

DICTAMEN
sobre el mejor modo de dar 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 (“sentencia sobre la estiba”)

*Dictamen de la Dirección del Master of Laws in International
Economic Law and Policy (Master IELPO) de la Universitat de
Barcelona*

Autor

Ramon TORRENT

Director del Master IELPO
Ex – director de Relaciones Económicas Internacionales
en el Servicio Jurídico del Consejo de la Unión Europea

17 de Marzo de 2017

ESTRUCTURA

Introducción

1. **El Real Decreto-Ley 4/2017 parte de una premisa errónea**
2. **El dispositivo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (“sentencia sobre la estiba”), se refiere solo a las “empresas de otros Estados miembros”**
3. **Explicación de la sentencia (I). ¿Por qué la sentencia se refiere solo a “las empresas de otros Estados Miembros (de la UE)”?**
4. **Explicación de la sentencia (II). Comparación con otras sentencias relevantes del Tribunal de Justicia en materia de derecho de establecimiento**
5. **El cumplimiento de la sentencia sobre la estiba del Tribunal: un tema entre el Reino de España y el Tribunal, no entre el Reino de España y la Comisión Europea**
6. **El cambio radical del marco jurídico del problema de la estiba tras la aprobación del Reglamento UE 2017/352 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**
7. **Conclusión: Propuesta de actuación a corto y medio/largo plazo**
 - 7.1. **Excluir de manera inmediata del ámbito de aplicación de las disposiciones objeto de la Sentencia a las empresas de los otros Estados Miembros de la UE: La eventual existencia de una “*discrimination à rebours*” (discriminación inversa) es normal en materia de derecho de inversiones extranjeras**
 - 7.2. **Tramitar el contenido normativo del Real Decreto-Ley 4/2017 como ley ordinaria en el periodo de dos años al término del cual se aplicará el Reglamento UE 2017/352 de 15 de febrero de 2017**
 - 7.3. **Reconocer un grado de autonomía adecuado a los diferentes Puertos españoles para regular los servicios que prestan**

Introducción

Con la publicación del presente dictamen, el Master of Laws in International Economic Law and Policy (Master IELPO) de la Universitat de Barcelona quiere cumplir con una de las funciones principales de las Universidades públicas: la transferencia de conocimiento al conjunto de la sociedad. El Master IELPO ha esperado, para publicar este dictamen, al resultado de la votación que ha tenido lugar el día 16 de marzo de 2017 en el Congreso de los Diputados sobre la convalidación del 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).

Este dictamen no pretende abordar el muy complejo problema de la regulación de los servicios portuarios, ni, en particular, el de los servicios de manipulación de mercancías. Su objetivo es mucho más limitado. Pretende solo analizar el marco que ofrece el derecho de la Unión Europea (“UE” en lo que sigue) para tratar ese problema. Aún más en concreto, quiere demostrar que dicho marco no obliga a un tratamiento de dicho problema que sea precipitado en el tiempo, ni único en cuanto a las opciones regulatorias ni uniforme para todos los puertos de España.

Para ello, se analiza la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13, y se tiene en cuenta la aprobación e inminente entrada en vigor del Reglamento UE 2017/352 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.

1. El Real Decreto-Ley 4/2017 parte de una premisa errónea

El 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) comienza su exposición de motivos con la afirmación siguiente:

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), condena al Reino de España por considerar que el régimen legal en que se desenvuelve el servicio portuario de manipulación de mercancías contraviene el artículo 49 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al imponer a las empresas que deseen desarrollar la actividad las siguientes obligaciones:

- participar en el capital de una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) y,*
- contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado.*

Esta afirmación es errónea. El dispositivo de la referida sentencia (“sentencia sobre la estiba” en lo que sigue) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“el Tribunal” en lo que sigue) no es el indicado en esta afirmación.

2. El fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (“sentencia sobre la estiba”), se refiere solo a las “empresas de otros Estados miembros”

En efecto, el fallo de la referida sentencia del Tribunal es el siguiente (subrayado añadido):

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

Así pues, la sentencia del Tribunal no se refiere, como erróneamente afirma la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley, a “las empresas” que desarrollan la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles sino tan solo a a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar dicha actividad.

En derecho de la UE, la “nacionalidad” de las empresas se determina, tal como establece el artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la UE (“TFUE” en lo que sigue), según sea el Estado Miembro de conformidad con la legislación del cual se han constituido y en el cual tengan su sede social, administración social o centro de actividad principal¹. Según el apartado 2 del referido artículo, “*Por sociedades se*

¹ Artículo 54.1 del TFUE: “*Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.*”

El derecho de la UE sigue, pues, el criterio establecido, en derecho internacional general, por una bien asentada jurisprudencia, cuya pieza esencial sigue siendo la sentencia *Barcelona Traction* (sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 7 de febrero de 1970). Se diferencia, por tanto, radicalmente de la definición que de la “nacionalidad” de las empresas da el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS /GATS) de la Organización Mundial de Comercio, que en su artículo XXVIII determina dicha “nacionalidad” por el criterio de la nacionalidad de quienes controlan su capital.

entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

3. Explicación de la sentencia (I). ¿Por qué la sentencia se refiere solo a “las empresas de otros Estados Miembros (de la UE)”?

No debe sorprender que la sentencia se refiera solo a “las empresas de otros Estados Miembros de la UE” porque lo que el Tribunal interpreta no es una norma de derecho derivado o secundario de la UE que establezca un régimen uniforme para todas las empresas que desarrollan la actividad de manipulación de mercancías en los puertos de los Estados miembros de la UE sino una norma de derecho primario, el artículo 49 del TFUE, cuyo objetivo no es este sino el de regular jurídicamente las relaciones entre Estados miembros en materia de establecimiento. Es por ello por lo que se explicará más adelante que el marco jurídico de las cuestiones a las que se refiere el presente dictamen ha cambiado radicalmente con la aprobación e inminente entrada en vigor del Reglamento UE 2017/352 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.

El capítulo del TFUE sobre el derecho de establecimiento no tiene el mismo enfoque que los capítulos referidos a la libre circulación de bienes, servicios, capitales y trabajadores. Y es perfectamente justificado que sea así:

- Los bienes, servicios, capitales y trabajadores de cualquier Estado miembro están, por hipótesis, dentro de su mercado nacional. Puede haber restricciones para su circulación, comercialización o contratación, pero ningún acto de “entrada en el mercado” es requerido para ellos. Por tanto, desde el punto de vista del derecho de la UE, el primer problema que se plantea, para los bienes, servicios, capitales y trabajadores de los otros Estados Miembros, es el de si “pueden entrar en el mercado del Estado Miembro de que se trate” y en qué condiciones pueden hacerlo. Una vez hayan conseguido entrar, serán tratados como bienes, servicios, capitales o trabajadores nacionales.
- Pero la situación es radicalmente distinta en materia de establecimiento. Los nacionales de cada Estado Miembro han de “establecerse” en su propio Estado antes de ejercer una actividad económica; han de “entrar” en su propio mercado nacional. Por tanto, desde el punto de vista de los otros Estados Miembros y del derecho de la UE, el problema no es el de si sus nacionales (profesionales individuales o empresas) pueden ejercer una actividad económica “sin establecerse” sino el de si, cuando se establecen, lo pueden hacer o no en las mismas condiciones que los nacionales. Es por ello que el derecho de

establecimiento, ya en el Tratado de Roma que creó la Comunidad Económica Europea, no se concibió como un “derecho a establecerse sin restricciones” (mientras que las libertades de circulación sí se concibieron como un “derecho a entrar sin restricciones en el mercado”). Se concibió como un derecho al trato nacional; como el derecho a establecerse en las mismas condiciones (es decir, sin más restricciones) que los nacionales.

Es por ello que el artículo 49 del TFEU establece (subrayado añadido) que:

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

La segunda frase, y el sentido a atribuir al verbo “comporta” en tanto que introductorio de una definición de “derecho de establecimiento”, queda especialmente clara si se toman, para este término, las cuatro versiones lingüísticas originales del Tratado de Roma: “*comporte/importa/umfasst/omvat*”.

La imposición a los Estados miembros de esta obligación de otorgar el trato nacional a profesionales y empresas de los otros Estados Miembros ha ido siempre acompañada de la atribución a la Comunidad (ahora a la Unión) de una muy amplia competencia para armonizar o, en otros términos, para producir derecho uniforme aplicable a todos los profesionales o empresas de los distintos Estados Miembros. Esta ha sido siempre la función de los actuales artículos 50 a 53 del TFUE que establecen (subrayado añadido):

Artículo 50

1. A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, mediante directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social.

2. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular:

a) ocupándose, en general, con prioridad, de las actividades en las que la libertad de establecimiento contribuya de manera especialmente útil al desarrollo de la producción y de los intercambios;

b) asegurando una estrecha colaboración entre las administraciones nacionales competentes a fin de conocer las situaciones particulares, dentro de la Unión, de las distintas actividades afectadas;

c) eliminando aquellos procedimientos y prácticas administrativos (sic) que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la libertad de establecimiento;

d) velando por que los trabajadores asalariados de uno de los Estados miembros, empleados en el territorio de otro Estado miembro, puedan permanecer en dicho territorio para emprender una actividad no asalariada, cuando cumplan las condiciones que les serían exigibles si entraran en el citado Estado en el momento de querer iniciar dicha actividad;

e) haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro, en la medida en que no se contravengan los principios establecidos en el apartado 2 del artículo 39;

f) aplicando la supresión progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento, en cada rama de actividad contemplada, tanto en lo que respecta a las condiciones de apertura, en el territorio de un Estado miembro, de agencias, sucursales o filiales, como a las condiciones de admisión del personal de la sede central en los órganos de gestión o de control de aquéllas;

g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros;

h) asegurándose de que las condiciones para el establecimiento no resultan falseadas mediante ayudas otorgadas por los Estados miembros.

Artículo 51

Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo.

Artículo 52

1. Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para la coordinación de las mencionadas disposiciones.

Artículo 53

*1. A fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, **así como para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio.***

2. En cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, la progresiva supresión de las restricciones quedará subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros.

Y también concurren al desempeño de esta función armonizadora o de producción de derecho uniforme para todos los operadores económicos los artículos del Tratado que atribuyen a la Unión competencias específicas en determinadas áreas como la agricultura, el medio ambiente o el transporte. Así, en materia de transporte, el Título VI de la Parte Tercera del TFUE (“Políticas y Acciones internas de la Unión”) incluye las siguientes disposiciones (subrayado añadido):

Artículo 90

Los objetivos de los Tratados se perseguirán, en la materia regulada por el presente título, en el marco de una política común de transportes.

Artículo 91

1. Para la aplicación del artículo 90, y teniendo en cuenta las peculiaridades del sector de los transportes, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, establecerán:

a) normas comunes aplicables a los transportes internacionales efectuados desde el territorio de un Estado miembro o con destino al mismo o a través del territorio de uno o varios Estados miembros;

b) condiciones con arreglo a las cuales los transportistas no residentes podrán prestar servicios de transportes en un Estado miembro;

c) medidas que permitan mejorar la seguridad en los transportes;

d) cualesquiera otras disposiciones oportunas.

2. Cuando se adopten las medidas contempladas en el apartado 1, se tendrán en cuenta los casos en que su aplicación pueda afectar gravemente al nivel de vida y al empleo de ciertas regiones, así como a la explotación del material de transporte.

Artículo 100

1. Las disposiciones del presente título se aplicarán a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea. *Se pronunciarán previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.*

Es sobre la base de este segundo apartado del artículo 100 que la Unión ha promulgado el Reglamento UE 2017/352 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, que, por tanto, no estaba en vigor en el momento en que el Tribunal dictó su sentencia sobre la estiba.

Así pues, cuando este Reglamento no existía, no debe sorprender en absoluto que la sentencia sobre la estiba solamente se refiera al “las empresas de los otros Estados Miembros”.

4. Explicación de la sentencia (II). Comparación con otras sentencias relevantes del Tribunal de Justicia en materia de derecho de establecimiento

La jurisprudencia del Tribunal ha acabado haciendo una interpretación extensiva del actual artículo 49 del TFUE. El desarrollo de esta jurisprudencia ha pasado por tres fases principales.

En la primera, el Tribunal interpreta estrictamente dicho artículo como constitutivo de una obligación de trato nacional que simplemente prohíbe la existencia de normas nacionales que discriminen negativamente a los ciudadanos y empresas de los otros Estados Miembros. Destaca en esta primera fase una de las sentencias fundacionales de la jurisprudencia: la sentencia Auer de 7 de febrero de 1979, en la que se afirma de manera inequívoca (subrayado añadido) que “en tanto que su objetivo es asegurar ... el beneficio del trato nacional, *el artículo 52 del Tratado de la CEE (actual artículo 49 del TFUE) no se refiere – y no puede referirse-, en cada Estado Miembro, más que a los nacionales de los otros Estados Miembros*”.²

En la segunda, el Tribunal se ataca a normas nacionales sobre establecimiento no discriminatorias, pero lo hace sobre la base de recurrir a las disposiciones de otro capítulo del Tratado: el relativo a los movimientos de capitales. Tan solo en la tercera fase el Tribunal extiende la aplicabilidad del artículo 49 a normativas nacionales no discriminatorias que regulan las condiciones de establecimiento.

Sin embargo, cuando en las fases segunda y tercera de la evolución de su jurisprudencia, el Tribunal adopta este enfoque, que no es el de la sentencia de la estiba, sus sentencias se refieren de manera inequívoca a las disposiciones puestas en cuestión sin precisar, como en el caso de la sentencia sobre la estiba, que tan solo se está refiriendo a los operadores de los otros Estados Miembros. Ello se comprueba con toda claridad en las dos sentencias que son más relevantes, desde la perspectiva del presente dictamen, en dicha jurisprudencia, y que se analizan a continuación. El hecho jurídico esencial a destacar es que, en estas dos sentencias, a diferencia de lo que sucede en la sentencia sobre la estiba, el Tribunal se refiere a las disposiciones nacionales en sí mismas (es decir, en cuanto se aplican también a operadores

² Párrafo 20 de la sentencia. Traducción propia a partir del texto original de la sentencia (al ser la sentencia anterior a la entrada de España en la Comunidad Económica Europea, no existe versión auténtica en español)

nacionales)³ y no tan solo en cuanto se aplican a operadores de otros Estados Miembros.

En el Asunto C-112/05, la Comisión Europea atacó unas disposiciones de la “Ley Volkswagen” alemana, un elemento muy importante del edificio jurídico-económico-político de la República Federal de Alemania. En su sentencia de 23 de octubre de 2007, representativa de la segunda fase de la jurisprudencia, en la que se invocan las disposiciones del capítulo sobre movimiento de capitales, el Tribunal declara que

la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, al mantener en vigor los artículos 4, apartado 1, y 2, apartado 1, en relación con el artículo 4, apartado 3, de la Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand (Ley de privatización de las participaciones de la sociedad de responsabilidad limitada Volkswagenwerk), de 21 de julio de 1960, en la versión aplicable al presente litigio.

En el asunto 400/08, la Comisión Europea atacaba una serie de disposiciones de la ley 18/2005 del Parlament de Catalunya sobre equipamientos comerciales. En su sentencia de 24 de marzo de 2011, representativa de la tercera fase de la jurisprudencia, en la que ya no se invocan las disposiciones del capítulo sobre movimiento de capitales sino las del capítulo sobre derecho de establecimiento, el Tribunal declara que

el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 CE (actual artículo 49 TFUE) al adoptar o mantener en vigor las siguientes disposiciones:

- *el artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, por cuanto prohíbe la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios;*

³ También sigue este enfoque la sentencia más reciente dentro de esta línea jurisprudencial: la sentencia AGET Iraklis de 21 de diciembre de 2016 en el asunto C-201/15,

- *los artículos 7 y 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, así como el anexo 1 de éste, por cuanto dichas disposiciones limitan la implantación de nuevos hipermercados a un reducido número de comarcas y exigen que esos nuevos hipermercados no absorban más del 9 % del consumo de productos de uso cotidiano o del 7 % del consumo de productos de uso no cotidiano;*
- *el artículo 6, apartado 2, párrafo primero, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, el artículo 8 de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, y los artículos 31, apartado 4, y 33, apartado 2, del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por exigir estas disposiciones la aplicación de límites en cuanto al grado de implantación y a la repercusión sobre el comercio minorista existente, más allá de los cuales no se pueden abrir nuevos establecimientos comerciales grandes ni medianos, y*
- *el artículo 26 del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, por cuanto regula la composición de la Comisión de Equipamientos Comerciales garantizando la representación de los intereses del comercio minorista ya existente y no contemplando la representación de las asociaciones activas en el ámbito de la protección del medio ambiente ni de las agrupaciones de interés que velan por la protección de los consumidores.*

La sentencia sobre la estiba, pues, parece iniciar una cuarta fase o línea jurisprudencial intermedia entre la tercera y la primera que se acaban de señalar: como en la tercera, el Tribunal se ataca a disposiciones nacionales no discriminatorias en materia de derecho de establecimiento; pero, como, en la primera, lo hace tan solo desde la perspectiva de los otros Estados Miembros, sin juzgar ni prejuzgar su aplicación a los operadores nacionales. De hecho, la sentencia sobre la estiba podría interpretarse como un bienvenido retorno a la esencia del Tratado de Roma, tras la excesiva audacia con que el Tribunal había interpretado el actual artículo 49 del TFUE. Esta excesiva audacia había convertido su jurisprudencia en un instrumento para atacar las políticas de regulación de los Estados Miembros (impulsado por la Comisión Europea al ver que fracasaban algunos de sus intentos para establecer una regulación común para toda la Unión Europea).

5. El cumplimiento de la sentencia sobre la estiba del Tribunal: un tema entre el Reino de España y el Tribunal, no entre el Reino de España y la Comisión Europea

El recurso ante el Tribunal de Justicia contra un Estado Miembro por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, regulado ahora en el artículo 260 del TFUE, ha sido siempre uno de los pilares del sistema jurisdiccional de la UE. Aunque normalmente sea la Comisión quien introduce el recurso sobre la base que le ofrece el artículo 258 del TFUE, esta posibilidad también es ofrecida por el artículo 259 a los otros Estados Miembros. El apartado 1 del artículo 259 mantiene la redacción del Tratado de Roma y establece que

1. Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal.

Por tanto, el cumplimiento de la sentencia corresponde al Estado Miembro de que se trate. Dicho Estado tiene la obligación, y el derecho, de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal.

En 1992, el Tratado de Maastricht añadió al apartado único de dicho artículo otros apartados, que, tras experimentar nuevos añadidos, han resultado en los tres apartados siguientes (subrayado añadido):

2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. La Comisión indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias.

Si el Tribunal declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

Este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 259.

3. Cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del artículo 258 por considerar que el Estado miembro afectado ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias.

Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia.

Pero las facultades que estos apartados adicionales atribuyen a la Comisión Europea no pueden equipararse en absoluto a un “incidente en la ejecución de la sentencia”. “Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal” debe iniciar un nuevo procedimiento (en realidad, un nuevo recurso por incumplimiento).

El Tribunal no está ligado por la “indicación” que la Comisión haya efectuado respecto a la suma o multa que **podría** imponerse al Estado Miembro afectado. **Pero, mucho más importante que ello es que el Tribunal, en este segundo litigio⁴, puede considerar que el nuevo recurso de la Comisión no está fundado y que el Estado Miembro contra el que se ha introducido el recurso ha dado cumplimiento correctamente a la sentencia aunque la Comisión estime lo contrario. Fue precisamente lo que ocurrió en la serie de litigios más importantes, sin ninguna duda, que el Tribunal haya jamás juzgado en materia de derecho de establecimiento: los litigios en torno a la ley Volkswagen alemana**, cuya primera sentencia (la sentencia de 23 de octubre de 2007 en el Asunto C-112/05) ya ha sido mencionada.

⁴ En el caso del que se ocupa este dictamen, este segundo litigio fue introducido por la Comisión Europea el día 13 de julio de 2016, abriendo el asunto C-388/16 – Comisión Europea / Reino de España (ver: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=182965&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=692499>)

La República Federal Alemana dio cumplimiento a la sentencia condenatoria que había recibido. Pero la Comisión consideró que las modificaciones introducidas en la ley Volkswagen eran insuficientes para dar cumplimiento a la sentencia e introdujo, cuatro años y cuatro meses después de la emisión de la primera sentencia, un nuevo recurso, que dio origen al Asunto 95/12⁵ y que se cerró con la sentencia de 22 de octubre de 2013.

⁵ El procedimiento administrativo previo a la introducción del recurso puede tener interés como precedente y, por tanto, conviene reproducir, aunque sea en nota a pie de página, la exposición que hace del mismo la sentencia en el caso 95/12:

9.- Mediante escrito de 24 de diciembre de 2007, la Comisión instó a la República Federal de Alemania a que le comunicara las medidas adoptadas o que pretendía adoptar a los efectos de ejecutar la sentencia Comisión/Alemania, antes citada.

10.- Mediante escrito de 6 de marzo de 2008, el citado Estado miembro respondió que el Ministerio federal de Justicia había preparado un proyecto de ley a los efectos de ejecutar la referida sentencia y que dicho proyecto era objeto de discusión entre los servicios interesados.

11.- El 5 de junio de 2008, la Comisión envió a dicho Estado miembro un escrito de requerimiento instándole a presentar sus observaciones en un plazo de dos meses.

12.- El mismo día, la República Federal de Alemania transmitió a la Comisión el proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros, destinado a ejecutar la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, e indicó que el procedimiento legislativo comenzaría en breve.

13.- El 1 de diciembre de 2008, la Comisión emitió un dictamen motivado en el que instaba a la República Federal de Alemania a que adoptara las medidas necesarias para ejecutar la referida sentencia en un plazo de dos meses a contar desde la recepción de dicho dictamen.

14.- La Comisión también señaló que, si bien en el proyecto de ley destinado a dar ejecución a la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, estaba prevista la derogación de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Ley Volkswagen, dicho proyecto mantenía en vigor el artículo 4, apartado 3, de esta Ley. Aquella institución añadió que no había recibido información alguna sobre la modificación de los pasajes de los estatutos que reflejaban las disposiciones impugnadas de la Ley Volkswagen.

15.- El 10 de diciembre de 2008 se aprobó la Ley modificadora de la Ley Volkswagen, que, esencialmente, era idéntica a la propuesta legislativa.

16.- Mediante escrito de 17 de diciembre de 2008, la República Federal de Alemania transmitió a la Comisión una propuesta consistente en presentar conjuntamente al Tribunal de Justicia una demanda de interpretación de la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, con arreglo al artículo 43 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al artículo 102 de su Reglamento de Procedimiento.

17.- Al no haber dado la Comisión curso a dicha propuesta, la República Federal de Alemania respondió al dictamen motivado mediante escrito de 29 de enero de 2009, indicando que, con la entrada

Tal como lo expone esta segunda sentencia, la Comisión Europea solicitaba que el Tribunal

Declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 260 TFUE, apartado 1, al no haber adoptado todas las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de 23 de octubre de 2007, Comisión/Alemania (C-112/05, Rec. p. I-8995), relativa a la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de determinadas disposiciones de la Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand (Ley de privatización de las participaciones de la sociedad de responsabilidad limitada Volkswagenwerk), de 21 de julio de 1960 (BGBl. 1960 I, nº 39, p. 585, y BGBl. 1960 III, p. 641-1-1; en lo sucesivo, «Ley Volkswagen»).

Condene a la República Federal de Alemania a pagar a la Comisión una multa coercitiva diaria por importe de 282725,10 euros por el retraso en la ejecución de la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, desde el día en que se dicte sentencia en el presente asunto hasta la ejecución de la referida sentencia Comisión/Alemania.

Condene a la República Federal de Alemania a pagar a la Comisión una suma a tanto alzado cuyo importe resulte de multiplicar la cantidad diaria de 31114,72 euros por el número de días en que persista la infracción que transcurran desde la fecha en que se dictó la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, hasta la fecha en que se dicte la sentencia en el presente asunto o en la que este Estado miembro ponga fin a la infracción.

Condene en costas a la República Federal de Alemania.

Pero el Tribunal de Justicia, en su formación de mayor nivel (Gran Sala) decide, pura y simplemente (subrayado añadido):

en vigor de la Ley modificadora de la Ley Volkswagen, consideraba haber ejecutado completamente la sentencia Comisión/Alemania, antes citada.

18.- El 21 de febrero de 2012, al considerar que la República Federal de Alemania sólo había ejecutado parcialmente la referida sentencia, la Comisión interpuso el presente recurso.

1. *Desestimar el recurso*

2. *Condenar en costas a la Comisión Europea*

Corresponde, pues, tan solo al Reino de España dar cumplimiento a la sentencia de la estiba. Como se trata de modificar normas de rango legal, corresponde a las Cortes Generales aprobar las modificaciones necesarias. El Tratado no atribuye a la Comisión Europea ninguna competencia para apreciar con carácter previo si la modificación es suficiente para dar cumplimiento a la sentencia. Y, en el plano político, es inaceptable que la Comisión se inmiscuya en el proceso legislativo nacional y prejuzgue que las Cortes Generales no tienen los conocimientos jurídico-técnicos ni la voluntad jurídico-política de cumplir con las obligaciones impuestas por los Tratados al Reino de España.

6. El cambio radical del marco jurídico del problema de la estiba tras la aprobación del Reglamento UE 2017/352 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

Como ya se ha indicado anteriormente, es esencial resaltar que el marco jurídico del problema de la estiba ha cambiado radicalmente tras la aprobación e inminente entrada en vigor del Reglamento UE 2017/352 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.

Antes de la aprobación de este reglamento, no había normativa uniforme UE aplicable a la prestación de servicios portuarios en el ámbito cubierto por la sentencia de la estiba. Ahora sí existe. Si la UE consideraba que debía crearse una normativa de la UE relativa a los servicios portuarios de manipulación de mercancías y distinta de la actualmente existente en España, podía perfectamente introducirla en el reglamento y aplicarla directamente, sin necesidad de ninguna transposición en derecho español (precisamente por tratarse de un reglamento y no de una directiva). Pero la UE no lo ha hecho. Se ha limitado a indicar ciertos “*requisitos mínimos para la prestación de servicios portuarios*” (artículo 4 del reglamento) y definir “*ciertas obligaciones de servicio público*” (artículo 7), permitiendo incluso introducir “*limitaciones del número de prestadores de servicios portuarios*” (artículo 6) y estableciendo ciertas normas sobre el “*mantenimiento de los derechos de los trabajadores*” (artículo 9).

Por tanto, tras la entrada en vigor de dicho reglamento el día 23 de marzo de 2017, el marco jurídico europeo para evaluar los problemas analizados por el Tribunal en su sentencia sobre la estiba será, en primer lugar, el de este reglamento. En el periodo de dos años que mediará entre su entrada en vigor y la fecha en que será aplicable (el 23 de marzo de 2019), el legislador español deberá examinar si el régimen español aplicable a los servicios de manipulación de mercancías es conforme o no a las disposiciones del reglamento y, si ello no es así, deberá modificarlo. Por tanto, con la entrada en vigor del reglamento, la sentencia sobre la estiba pierde de hecho toda su posible virtualidad por lo que se refiere a la regulación de los servicios de manipulación de mercancías en los puertos españoles.

7. Conclusión: Propuesta de actuación a corto y medio/largo plazo

Como se ha indicado en la Introducción, este dictamen no ha pretendido abordar el muy complejo problema de la regulación de los servicios portuarios, ni, en particular, el de los servicios de manipulación de mercancías. Ha pretendido solo analizar el marco que ofrece el derecho de la Unión Europea (“UE” en lo que sigue) para tratar ese problema. Aún más en concreto, ha querido demostrar que dicho marco no obliga a un tratamiento de dicho problema que sea precipitado en el tiempo, ni único en cuanto a las opciones regulatorias ni uniforme para todos los puertos de España. En este sentido, la actuación que se propone, a corto y medio/largo plazo, puede resumirse en los tres puntos siguientes.

7.1.

Excluir de manera inmediata del ámbito de aplicación de las disposiciones objeto de la Sentencia a las empresas de los otros Estados Miembros de la UE: La eventual existencia de una “*discrimination à rebours*” (discriminación inversa) es normal en materia de derecho de inversiones extranjeras

Por tanto, para dar cumplimiento a la sentencia sobre la estiba, basta con retomar de manera literal en una norma de rango legal su fallo y excluir **a las empresas de otros Estados Miembros de la UE** del ámbito de aplicación de aquellas disposiciones a las que se refiere la sentencia. Así, para dar cumplimiento a la sentencia basta con un Real Decreto-ley de un solo artículo (luego debidamente convalidado por el Congreso) que estableciera que

No serán de aplicación a las empresas de otros Estados miembros de la UE que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado.

Se podrían precisar, para mayor seguridad jurídica, las disposiciones concretas que crean dichas obligaciones y, en particular, el artículo 143 de la Ley de Puertos del Estado.

El argumento de que con ello las empresas de los otros Estados Miembros quedarían en una situación “más favorable” que las empresas españolas es irrelevante por dos razones. En primer lugar porque esta “*discrimination à rebours*” (discriminación inversa o *reverse discrimination*) no es en absoluto contraria a derecho. En segundo lugar, y sobre todo, porque es absolutamente habitual en el derecho económico internacional aplicable a las inversiones. Por ejemplo, es del todo lógico que, en materia de expropiación, la garantía que se dé a los inversores extranjeros no sea solo el trato nacional (ser igualmente “mal tratados” que los inversores nacionales) sino unos estándares que se aplican a ellos y no se aplican a los inversores nacionales.

De hecho, el Reino de España practica esta discriminación inversa de manera sistemática en sus acuerdos internacionales en materia de inversiones. Disposiciones que otorgan a los inversores extranjeros un trato más favorable que a los inversores nacionales figuran, y en buen número, en los setenta y cuatro Acuerdos de promoción y protección de Inversiones firmados por el Reino de España. Figuran también, muy especialmente, en el artículo XVI del Acuerdo General del Acuerdo sobre Servicios (AGCS/GATS) de la Organización Mundial de Comercio (OMC) – acuerdo ratificado por España-⁶ y en distintos acuerdos bilaterales firmados por la Unión Europea y todos

⁶ El artículo XVI establece lo siguiente:

Acceso a los mercados

1.- *En lo que respecta al acceso a los mercados a través de los modos de suministro identificados en el artículo I, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros un trato no menos favorable que el previsto de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su Lista.*

2.- *En los sectores en que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, las medidas que ningún Miembro mantendrá ni adoptará, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, a menos que en su Lista se especifique lo contrario, se definen del modo siguiente:*

- a) *limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;*
- b) *limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;*
- c) *limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;*
- d) *limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que*

sus Estados Miembros (incluyendo el Reino de España), desde el Acuerdo de Asociación con Chile de 2003 a los más recientes acuerdos con Singapur, Vietnam y Canadá (este último ya aplicado provisionalmente desde el mes de noviembre de 2016), que, todos ellos, reproducen en mayor o menor medida dicho artículo XVI del AGCS/GATS.

Por último, es muy posible que, en la práctica, esta discriminación inversa no se produzca ni llegue a producirse jamás porque, en la realidad de los hechos, y debido a las características del propio sector, es muy posible que solo empresas españolas estén operando en los puertos españoles en el sector de la manipulación de mercancías

7.2

Tramitar el contenido normativo del Real Decreto-Ley 4/2017 como ley ordinaria en el periodo de dos años al término del cual se aplicará el Reglamento UE 2017/352 de 15 de febrero de 2017

Reducido el contenido del Real Decreto-ley 4/2017 a un solo artículo que reproduzca el fallo de la sentencia de la estiba del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no hay ninguna prisa para incorporar su contenido normativo en un proyecto de ley que se tramitara por los procedimientos normales habituales dentro del proceso político de reflexión que deberá desarrollarse en el periodo de dos años que mediará entre la entrada en vigor del Reglamento UE 2017/352 el día 23 de marzo de 2017 y su fecha de aplicación en el día 24 de marzo de 2019.

7.3

Reconocer un grado de autonomía adecuado a los diferentes Puertos españoles para regular los servicios que prestan

Parece indudable que, a lo largo del periodo indicado de dos años, los distintos Puertos españoles no pueden ser meros sujetos pasivos de los cambios normativos que se

sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

e) medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio; y

f) limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros o como valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas.

Es evidente que las empresas españolas no gozan de los derechos que, a través de estas disposiciones, se conceden a las empresas extranjeras que suministren servicio o se establezcan en España.

introduzcan para permitir o acompañar la entrada en vigor del Reglamento UE 2017/352 que, en su motivación y en su articulado, se refiere muy a menudo a los deberes y a las facultades de los organismos gestores de los puertos. Al participar activamente los distintos Puertos españoles en el proceso de reforma regulatoria, parece indudable que distintos modelos regulatorios aparecerán para la manipulación de mercancías. Ello hará también imposible la reproducción del litigio entre el Reino de España y la Comisión Europea, en cuyo origen había la pretensión de aportar por ley una solución única para todos los puertos españoles sin tener en cuenta la diversidad de sus situaciones y sin reconocerles un mínimo de autonomía para articular las relaciones entre los distintos actores dentro de la comunidad portuaria.