de competencias de la Unión no ha respondido nunca a criterios de interpretación literal, habiéndose consolidado, con el aval del Tribunal de Justicia, una hermenéutica finalista que da prioridad a los objetivos de la integración⁹. Este es uno de esos casos.

Esa exención de la que es objeto la manipulación de carga portuaria por parte del nuevo Reglamento europeo de puertos no es, y esto interesa al objeto de este estudio, una excepción en el modo de proceder del legislador europeo en la materia. Todo lo contrario. Si se echa la vista atrás y se revisan otras disposiciones europeas sobre servicios y contratación, se constata que la Directiva de servicios, fechada en 2006, excluía de su ámbito de aplicación el de los transportes, con referencia expresa a los servicios portuarios¹⁰. La razón está en que en la esfera del legislador europeo no ha existido en ningún momento, o hasta ahora, una determinación unánime o un consenso suficiente sobre la pertinencia de dar una regulación supranacional al trabajo de carga y descarga en los puertos. De ello dan testimonio las exenciones ya referidas, la de la Directiva de servicios y la del Reglamento de puertos¹¹.

Pero, sobre todo, la prueba más clara está en el destino de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios que la Comisión lanzó en 2001. Y es que, tras los periplos que recorrió la misma, todo el procedimiento de codecisión paso por paso hasta la comisión de concertación, finalmente fue rechazada por el Parlamento Europeo en tercera lectura y retirada por la Comisión en 2005¹². En aquella propuesta, sin embargo, la Comisión dejaba claro que su prioridad en la materia era favorecer el

⁹ De teleología integradora hablaba De Búrca, G., “The principle of subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 36, 1998, pp. 217-235; una explicación que combina la dimensión institucional con la interpretación jurídica se da en Weiler, J. H. H., “La Transformación de Europa” en *Europa, Fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 13-126.

¹⁰ Artículo 2.2.d) de la 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).

¹¹ Así como las que, según informa la Comisión, se hacían en Directivas anteriores que establecían disposiciones comunes sobre la adjudicación de concesiones en materia de transportes y otros servicios. La Comisión lo explica en su Comunicación sobre una política portuaria europea COM (2007) 616 final de 18/10/2007, remitiendo a las exclusiones que hacen, respectivamente, la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. La Comunicación está disponible en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2007/ES/1-2007-616-ES-F1-1.Pdf> (consulta 23/02/2018).

¹² El Parlamento podría haber rechazado la propuesta final al haber hecho suya la postura de los sindicatos del sector, contrarios a las medidas propuestas, según se sugiere por Molina Navarrete, C., “Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no la Comisión por boca del TJUE?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, vol. 409, 2017, p. 5 (<http://www.ceffegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>). La ficha legislativa y el recorrido de la propuesta -COM(2001) 35 final — 2001/0047(COD)- se halla en http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2001_47 (consulta 23/02/2018).

acceso a los puertos europeos a los prestadores de servicios. En relación con las labores de manipulación de carga, se proponía una liberalización consistente en dar libre entrada a los operadores en los puertos, con la única excepción de aquellos cuyas características y dimensiones no lo hicieran posible. En aquellos en los que la imposibilidad se constatará, al menos dos operadores distintos debían ser autorizados. Asimismo era indiscutible la voluntad de consagrar el derecho de los prestadores de servicios portuarios a contratar el personal que considerasen oportuno, lo cual chocaba frontalmente con algunos de los sistemas de contratación de labores de carga y descarga vigentes en algunos puertos europeos, entre ellos los españoles¹³.

2.2. La acción de la Comisión sobre el trabajo en los puertos a través del *soft law*

A partir de aquí, y para analizar la manera en la que desde la Unión se logra la reforma del sector de la estiba, no queda otra opción que recurrir al *soft law*, donde ya se identificaría la primera de las dinámicas de integración encubierta sobre las que se profundizará más adelante¹⁴. Al repasar las diversas comunicaciones de la Comisión sobre la materia se puede reconstruir su argumentario básico en este asunto, que no difiere en nada de lo que pretendió con la Directiva de servicios portuarios. La consigna era idéntica: la libertad de establecimiento rige sobre esos servicios.

Si bien en su primera comunicación al respecto, el llamado Libro Verde sobre los puertos e infraestructuras marítimas de 1997¹⁵, la Comisión hablaba de la necesidad de aplicar sistemáticamente las normas del Tratado en materia de competencia, en la década siguiente los referentes cambian. Quizás las clarificaciones efectuadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Becu*, que se analiza en el siguiente epígrafe de este trabajo, están detrás de ese cambio. En cualquier caso, lo cierto es que esas directrices sobre defensa de la libre competencia dejan paso, en sus más recientes documentos de 2007 y 2013, a las relacionadas con la libertad de establecimiento, con los consecuentes principios de no discriminación por razón de nacionalidad y llamada al de proporcionalidad en caso de considerarse inexcusables ciertas restricciones, que de existir solo pueden ser indirectas.

Las libertades económicas, por tanto, regirían sobre los servicios de manipulación de la carga portuaria, independientemente de que la contratación de personal sea libre en algunos puertos y condicionada por *pools* de trabajadores en otros. Y en especial, esa organización de la contratación de estibadores a través

¹³ COM(2001) 35 final — 2001/0047(COD), artículos 7.2 y 6.5 de la propuesta.

¹⁴ Como se explicará más adelante, el *soft law* es uno de los mecanismos que coadyuvan en la integración encubierta. Véase *infra* & 5.2.

¹⁵ COM(97) 678 final.

de *pools*, donde se diera, no podría suponer un obstáculo para que determinadas personas o empresas debidamente cualificadas presten servicios de manutención de carga, o para imponer mano de obra a las empresas prestadoras, pues tales obstáculos e imposición irían en contra del Tratado¹⁶. Dando por sentado tal marco liberalizador, el diálogo social pasaría a ser también un elemento al que la Comisión recordaría atender, en general para todos los servicios portuarios y en particular para los relacionados con la manipulación de carga¹⁷. Se entendería que la liberalización de la contratación, que afectaría más a aquellos Estados cuyos puertos funcionaran sobre la base de sistemas de *pools* de trabajadores, como el español, haría imprescindible equilibrar, mediante el diálogo social, la pérdida de poder de decisión de unos trabajadores con gran capacidad reivindicativa y de organización y movilización sindical. Eso sí, el diálogo se encuadraría, ahora, en los parámetros de la libertad de establecimiento, prohibición de discriminación y libertad de contratación que promovería la Comisión.

El *soft law*, sin embargo, no sería en sí mismo suficiente para conseguir que aquellos Estados en cuyos puertos se trabajara conforme al sistema de *pools* reformasen las condiciones de contratación del personal de carga portuaria. Para conseguir tal efecto, la actuación de la Comisión tendría que pasar a la esfera de las normas imperativas, donde el camino estaría obstaculizado por la dificultad que esta había encontrado para sacar adelante la legislación sobre servicios portuarios. Es ahí donde entra en plano la segunda dinámica de integración encubierta, empleada con el Estado español, en la cual la participación del Tribunal de Justicia es imprescindible: la de obligar al Estado a transformar sus estructuras de trabajo en la estiba mediante un procedimiento por incumplimiento. En ese nuevo plano, la entrada en escena del juez europeo obligaría a tener en cuenta las coordenadas con las que el Tribunal de Luxemburgo había tratado previamente asuntos relacionados bien con los servicios portuarios de carga y descarga bien con ámbitos conexos. Antes de entrar en un recurso por incumplimiento debía haber referentes jurisprudenciales que pudieran hacer a la Comisión confiar en que, desde tal línea de acción, alcanzaría el éxito.

3. ESTIBADORES PORTUARIOS Y JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 11 de diciembre de 2014 declaraba que el Estado español actuaba en contra de la libertad de establecimiento, consagrada en el artículo 49 TFUE, al mantener un sistema de contratación de personal de carga portuaria basado en sociedades de gestión, SAGEP. Estas

¹⁶ COM (2007) 616 final de 18/10/2007, *cit.*, p. 13.

¹⁷ Ello en la comunicación en la que la Comisión adelanta que la aprobación del Reglamento de Puertos excluirá las labores de estiba: COM/2013/0295 final, p. 12. El texto de la comunicación puede hallarse en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0295&from=ES> (consulta 23/02/2018)

sociedades no solo establecían las condiciones en las que las empresas prestatarias de servicios de estiba tenían que contratar a los trabajadores, sino que también obligaban a dichas empresas a participar del capital social de las mismas como requisito para acceder a la contratación de personal. La contundencia con la que el juez europeo dictó su fallo contra España, en un asunto resuelto por sala de tres jueces y sin conclusiones del Abogado General, haría pensar que con carácter previo se habían resuelto casos similares. Sin embargo, cuando se indaga en la jurisprudencia europea anterior a 2014, se constata que el Tribunal de Justicia apenas había abordado dos conflictos relacionados con el trabajo en la estiba y en ambas ocasiones en procedimientos prejudiciales. Las diferentes características de estos procedimientos, prejudicial y de incumplimiento, supone una manera dispar de abordar los problemas planteados y, no obstante, suministra claves para entender la sentencia de incumplimiento recaída sobre el Estado español.

El primero de los asuntos, plantado en Italia, es *Merci Convenzionali Porto di Genova v Siderurgica Gabrielli*, C-179/90¹⁸. La empresa *Siderurgica Gabrielli* demandaba a *Merci Convenzionali* por haberla obligado a contratar a trabajadores portuarios para desembarcar unas mercancías procedentes de Alemania, cuando los propios operarios de *Siderurgica Gabrielli* podían haber hecho las operaciones de descarga. La legislación italiana otorgaba a ciertas compañías portuarias el monopolio de la realización de esas labores, con la peculiaridad de que, además, los mismos trabajadores eran miembros de las referidas compañías y que solo podían integrarse en ellas los que tuvieran nacionalidad italiana. Ante la denuncia de *Siderurgica Gabrielli*, el juez italiano preguntaba al Tribunal de Justicia sobre la aplicación a las compañías portuarias de las disposiciones del Tratado relativas a la libre competencia y a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. La respuesta del juez europeo fue contundente al afirmar que la regulación italiana contravenía el Derecho comunitario. No solo era contrario al principio de libre circulación de trabajadores el hecho de reservar a los nacionales de Italia la realización de labores de manipulación de carga portuaria, sino que las compañías prestatarias tenían derechos exclusivos que se oponían a las disposiciones relativas a las normas sobre libre competencia sin que hubiera un interés general que lo justificase. Entendía el Tribunal de Justicia que las normas sobre libre competencia eran plenamente aplicables a las compañías prestatarias y que el monopolio creado por la ley italiana a su favor, que les permitía imponer precios de mano de obra y condiciones de contratación más allá de las necesidades de las empresas contratantes, provocaba una distorsión del mercado al producirse sobrecostes para esas empresas.

Como puede observarse, en esta sentencia *Merci Convenzionali* se reflejaban algunas de las cuestiones que años más tarde provocarían la denuncia de la

¹⁸ Sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 1991 en el asunto C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v Siderurgica Gabrielli* (ECLI:EU:C:1991:464).

Comisión contra España, ya que el modelo de las SAGEP tenía ciertos paralelismos con el italiano de entonces. Las SAGEP españolas eran sociedades a las que se otorgaba la facultad exclusiva de gestionar la contratación de estibadores por las empresas prestatarias y, al igual que en el caso italiano, para ello podían incluso obligar a esas empresas a emplear personal que no les era necesario. Sin embargo, en el caso español no se daban otros componentes, como la condición mercantil operativa de las compañías prestatarias italianas o el de discriminación directa por nacionalidad, ya que no había en España una prohibición de contratar a nacionales de otros Estados miembros. Es seguramente por ello, y por la clarificación efectuada por el Tribunal de Justicia en el segundo de los casos, que en la demanda contra España la Comisión no aludiría a las disposiciones del Tratado relativas a la libre competencia, sino que el incumplimiento se sustentaría exclusivamente sobre la libertad de establecimiento.

De Italia se pasa a Bélgica, y de principios de los noventa a finales, cuando se plantea la segunda de las cuestiones prejudiciales que atañen a este estudio. El asunto C-22/98, *Becu*¹⁹, se inició a consecuencia de un proceso penal contra el señor *Becu*, la compañía *Smeg* y otros, dado que los mismos habían empleado a trabajadores no reconocidos, no participantes de los *pools* belgas, para ciertas labores de almacenamiento de carga portuaria. La ley belga, al igual que las de otros muchos Estados miembros, establecía la obligación de emplear solamente a trabajadores reconocidos en las labores de carga y descarga en muelle, así como sanciones penales para quienes incumplieren tal mandato legal. Ante la duda sobre si aquello afectaba a la libre competencia, el juez belga remitió consulta al Tribunal de Justicia.

El objeto principal de la remisión prejudicial en *Becu*, ya se ha expuesto, era si las disposiciones relativas a la libre competencia del Tratado de la Comunidad Europea eran aplicables a la situación de hecho. El Tribunal de Justicia concluyó que no, por un lado porque los trabajadores portuarios, aun actuando de forma colectiva en *pools*, no podían considerarse una empresa y por otro porque no existían entre ellos vínculos contractuales que pudieran llevar a considerarlos como tal. Dado que las normas del Tratado relativas a la competencia libre estaban destinadas a empresas, no podían considerarse aplicables al caso de origen. No obstante, el Tribunal explicaba algo al juez belga que este no le había preguntado: que la regulación belga sí que podía ser contraria a las reglas sobre libertad de establecimiento recogidas en el mismo Tratado comunitario. Si bien era cierto que en la normativa del Reino de Bélgica no había una cuestión discriminatoria por nacionalidad, como claramente sí que se había identificado en la italiana, lo cierto era que al obligar a establecer una relación laboral con los trabajadores reconocidos, la legislación del país podía estar vulnerando la libertad de establecimiento

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 1999 en el asunto C-22/98, *Procedimiento penal contra Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV y Adia Interim NV* (ECLI:EU:C:1999:419).

de prestadores de servicios que quisieran operar en los puertos belgas. Se recogía ahí la insistente doctrina del Tribunal de Justicia que considera que, en ausencia de discriminación directa, los Estados miembros también deben eliminar cualquier barrera a las actividades económicas de los nacionales de otros²⁰.

Se reconoce así, en esa última sugerencia del Tribunal de Justicia, una interpretación convergente con la que adoptará la Comisión en sus comunicaciones a partir de la fallida Directiva de servicios portuarios. La postura básica de ambas instituciones ante los monopolios legales en el mercado de contratación de personal de estiba y desestiba es la de una presunción de contradicción con el derecho a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios que sean externos a esos *pools*. A partir de ahí, estando claro que no se trata de una cuestión de libre competencia, la misión de la Comisión en este ámbito se focalizaría en aprovechar las posibilidades que le ofrecerían los elementos normativos de la libertad de establecimiento. Entre dichos elementos normativos estarían la prohibición de discriminación por nacionalidad y el efecto directo. La acción combinada de ambos le ofrecería herramientas jurídicas para actuar contra los monopolios laborales excluyentes. El respaldo del Tribunal de Justicia, con idéntica visión del problema, facilitaría la dinámica de integración encubierta desplegada en el caso de España, a través de la activación de un recurso por incumplimiento.

4. EL CASO DE LA ESTIBA ESPAÑOLA ANTE LA UNIÓN EUROPEA

En un contexto económico global en el que la crisis financiera acababa de obligar a diferentes reposicionamientos, diversas desventajas competitivas aparejadas a la forma de organizar el empleo en el sector operarían, como motivaciones económicas, en el ánimo de la Comisión para insistir en la necesidad de reforma de la estiba en España. La presión de la competencia internacional, en un contexto de precios a la baja, claramente sería uno de ellas. Otras serían los fallos en la transparencia del sistema de contratación, su elevado coste, la ineficiencia derivada de la obligación de incorporar un determinado contingente por encargo, la pérdida de productividad aparejada a tal obligación y la presión sindical que se producía gracias a la confluencia de los factores anteriores²¹. A partir de ahí, y vista la resistencia mostrada por el legislador europeo a regular, armonizándolo, ese mercado laboral, la Comisión tenía que utilizar otro camino, esperar la ocasión propicia para entrar en acción y utilizar, para ello, los recursos que su posición institucional y los propios Tratados ponían a su disposición.

²⁰ Schmidt, S. K., “The shadow of case law. The Court of Justice of the European Union and the policy process” en J. Richardson y S. Mazey (ed.), *European Union. Power and policy making*, Routledge, New York, 2015, pp. 159-187, p. 181.

²¹ Molina Navarrete, C., “Competitividad, empresa flexible y...” , *op. cit.*, p. 4.

4.1. La Comisión actúa contra la ley española de puertos

Para entender, se reitera, cómo desde el ámbito supranacional se llega a hacer obligada una reforma legislativa tan específica en un Estado miembro, sin que haya Derecho derivado que la prevea y con el único fundamento normativo de una disposición general del Tratado, es útil resituarse en su contexto fáctico y remontarse al origen de la controversia particular. Si sobre la manera en la que las instituciones supranacionales, Comisión y Tribunal, entendían la cuestión del trabajo de carga y descarga portuaria se acaba de realizar la oportuna revisión, sirva esta de marco general y aváncese hacia el específico.

El conflicto con España cobra forma con el inicio de las actuaciones de la Comisión contra ella, como consecuencia de la aprobación, en 2011, del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado. Sin entrar en pormenores que serán analizados desde el Derecho laboral en este mismo volumen, sí es necesario recordar que la reforma en discusión consolidaba un sistema de contratación de estibadores basado en la adscripción de estos a sociedades llamadas SAGEP. Estas sociedades tenían como misión, además de la certificación de la cualificación de los trabajadores, la puesta a disposición de este personal a las empresas prestatarias. La ley establecía que las empresas prestatarias que fueran a operar en puertos españoles debían participar del capital social de la SAGEP correspondiente, como medio para poder acceder a la contratación de estibadores. Así, la normativa española por un lado organizaba a los trabajadores en *pools*, mediante sociedades sin dimensión empresarial y por otro otorgaba a aquellas el monopolio en el reclutamiento y puesta a disposición de personal de estiba, facultándolas para establecer condiciones de empleo mínimas que no tenían por qué ajustarse a las necesidades de mano de obra de las empresas prestatarias.

Al igual que en el caso de Bélgica, según se ha descrito en el relato del asunto *Becu*, no había posibilidad de proyectar sobre las SAGEP la normativa de libre competencia. Pero, otra vez al igual que en el caso de Bélgica, y según el Tribunal de Justicia había sugerido en su resolución, podía sostenerse que la intermediación en el empleo vehiculizada por las SAGEP podía suponer un obstáculo a la libertad de establecimiento. Ese fue, en consecuencia, el argumento de la Comisión para iniciar un procedimiento de incumplimiento en contra del Reino de España. No fue el único advertido por esta causa. También hubo algo después, y es pertinente dar cuenta de ello, una notificación previa de la Comisión al Estado belga, en marzo de 2014, sobre la manera en la que los *pools* operaban allí y sobre las restricciones que ello planteaba para la libertad de establecimiento. El trasfondo era idéntico, cuestionándose la forma en la que legalmente se determinaba el tipo de contratación, laboral, y la composición de los equipos de trabajo para la manipulación de carga en puerto. No obstante, las negociaciones con Bélgica

acabaron en un cambio gradual del modelo de contratación de estibadores, hacia uno más competitivo y, en palabras de la Comisión, sin detrimento de la seguridad en el trabajo portuario. Todo ello se llevó a cabo a través del diálogo, sin que la Comisión tuviera que llevar el asunto ante el Tribunal de Justicia. El expediente se cerró sin sanciones en mayo de 2017. Cabe suponer que la manera en la que, en paralelo, seguía procediéndose con el asunto en España sirvió de incentivo en las negociaciones y final acuerdo en la situación belga²².

Volviendo al caso español, en su dictamen preliminar, que conforme al artículo 258 TFUE siempre precede a una demanda de incumplimiento, la Comisión se apoyaba en las directrices de su comunicación de 2007, es decir, *soft law*, para argumentar sobre la disrupción que el sistema de SAGEP provocaba en la libertad de establecimiento. Señalaba, también desde ese inicio, la que sería su línea contra defensiva principal: la falta de proporcionalidad. Por más que el Estado español defendiese que las SAGEP garantizaban la capacitación técnica y la necesaria seguridad en el trabajo en la estiba, la Comisión entendía que tales objetivos, deseables, podían conseguirse con otros modelos de contratación menos restrictivos de la libertad de establecimiento. El hecho de que las empresas prestatarias que quisieran operar en puertos españoles de interés general tuvieran que reunir recursos financieros suficientes para participar en la SAGEP, así como contratar trabajadores bajo condiciones no controlables, o negociables, causaba alteraciones en las estructuras de costes y empleo de tales empresas. Tales alteraciones, finalmente, podrían tener consecuencias financieras que desincentivaran a esas empresas a la hora de operar en puertos españoles²³.

A partir de esta notificación, efectuada el 12 de septiembre de 2012, la Comisión no tuvo más que seguir insistiendo en los mismos argumentos. Pasados más de los dos meses de plazo que se daba a España para presentar medidas de reforma, en junio de 2013 se lleva el asunto ante el Tribunal de Justicia. La reacción del Gobierno español al respecto fue la de defender la conveniencia de la regulación dada por la ley de 2011, tanto por su adecuación al régimen de registro establecido por el Convenio 137 de la OIT como por las garantías que proyectaba sobre una actividad laboral sensible y de riesgo cual era la manipulación de carga portuaria. No obstante, la anticipación argumental de la Comisión, concordante con las líneas de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en materia de libertad de establecimiento, demostraron la escasa fuerza y virtualidad defensiva de las razones aportadas por el Estado español.

²² Véanse los datos de seguimiento del asunto a través de la documentación del procedimiento por incumplimiento abierto por la Comisión el 28/03/2014 número 20142088 y la memoria de la misma institución sobre procedimientos por incumplimiento de mayo de 2017 publicada en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1280_EN.htm (consulta 26/02/2018).

²³ El número de procedimiento por incumplimiento de la Comisión es el 20094052. En relación con la notificación preliminar, véase el comunicado de prensa publicado en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1022_EN.htm (consulta 26/02/2018).

4.2. El Tribunal de Justicia da respaldo a la Comisión

Una vez ante el Tribunal de Justicia de la Unión, ¿podría haber evitado el Estado español la declaración de incumplimiento? Sería muy ingenuo pensar que sí y no porque el juez europeo nunca desestime una pretensión de tal cariz de la Comisión²⁴, sino porque ya en la sentencia del asunto *Becu*, y sin ser preguntado al respecto, el Tribunal había dejado constancia de cuál era su opinión sobre los *pools* de trabajadores portuarios en relación con la libertad de establecimiento. Ni la Comisión había perdido el tiempo, y las energías, en discutir sobre infracción de las normas relativas a la libre competencia, ni el Tribunal necesitaba dichas alegaciones para resolver el asunto que se le había presentado. En efecto, la sentencia del asunto C-576/13, Comisión contra España, debía parecer tan obvia que se permitía prescindir de conclusiones de Abogado General y, ante la tibia defensa de la representación española²⁵, resolvía con tres claves argumentales en contra de esta.

La primera de las claves era que el monopolio de las SAGEP restringía la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE. Era algo en lo que al Tribunal no le hacía falta insistir, puesto que ya lo había establecido así en un momento anterior, *Becu*, si bien solo fuera en aquella sugerencia hecha al juez belga al margen del objeto de la cuestión prejudicial.

En el caso español, como en aquel antecedente, no había discriminación directa por nacionalidad. Las empresas prestatarias extranjeras podían integrarse en las SAGEP en igualdad de condiciones que una empresa nacional. Pero sí había aquello mismo que se sugería en *Becu*: la posibilidad, aquí constancia, de un efecto inhibitor de la libertad de establecimiento de empresas extranjeras, al exigírseles una participación en el capital social de las SAGEP y al obligarlas a contratar al personal que indicaran estas. La identificación de ese efecto inhibitor al establecimiento, que se presume especialmente incisivo en el caso de empresas de otros países, era la segunda de las claves de la resolución²⁶.

Ahora bien, el efecto inhibitor tiene un componente discriminatorio más atenuado que el caso de una discriminación directa. Eso hace que pueda ser admiti-

²⁴ Aunque según la literatura científica relacionada con la materia, lo habitual es que se Tribunal admita como válida la pretensión de la Comisión, dado que, por lo general, los procedimientos por incumplimiento que llegan a sede judicial lo hacen porque se han agotado las vías de negociación previas que establece el procedimiento. Al respecto, véase: Falkner, G., Treib, O., Hartlapp, M. y Leiber, S., *Complying with Europe: EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, pp. 207 y 208.

²⁵ Apelaba a argumentos prácticos como las dificultades de la reforma y los sobrecostes que supondría o la inconveniencia de una posible contravención del Convenio 107 de la OIT, suscrito por España, que obligaba a mantener un sistema de registro de los trabajadores de manipulación de carga en puerto y a darles prioridad en la contratación. Quizás sabedora de su anticipado fracaso, como explica Molina Navarrete, C, "Competitividad, empresa flexible y...", *op. cit.*, p. 9.

²⁶ En ningún momento se discutía que los requisitos de integración en las SAGEP eran igualmente exigidos, e igualmente gravosos, tanto para empresas españolas que quisieran incorporarse al sector como para empresas de otros países. Belintxon Martín, U., "Derecho europeo, estiba y liberalización: algunas cuestiones clave sobre el conflicto de los estibadores", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, 2017, pp. 25-38, p. 34 (<http://revistas.usal.es>).

do, o justificado como excepción, siempre y cuando se constate que su mantenimiento es necesario para lograr objetivos de interés general. Aceptando que tanto la protección y continuidad de los servicio de estiba, en tanto sector estratégico para la economía, como la seguridad del trabajo en los puertos son objetivos de interés general, y por tanto válidos para justificar una restricción a la libertad de establecimiento, entraba en juego un requisito adicional: la proporcionalidad de la medida inhibitoria. La tercera de las claves del asunto era, por tanto, que la medida discutida, esa que incidía en la libertad de establecimiento, fuera proporcional, es decir, que no hubiera otra medida igualmente adecuada para lograr el objetivo fijado, pero menos restrictiva de la libertad económica en juego. Este aspecto el juez lo decidiría haciendo suyo un argumento de parte: que tal y como había expuesto la Comisión, existían otras medidas menos restrictivas, y no menos idóneas, para garantizar la continuidad, regularidad y calidad del servicio de manipulación de la carga, así como la seguridad de los trabajadores en los muelles. Los ejemplos que se aportaba, tomados de las alegaciones de la Comisión, eran el de la gestión directa de oficinas de empleo por las empresas estibadoras o el de la creación de compañías privadas que llevasen a cabo tal función.

No le quedaba al juez europeo más que declarar que, en efecto, en Estado español infringía una disposición del Tratado, la libertad de establecimiento, cuya eficacia directa estaba en directa contradicción con la regulación nacional del mercado laboral de la estiba. No obstante, como es sabido, una declaración de incumplimiento, aun sentenciada por el Tribunal de Justicia, no tiene una eficacia inmediata en el ordenamiento jurídico del Estado miembro incumplidor, sino que este tiene que ejecutar el mandato recibido del juez europeo. En un caso como este, la ejecución pasaba por modificar las coordenadas de la ley nacional que provocaba la situación infractora. Es en este punto, en la ejecución, en el que el Estado español quedó detenido desde el octubre de 2014 hasta que, en julio de 2016, se pasó a la siguiente fase.

4.3. Asegurando el resultado: coerción y sanción

El objetivo final perseguido por la Comisión, la liberalización del sistema de contratación de personal de estiba y desestiba en España, requería, como se ha dicho, una actuación positiva por parte de los poderes públicos estatales. Y las medidas a implementar no podían ser solo derogatorias. La simple eliminación de la normativa vigente en la Ley de Puertos no solucionaba el problema de manera satisfactoria. Se debía llegar a un modelo alternativo de contratación que, eliminando los obstáculos a la libertad de establecimiento, tuviera en cuenta los aspectos destacados por la propia jurisprudencia, es decir, las cuestiones relativas a la seguridad en la manipulación de la carga y las atinentes a la cualificación de los trabajadores. Pero también, o sobre todo y desde el punto de vista estatal, había que tener en cuenta la repercusión de la pretensión de reforma

sobre un sector con gran incidencia en la organización comercial, interior y exterior, y una gran fuerza de presión en la negociación colectiva. Y los acuerdos parlamentarios para reformar las disposiciones de la Ley de Puertos, relativamente superables cuando el Gobierno estaba sustentado en una mayoría absoluta, se hicieron especialmente difíciles a partir de las elecciones de diciembre de 2015, en las que ningún partido obtuvo apoyos suficientes para formar gobierno. La repetición de las elecciones en junio de 2016 tampoco modificó en gran medida la situación y, a pesar de que el líder del Partido Popular fue investido Presidente de Gobierno, cualquier medida legislativa que se intentase llevar a las Cámaras requería unos mínimos apoyos de los grupos de la oposición.

Así, en julio de 2016, y ante la persistencia del Estado español en el incumplimiento de la sentencia del juez europeo, la Comisión activó el mecanismo del artículo 260 TFUE para obtener del Tribunal de Justicia una condena pecuniaria en forma de multa coercitiva. Con ello se abrió el asunto C-388/16 ante el TJUE²⁷, que sirvió de factor de presión para que el Gobierno español acometiera la instada reforma. Finalmente, tras un fallido Decreto-ley del Gobierno en febrero de 2017, que no fue convalidado por el Congreso de los Diputados²⁸, y tras reiterados anuncios de huelga con alguna realización parcial, finalmente el Decreto-ley 8/2017 consigue en mayo los apoyos necesarios para mantenerse en vigor²⁹. La nueva regulación consagra la extinción gradual de los privilegios de las SAGEP, que irían paulatinamente cediendo su posición a favor de empresas de trabajo temporal, y confirma la libertad de contratación de trabajadores por parte de las empresas prestatarias. Siguiendo expresamente las sugerencias del Tribunal de Justicia, la nueva regulación crea centros de empleo en los puertos, con la finalidad de gestionar, dentro de un sistema de libre contratación, el trabajo del personal de manipulación de mercancías. Esos centros de empleo intermediarán, como empresas de trabajo temporal, con las prestatarias.

La entrada en vigor de la reforma, al día siguiente de su publicación, no logró sin embargo disuadir ni a la Comisión ni al Tribunal de Justicia de que España

²⁷ Asunto C-388/16, *Comisión contra España*, que concluye con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2017, (ECLI:EU:C:2017:548). Véase la noticia de la Comisión en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1455_EN.htm (consulta 26/02/2018). Un reciente comentario doctrinal sobre la sentencia, sus antecedentes y el resultado final, con una visión ciertamente crítica contra la acción de las autoridades españolas y con el procedimiento de ejecución de sentencias por incumplimiento del TJUE puede consultarse en Menéndez de la Cruz, C., “La Controvertida solución al modelo de la estiba y desestiba portuaria español. Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2017, relativa al procedimiento de condena al Reino de España”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 47, 2018, www.iustel.com.

²⁸ Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, 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, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052), BOE 25/02/2017.

²⁹ Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, 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, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052), BOE 13/05/2017.

no merecía una sanción³⁰. Para el TJUE, las justificaciones del Reino de España basadas en dificultades internas, incluyendo las dos disoluciones las Cortes y un periodo de unos diez meses de Gobierno en funciones, no eran aceptables. Es conocida la posición del juez europeo de que ningún Estado miembro puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, mucho menos ante un incumplimiento declarado de una libertad económica fundamental, cual es la libertad de establecimiento³¹. La sanción, sin duda, además de desincentivar ulteriores incumplimientos por parte de España de otras sentencias del TJUE, sirve de advertencia a otros Estados que pudieran estar sosteniendo regímenes de contratación portuaria similares. El desincentivo opera bien para ultimar la reforma, como justo acababa de hacer Bélgica antes de la confirmación de la sanción³², bien para emprenderla sin tardanza.

5. LA REFORMA DEL TRABAJO EN LA ESTIBA POR LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO ESPAÑOL, ENTRE EL EFECTO DIRECTO Y LA INTEGRACIÓN ENCUBIERTA

Una vez revisados los hitos que, desde la Unión, motivan la reforma de la contratación de personal en la estiba española, llega el momento de contrastar las pautas identificadas en las actuaciones llevadas a cabo tanto con los modos operativos propios del efecto directo, desde el punto de vista normativo, como con los modelos teóricos que explican la integración encubierta, este segundo aspecto desde el punto de vista de la acción institucional y de la gobernanza. Con ello se intenta poner de manifiesto que esas dos líneas de acción, tradicionales en el ámbito de la armonización e integración económica, han seguido plenamente operativas tras la reforma de Lisboa y a pesar de la crisis financiera. De hecho, podría sostenerse que la eficacia de su acción conjunta resulta aún mayor en una tesitura política en la que los ejecutivos estatales parecen carecer de margen de reacción ante las pretensiones de la Comisión, en parte a causa de la fragmentación política interna, con su repercusión sobre las mayorías parlamentarias y la existencia de gobiernos débiles, y en parte por la dependencia respecto a la fiscalización de Bruselas, acentuada por la entrada en escena de los mecanismos de estabilidad financiera.

³⁰ La Comisión desistió del recurso en lo que respectaba a la multa coercitiva, pero lo mantuvo en lo referente al pago de una suma a tanto alzado y al importe de ésta: de 27 552 euros, multiplicada por el número de días transcurridos desde que se dictó la sentencia hasta la entrada en vigor del Decretoley. El TJUE finalmente la fijó en tres millones de euros.

³¹ Asunto C-388/16, *cit.*, párrafos 41 a 43.

³² Véase la nota 22 *supra* &.

5.1. La dinámica hermenéutica del efecto directo en los casos de incumplimiento

El primero de los aspectos, líneas de acción como se las mencionaba en la introducción de este trabajo, es el recurso a la eficacia directa de normas generales del Tratado para conseguir del Estado miembro la ejecución de mandatos concretos. Se da por sentado, en especial desde que en los años noventa del siglo XX se acelera para la completa realización del mercado único, que el efecto directo de las obligaciones establecidas en los Tratados implicaban que los Estados miembros debían quitar barreras al mercado único sin esperar a que hubiera acuerdos al respecto en el seno del Consejo, por aquel entonces legislador hegemónico³³. Sin embargo, esa presuposición no impide un análisis crítico de la manera en la que la misma se consolida y, en especial, de la forma en la que la Comisión se vale de la doctrina del efecto directo para conseguir un resultado predeterminado por ella misma en ámbitos de actuación estatal, en los que la Unión solo ha hecho uso parcial de su competencia. Y se trata, del mismo modo, de cómo lo consigue a partir de una formulación genérica, en este caso de principio, contenida en el Derecho originario. La lectura de la secuencia implica estas tres cosas: que existe una clara proyección imperativa, extendida sobre un ámbito de acción estatal, de una decisión política, y no normativa, de la Comisión; que la decisión política se convierte en una decisión normativa; y que tal transformación se justifica sobre la base de ese principio general de eficacia que, como explicaba Pescatore, está en la raíz de la afirmación jurisprudencial del efecto directo³⁴.

5.1.1. Mutaciones del efecto directo y creación de reglas aplicables

Siendo obligada en este punto una mínima referencia a las características del efecto directo del Derecho europeo, también lo es retrotraerse a la sentencia Van Gend, en los sesenta del pasado siglo. Es entonces cuando el TJUE establece que las normas del Tratado tienen efecto directo, lo cual significa que aquellas, a través de este, pueden ser invocadas por los particulares. El efecto directo surge en principio, y luego se desarrolla, en el ámbito de cuestiones prejudiciales. En tal contexto, como se ha dicho, su función es dar respaldo a la invocación de las normas de los Tratados comunitarios por los particulares ante los jueces estatales, trascendiendo la concepción de que las disposiciones del mismo, como convenio internacional, se dirigen a sus signatarios, es decir, a los Estados miembros³⁵. Los particulares pueden, así, oponer normas de los Tratados europeos, y también del Derecho derivado

³³ Schmidt, S. K., "The shadow of...", *op. cit.*, p. 172.

³⁴ Pescatore, P., "The Doctrine of "Direct effect": an infant disease of Community Law", *European Law Review*, 2015, pp. 135-153.

³⁵ En la estela de la resolución fundacional respecto a la invocabilidad por particulares de disposiciones de un tratado internacional: el Dictamen de la Corte Permanente Internacional de Justicia de 3 de marzo de 1928 (serie B, núm. 15) sobre la jurisdicción de los tribunales de Dantzing.

más allá de los Reglamentos, frente a un Estado miembro si reglamentaciones o prácticas internas obstaculizan sus propósitos individuales. Los particulares son, en suma, destinatarios de las disposiciones de los Tratados en la medida en que estas les confieran derechos³⁶. En tal marco, esos propósitos que los particulares reclaman, y a cuya realización asiste el efecto directo, priorizan los objetivos del Derecho europeo, por lo que es habitual que resulten coincidentes con el sentido de la integración. Es ahí donde entra en juego la interpretación funcionalista propia de esa jurisprudencia federalizante del TJUE. Claramente, la ligazón de la pretensión del particular con el carácter finalista del Derecho europeo proporciona al TJUE la razón de la eficacia directa de las normas del Tratado, a la que a partir de *Costa Enel* le asiste la primacía como regla de desplazamiento del Derecho estatal impeditivo o de aplicación preferente del Derecho europeo.

Desde esas premisas, y a partir de *Van Gend*, las virtualidades del principio del efecto directo han ido ampliándose sucesivamente en el ámbito de la cuestión prejudicial y con motivo de su invocación por particulares³⁷, de manera que, entre otros matices que no es posible desarrollar en el contexto de este trabajo³⁸, su significado se ha desdoblado. Como consecuencia de tal desdoble, es indiscutible que la acción del efecto directo no solo se ciñe a la confirmación de derechos de particulares, invocables ante los jueces estatales sobre la base del Derecho europeo, sino que también abarca la revisión de la legalidad estatal disconforme con aquel³⁹. Una vez que el efecto directo es admitido como consustancial a la naturaleza del Derecho europeo, permitiendo tanto la atribución de derechos a particulares como la revisión de la conformidad normativa estatal, entra dentro de la lógica del principio que el mismo se emplee en una práctica bien distinta a la invocación ante jueces estatales y según la cual la efectividad de las disposiciones de los Tratados puede ser alegada, en defecto de Derecho derivado, por la Comisión frente a los Estados miembros en recursos por incumplimiento. Es posible que la Comisión, que ni es ni representa a particular alguno, haga suyos los intereses particulares coincidentes con la pretensión de la demanda, intereses que se presumen protegidos por las disposiciones infringidas o violentadas por el Estado miembro. Por ejemplo, y en el caso de referencia en este trabajo, la Comisión hablaría por las empresas prestatarias de ser-

³⁶ Sobre el hermanamiento entre la idea de invocación por particulares y efecto directo, véase en general Winter, J. A. "Direct applicability and Direct Effect. Two distinct and different concepts in Community Law", *Common Market Law Review*, Vol.9-4, 1972, pp. 425-438, en especial p. 438.

³⁷ Craig, P. y de Búrca, G., *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 186 a 188.

³⁸ Por ejemplo, en qué medida el efecto directo y la primacía empiezan estando vinculados y cómo dejan de estarlo, creando doctrinas paralelas a la del efecto directo tales como la del efecto útil. Al respecto véase Dougan, M., "When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy", *Common Market Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 931-963; y Claes, M., *The National Courts' mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2006, pp. 100 a 102.

³⁹ Prechal, S., "Does direct effect still matter?", *Common Market Law Review*, Vol.37, 2000, pp. 1047-1069, p. 1050.

vicios de estiba que desearan operar en puertos españoles⁴⁰. Con todo, es claro que lo que se persigue en un recurso por incumplimiento es un determinado objetivo del programa de integración que la Comisión, dentro de sus funciones, traza en el ámbito de políticas concretas y a partir de lo recogido en el Tratado.

La Comisión parte, pues, de esa primera mutación del efecto directo: la que lo hace aplicable a la revisión de la conformidad de la legislación o práctica estatal impeditiva de fines del Tratado. Pero para ello se cuenta con otra mutación adicional: la que presupone que las disposiciones generales o de principio contenidas en los Tratados son directamente aplicables, gozan de eficacia frente al Derecho estatal, obligan al Estado miembro en ámbitos concretos y lo compelen a pesar del alto grado de generalidad que puedan tener y de no cumplir, por ello, las reglas originarias exigidas al efecto directo: claridad, incondicionalidad y, la más difícil cuando se trata de disposiciones abiertas, no requerir acciones adicionales⁴¹. Podría afirmarse que en el argumentario de la Comisión y en el del Tribunal de Justicia, trasladado del prejudicial al ámbito de la demanda por incumplimiento, el efecto directo de una norma general del Tratado bien se concibe, en realidad, como aplicabilidad directa bien se hace indistinto con ella⁴². La consecuencia no puede ser otra: la norma general invocada por la Comisión confirma su justicia-bilidad, como capacidad de coerción sobre una situación dada en el interior de un Estado miembro o sobre una regulación estatal⁴³.

Adquiere así la Comisión un instrumento de coerción federal puramente normativo que le permite prescindir del legislador supranacional para conseguir ciertos resultados. El efecto directo es ese instrumento y lo puede utilizar a través del recurso por incumplimiento, con el valor añadido de que su afirmación por el Tribunal de Justicia como principio fundamental del Derecho de la Unión lo hace difícilmente combatible en dicha sede. Opera ahí una sinergia hermenéutica, o

⁴⁰ Y de hecho la Comisión abre procedimientos por incumplimiento también por denuncia de parte. Véase https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/contact/problems-and-complaints/how-make-complaint-eu-level/submit-complaint_es (consulta 06/03/2018).

⁴¹ Hartley, T., *The foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 210.

⁴² Sobre la indistinción, véase: Winter, J. A., “Direct applicability and...”, *op. cit.*, p. 425. En una concepción estricta de Derecho Internacional responden a una diferente naturaleza jurídica: el efecto directo es la susceptibilidad de ser invocado por particulares, la aplicabilidad directa el hecho de incorporarse desde su creación al ordenamiento del Estado miembro. La indistinción, en la jurisprudencia del juez europeo, se relaciona con la concepción que este promueve del Derecho de la Unión Europea como ordenamiento jurídico de una Comunidad de Derecho. También el TJUE los ha distinguido en ocasiones, dando a entender que una disposición puede ser invocadas –efecto directo– sin ser directamente aplicables. De Nuevo: Winter, J. A., “Direct applicability and...”, *op. cit.*, p. 437. Tal y como hace ver Lenaerts, el propio TJUE utiliza la concepción tradicional del Derecho Internacional cuando se trata de aplicar tratados internacionales en el ámbito del Derecho de la Unión, por más que siga entendiendo que para la aplicación de este las reglas son diferentes, por especiales. Lenaerts, K., “Direct applicability and direct effect of International law in the EU legal order” en I. Govaere, E. Lannon, P. van Elsuwege, S. Adamen, *The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Maresecau, Martinus Nijhoff Publishers*, Leiden, 2014, pp. 45-64, en especial, p. 64.

⁴³ El efecto directo se reduce, por tanto, a una cuestión de justicia-bilidad, teniendo en cuenta tanto las características de la norma como la situación a la que debe aplicarse. Pescatore, P., “The Doctrine of...”, *op. cit.*, p. 153-154.

tercera mutación, entre los fines de la acción institucional de la Comisión, favorecer la integración, y los de ese efecto directo que para el juez europeo se deriva del espíritu de los Tratados cuya misión es crear una Comunidad de Derecho⁴⁴.

5.1.2. Elementos complementarios en la implementación de las reglas creadas

Siguiendo estas pautas es como una disposición general de Derecho de la Unión, en el caso analizado el artículo 49 TFUE, más allá de la prohibición de discriminación por nacionalidad⁴⁵, alcanza aplicabilidad y eficacia directa. Ahora bien, aun despojado de esos requisitos iniciales de claridad, incondicionalidad y no exigencia de acciones adicionales, difíciles de atribuir a una norma de principio, para que los parámetros hermenéuticos del efecto directo lo hagan aplicable al conflicto sí que se demanda una conexión material entre la disposición de principio del Tratado, la política concreta y la práctica o regla estatal. En relación con esto, es evidente que cuanto mayor sea la generalidad de la norma europea, más fácil será identificar la conexión y justificar que la acción estatal entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Una vez corroborada la conexión material, el efecto directo opera, haciendo que la disposición general o de principio europea indirectamente precluya la disposición o práctica estatal, si se prueba que se obstaculizan los objetivos del Tratado tal y como han sido concretados en las propuestas de la Comisión. El Estado demandado es debe entonces bien demostrar lo contrario, que no hay obstáculo alguno, bien justificar con éxito que actúa dentro de un margen de apreciación o que se ha acogido a una excepción. En estos casos, sin embargo, ni el margen de apreciación ni la excepción eximen automáticamente al Estado miembro de cumplir con los fines de la norma general, de darle efectividad. Considera el Tribunal de Justicia que sobre márgenes de apreciación y excepciones se proyectan igualmente los fines del Tratado y, por lo tanto, incluso en tales casos se podrá declarar el incumplimiento⁴⁶.

En definitiva, determinar que la norma o práctica estatal impide la realización del mandato general europeo, que en su generalidad siempre será perfectible y que, por tanto, siempre podrá estar siendo impedido en mayor o menor medida, no suele resultar difícil para el juez europeo. No obstante, si el impedimento no es flagrante aún puede entrar en juego un elemento más, que es la regla de la proporcionalidad. La proporcionalidad, eso sí, será medida no en función de los objetivos de la acción del Estado, sino en función de los del Derecho de la Unión. Solo si el interés del Estado es capaz de conciliarse con las pretensiones del Derecho europeo, anticipados en la norma general y especificados en la política supranacional de la Comisión,

⁴⁴ Sobre el espíritu de los Tratados como pretexto, de nuevo Winter, J. A., "Direct applicability and...", *op. cit.*, p. 433.

⁴⁵ Cuya eficacia directa por ser incondicionales -la de las medidas prohibitivas de la discriminación por nacionalidad-, ya había confirmado el TJUE. Pescatore, P., "The Doctrine of...", *op. cit.*, p. 140.

⁴⁶ Prechal, S., "Does direct effect...", *op. cit.*, p. 1063.

podrá evitarse el resultado negativo del test de proporcionalidad. Pero, aun así, si se barajan por la Comisión otras medidas menos agresivas que, consiguiendo similares resultados, impidan menos o permitan un mejor despliegue de los fines de la norma general y de las políticas supranacionales, la proporcionalidad se declarará quebrada y de esa quiebra se resolverá la existencia del incumplimiento.

Se llega así al final del camino seguido por el TJUE en el asunto de la estiba española. La idea central del razonamiento del juez europeo, adoptada siguiendo el dictado de las Comunicaciones de la Comisión, es que las labores de carga y descarga en puerto se hallan dentro del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento. Así lo han constatado especialmente las Comunicaciones de 2007 y 2013. Esto es así para el Tribunal europeo independientemente de que no haya Derecho derivado aplicable al sector. Así lo demuestra la fallida trayectoria de la Directiva de servicios portuarios, la exclusión de la manipulación de carga de la Directiva de servicios y la excepción que, en idéntico sentido, hace el Reglamento de Puertos de 2017. Como se ha explicado, son precisa y paradójicamente esas excepciones y exclusiones las que reafirman la inclusión del sector en el ámbito de aplicación de las normas generales, pues el hecho de que se las mencione expresamente, para dejarlas al margen, es a ojos de la Comisión, y a los del Tribunal, confirmación de que la materia está dentro de la competencia atribuida. La eficacia directa o aplicabilidad directa del artículo 49 TFUE se hace indiscutible, convirtiéndose en una norma con fuerza coercitiva, a pesar de que, decidida y conscientemente, el legislador europeo haya querido dejar al margen de su acción a un sector concreto del tráfico económico y comercial.

5.2. Integración encubierta y acción institucional

Pero la línea de acción normativa, la relativa al efecto directo, se halla al final de una cadena de acciones en las que el protagonismo lo tienen los actores institucionales del sistema supranacional. En este caso concreto, en los que la proyección de las políticas de la Comisión lleva a un recurso por incumplimiento, esos actores son esta última y el Tribunal de Justicia. Son ellos los que activa esa la línea estratégica denominada de integración encubierta. La misma se ubica dentro de un marco teórico que señala mecanismos operativos que, aprovechándose de las previsiones de los Tratados pero actuando de modo colateral a las mismas, alcanzan el resultado profundizar en la integración por vías indirectas. Esas vías indirectas, o encubiertas, muchas veces implementan políticas con un nivel de efectividad mayor que el de los procedimientos de decisión reglados⁴⁷.

5.2.1. Las virtualidades integradoras del soft law

⁴⁷ Se sigue en esto a Héritier, A. “Covert integration in the European Union” en J. Richardson y S. Mazey (ed.), *European Union. Power and policy making*, Routledge, New York, 2015, pp. 351-369. p. 352.

El ejemplo de la reforma de la estiba permite identificar como mínimo dos mecanismos decisivos de integración encubierta, que se interrelacionan para lograr el resultado coercitivo. El primero de ellos es el recurso al llamado *soft law* ahí donde, aún, no ha sido posible alcanzar acuerdos legislativos sobre una cuestión específica⁴⁸. En concreto, el mencionado Libro verde de 1997 y las Comunicaciones en materia de puertos de 2007 y 2013 son los instrumentos que incorporan las cuestiones relativas a la manipulación de carga al ámbito de acción de la Comisión. Así hacen de la misma una cuestión de Derecho de la Unión, cumpliendo con una función inclusiva que la literatura científica en la materia atribuye al *soft law*⁴⁹. Al existir una conexión clara entre una competencia atribuida, la de transportes, y la materia del trabajo portuario, en ningún momento se puede inferir que haya una actuación *ultra vires* por parte de la Comisión. Más bien todo lo contrario: a las propuestas de la Comisión para dicho sector se les atribuye una función promocional, conforme a la cual estarían allanando el camino para una futura regulación formal de la actividad⁵⁰. De la intersección entre estas dos funciones, se deduce la tercera, que es la de dar complemento a aquello que no está directa o específicamente regulado en el Derecho de la Unión, el por contraste llamado *hard law* que haría referencia tanto a los Tratados como a cualquier desarrollo normativo de los mismos. Aunque en relación con su justiciabilidad ese *derecho débil* solo puede tener una eficacia interpretativa, lo cierto es que su concurso con el Derecho originario o derivado, a la hora de decidir sobre un determinado conflicto, terminaría de dar al segundo el carácter ejecutivo del que carecería sin el concurso del primero⁵¹.

5.2.2. Acción institucional: especificando normas incompletas

El segundo mecanismo que se identifica está plenamente vinculado a la acción institucional conjunta, y cooperativa, de la Comisión y el Tribunal de Justicia. El patrón, ya descrito, responde a la siguiente descripción de modo de integración encubierta: existiendo una regulación incompleta referida a una determinada cuestión, su aplicación es promovida por la Comisión como ejecutivo de la Unión. A continuación, en caso de encontrar resistencia a la efectividad de la norma incompleta, el juez europeo interviene para dar respaldo a la perspectiva de la Comisión a través del recurso por incumplimiento. De esa manera, y dada la fuerza normativa que su reconocimiento por el TJUE añade a la regulación incompleta, esta última se concreta en reglas específicas con una teleología favorable a la integración⁵². La realización

⁴⁸ A pesar de que el *soft law* no siempre es una herramienta efectiva en defecto de consenso de los actores estatales. Héritier, A. “Covert integration in...”, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁹ Es la función de “europeización”. Peters, A. “Soft law as a new mode of governance” en U. Diedrichs, W. Reiners y W. Wessels, *The Dynamism of Change in EU Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, pp. 21-, p. 34.

⁵⁰ Peters, A. “Soft law as...”, *op. cit.*, p. 35.

⁵¹ Peters, A. “Soft law as...”, *op. cit.*, p. 36.

⁵² Héritier, A. “Covert integration in...”, *op. cit.*, p. 358.

fundamental de este mecanismo se basa, en efecto, en completar la formulación de objetivos de una determinada política a través de la interpretación jurídica⁵³.

El mecanismo cuenta para su funcionamiento con un elemento clave que sí que se inserta en la letra de los Tratados: el recurso por incumplimiento. En especial desde que en la reforma de Maastricht se introdujese la posibilidad de sanciones económicas a los Estados que persistieran en el incumplimiento, las virtudes coercitivas de este procedimiento se han visto potenciadas. Se trata pues, como ha ocurrido en el caso de la estiba en España, de plegarse a reformar la legislación interna o arriesgarse a que la cuantía de la sanción se vaya incrementando. Y, más allá, la realidad de la integración jurídica determina que, en el momento en el que existe una resolución de incumplimiento contra un Estado, los particulares afectados por las prácticas o reglamentaciones estatales podrían acudir a los tribunales internos invocando, ahora sí, el efecto directo de las normas convencionales que favorecieran sus pretensiones. A través de una vía u otra, el Estado miembro se vería obligado a integrar el mandato derivado de la sentencia del juez europeo en su ordenamiento.

La cuestión concreta de las barreras a la libertad de establecimiento que pudiesen provocar determinadas formas de organizar la contratación de estibadores portuarios ya estaba anticipada por la jurisprudencia del TJUE en el caso *Becu*. En este sentido, la convergencia entre la línea argumental de la Comisión y la del juez europeo estaba garantizada de antemano, antes de activar el procedimiento y llevarlo a sede judicial. En relación con ello, hay que hacer notar que la primera de las sentencias, la C-576/13 de 2014, no solo sigue las pautas hermenéuticas referidas en el epígrafe anterior, en torno al efecto directo, ámbito de aplicación y proporcionalidad, sino que en este último punto suministra al Estado español la clave de la reforma a emprender: tal y como había sugerido la Comisión, sustituir las SAGEP por empresas de trabajo temporal. Así lo hace el Decreto-ley 8/2017, confirmando que una regla sugerida por la Comisión puede convertirse en norma imperativa a través de la acción concurrente del efecto directo y la integración encubierta.

6. CONCLUSIONES

Hasta aquí se ha relatado y analizado cómo se lleva a cabo la reforma del trabajo en la estiba por la Unión Europea y los mecanismos que coadyuvaron a que esta se convirtiese en una exigencia normativa sin Derecho derivado interpuesto. No obstante, las conclusiones de este trabajo no acaban en esos aspectos, sino que se relacionan, además, con la manera en la que las pautas de la Comisión y del Tribunal fueron recibidas en España. Si bien la acción de la Unión terminaba con la primera sentencia del Tribunal de Justicia, sin tener en cuenta la presión ejercida por la petición de multas coercitivas que siguió haciendo la Comisión, la reforma no podría haberse llevado a cabo sin la aprobación del Decreto-ley que

⁵³ Héritier, A., “Covert integration of core...”, *op. cit.*, p. 19.

le daba ejecución. Ese Decreto-ley necesitó dos versiones. Motivos diferentes operaron en la repetición: el rechazo que las medidas provocaban en el sector de la estiba; el lugar en que quedaba la negociación colectiva; y la lectura política del asunto en un Congreso de los Diputados donde el partido gobernante tiene una mayoría insuficiente para sacar adelante proyectos sin apoyo de otras fuerzas.

Así, por una parte, el análisis de la reforma de la estiba muestra, como si fuera un test de laboratorio, que las dinámicas de integración supranacional, en lo relativo al mercado interior cuanto menos, continúan desenvolviéndose a través de los mismos métodos empleados, en especial desde finales de los años ochenta. No parece que los cambios institucionales y normativos del Tratado de Lisboa, la preponderancia del procedimiento legislativo ordinario o el aumento de protagonismo del Consejo Europeo respecto a la Comisión, hayan afectado a esas dinámicas. Tampoco parece haberlo hecho la crisis financiera, conservando el plan unificador de las reglas de mercado su capacidad para perfilar aristas y derribar barreras a las libertades económicas y al juego de la competencia.

No obstante, y por otra parte, las situaciones sociales y políticas en los Estados miembros, y en España particularmente, sí que hacen ver modos de reaccionar muy distintos ante la implementación coercitiva de medidas de reforma por parte de la Unión. Y es que este concreto caso, el de la estiba, muestra cómo esa teleología integradora se superpone no ya al procedimiento legislativo establecido en los Tratados, sino a cuestiones de singular relevancia constitucional interna, como el lugar de la negociación colectiva en la reforma de la contratación laboral y en un sector de características tan singulares con tanta relevancia para el funcionamiento de la distribución en el mercado. En este sentido, así como el efecto directo de una disposición del Tratado, aplicado a un ámbito concreto de acción estatal, convierte en determinaciones jurídicas cuestiones de calado político y social, y así como las dinámicas de integración encubierta despolitizan determinadas decisiones encalladas en el Consejo, la convergencia de esas dos fuerzas en la reforma de la estiba ofrece, por el contrario, el resultado de una alta politización y conflicto en el seno del Estado implicado. El fantasma de la deficiente legitimación democrática de la decisión, o de su origen, se aparece, pero no ensombrece su resultado, pues a pesar de las dificultades que hubo para la aprobación final de la reforma en sede parlamentaria, en esa esfera, finalmente, la misma acabó por concertarse⁵⁴. Aun así, en perspectiva, y en comparación con la manera silenciosa en la que siempre había funcionado la teleología de la integración en los Estados miembros⁵⁵, el ruido social, político y mediático que provocó este asunto en 2017 es innegablemente un cambio. El tiempo dirá si se trata de una excepción o de la puesta en cuestión de las exigencias planteadas por los objetivos de la integración.

⁵⁴ De Bièvre, D., Bursens, P., "Patterns of covert integration in EU governance" en P. Bursens, C. De Landtsheer, L. Braeckmans y B. Seggaert, *Complex Political Decision-Making*, Routledge, London, 2017, pp. 31-39, p. 38.

⁵⁵ Weiler, J. H. H., "A Constitution for Europe? Some hard choices", *Journal of Common Market Studies*, vol. 40, 2002, pp. 563-580, p. 572.