

TESIS DOCTORAL

**LA ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIA, UN ESTUDIO DESDE EL
DERECHO ADMINISTRATIVO**

CRISTINA MENÉNDEZ DE LA CRUZ.

*A mis hijos,
el conocimiento os hará libres.*

Tú vives siempre en tus actos.
Con la punta de tus dedos
pulsas el mundo, le arrancas
auroras, triunfos, colores,
alegrías: es tu música.
La vida es lo que tú tocas.

De tus ojos, sólo de ellos,
sale la luz que te guía
los pasos. Andas
por lo que ves. Nada más.

Y si una duda te hace
señas a diez mil kilómetros,
lo dejas todo, te arrojas
sobre proas, sobre alas,
está ya allí; con los besos,
con los dientes la desgarras:
ya no es duda.
Tú nunca puedes dudar.

(Poema "Tú vives siempre en tus actos" de
la obra *La voz a ti debida*, de Pedro Salinas)

ÍNDICE

PLANTEAMIENTO GENERAL.....	17
I. SIGNIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES DE ESTIBA Y DESESTIBA EN EL SISTEMA PORTUARIO.....	19
1. Preliminar.....	19
2. Las operaciones de estiba y desestiba de mercancías en el ámbito portuario.....	25
3. Primeras consideraciones. Las actividades de estiba y desestiba de mercancías portuarias como un servicio público.....	29
II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE ESTIBA Y DESESTIBA DE TRÁFICO MARÍTIMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	31
1. Planteamiento general sobre el actual régimen jurídico.....	31
2. Formación del régimen jurídico del servicio portuario de estiba y desestiba.....	35
3. Las transformaciones en la prestación del servicio de estiba y desestiba.....	39
4. El impacto de la competencia en relación al servicio de estiba y desestiba portuaria y su difícil conjunción con la necesaria formación de personal.....	42
III. LOS SERVICIOS PORTUARIOS EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.....	45
1. Introducción.....	45
2. La regulación del transporte marítimo y su encuadre en el Derecho Comunitario por medio de las denominadas redes transeuropeas de transporte.....	49
3. La evolución de las políticas de transporte marítimo desde el establecimiento del Mercado Común Europeo hasta nuestros días. Primeras actuaciones de las Instituciones Comunitarias para salvaguardar el establecimiento del Mercado Común Europeo.....	53
4. La regulación europea en los albores del siglo XXI.....	57
IV. LA NOCIÓN ACTUAL DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS DE ESTIBA Y DESESTIBA.....	61

1. Las transformaciones del concepto de servicio público en el marco de los servicios portuarios.	61
2. Evolución que la propia noción de servicio público ha tenido en el contexto comunitario y español.	67
2.1 El Derecho Comunitario.	67
2.2 El Ordenamiento jurídico español.	70
3. La noción de servicio público en la actualidad.	73
V. SISTEMÁTICA ADOPTADA.	77
VI. METODOLOGÍA.	77

PRIMERA PARTE

LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL SERVICIO DE ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIO.

I. ACLARACIONES SOBRE CONCEPTOS BÁSICOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO DE ESTIBA Y DESESTIBA.	81
1. Etimología de los términos estiba y desestiba portuaria.	81
2. Explicación sobre las labores de estiba y desestiba. El contrato de carga y descarga y los agentes intervinientes en el servicio portuario.	84
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.	89
1. Los orígenes remotos.	89
2. El servicio de estiba y desestiba desde la Edad Media hasta el Siglo XVIII.	92
2.1 Breves apuntes sobre el tráfico marítimo europeo a lo largo de la Edad Media.	92
2.2 Regulación legal de las actividades marítimas- mercantiles en Europa durante la Edad Media.	95
2.3 Derecho marítimo mercantil en la España medieval, especial incidencia en el Llibre del Consolat del Mar.	99
2.4 El Derecho marítimo mercantil de la Edad Moderna.	104
2.5 El tráfico marítimo durante la Ilustración.	106
3. Los siglos XIX y XX. La época de los grandes cambios para los servicios de estiba y desestiba.	109
3.1 El entorno portuario durante los siglos XIX y XX.	109
3.2 El servicio de estiba y desestiba en los puertos españoles durante los siglos XIX y XX.	116
a. Consideraciones generales.	116

b.	El caso particular de las huelgas de estibadores del Grao de Valencia durante el siglo XIX.....	119
c.	La huelga de los obreros en el Puerto de Alicante. 1932.....	122
3.3	El régimen jurídico de los servicios de estiba y desestiba durante los siglos XIX-XX.	122

SEGUNDA PARTE

NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO DE ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIA.

CAPÍTULO PRIMERO

FORMULACIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EL ÁMBITO PORTUARIO

I.	INTRODUCCIÓN.....	129
1.	Las características tradicionales de la actividad de servicio público.	129
2.	La justificación de la intervención pública en las actividades de estiba y desestiba portuarias.	136
II.	LA CONSTITUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO Y SU EVOLUCIÓN.....	138
1.	El contexto histórico en Europa sobre la evolución de la actividad prestacional de la Administración.....	138
1.1	La cuestión en el Antiguo Régimen. Algunos ejemplos de la actuación regia en la Península Ibérica y América, en el tráfico de mercancías en el ámbito portuario.	138
1.2	La actividad de la Administración en las ideas ilustradas españolas.	143
1.3	Historiografía del tránsito entre la Edad Moderna y la Contemporánea.....	144
1.4	El papel de los Estados a partir de la Edad Contemporánea.	146
1.5	Los inicios del siglo XX y los servicios públicos tras la Segunda Guerra Mundial.	148
1.6	El tránsito del Estado Liberal al Estado Social.	152
2.	El mito del laissez-faire y su ulterior implicación en la concepción de los servicios públicos.	157
3.	Algunas consideraciones previas sobre la noción de necesidades públicas.	159
4.	La intervención del Estado en las primeras actividades prestacionales.	162

5.	Técnicas de liberalización y privatización, que han caracterizado los inicios del siglo XXI. El fenómeno de la desregulación y la huida del Derecho Administrativo.	165
5.1	Marco de referencia europeo: las determinaciones económicas del Derecho de la Unión Europea.	165
5.2	El sistema jurídico estadounidense como referente de las políticas en defensa de la competencia.	168
5.3	El fenómeno de la desregulación y la huida del Derecho Administrativo.	172

III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. EN PARTICULAR LOS SERVICIOS PORTUARIOS DE ESTIBA Y DESESTIBA..... 179

1.	Preliminar.	179
2.	Significación de los servicios públicos en la Constitución Española de 1978.	182
2.1	Interpretaciones y controversias sobre el Art. 128. de la Constitución de 1978 y su trascendencia en la noción de servicio público.	188
2.2	La libertad de empresa en el sistema económico constitucional y europeo.	195
3.	Incidencia de la Constitución de 1978 en los servicios portuarios de estiba y desestiba portuaria.	197
3.1	La regulación de la estiba y desestiba en el Real Decreto 2302/1980, de 24 de octubre.	197
3.2	El organismo autónomo la Organización de Trabajos Portuarios (OTP).	199
4.	La aprobación del Real Decreto-Ley 2/1986 de 23 de mayo. El reconocimiento de la naturaleza jurídica de servicio público a las labores de estiba y desestiba.	203
5.	Las Sociedades Estatales de estiba.	206
5.1	Creación de las Sociedades Estatales.	206
5.2	Particularidades de las Sociedades Estatales de estiba y desestiba (SEED). El Convenio número 137, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).	208
5.3	Empresas prestadoras de personal de las Sociedades estatales de estiba y desestiba.	212
5.4	Reserva en la contratación de personal. La relación laboral de carácter especial de los trabajadores portuarios.	215
5.4.1	Condiciones de la reserva de mano de obra por medio de la contratación con la Sociedad Estatal.	215
5.4.2	La relación laboral de carácter especial de los trabajadores portuarios.	218
6.	La incidencia de la Ley 27/ 1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sobre los servicios de estiba y desestiba portuarios.	221

6.1	La nueva organización a través de las Autoridades Portuarias.	221
6.2	La regulación de las Sociedades Estatales de estiba y desestiba en la Ley de Puertos de 1992	225
6.3	La configuración legal del servicio de estiba y desestiba en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante del año 1992. La “falsa” privatización de los servicios portuarios”.	228
IV. LAS TRANSFORMACIONES SOBRE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y LAS CONSECUENCIAS EN LOS SERVICIOS DE ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIOS.		235
1.	Planteamiento.	235
2.	Las determinaciones en el Derecho Comunitario en referencia a las actividades portuarias de estiba y desestiba.	241
2.1	El concepto de servicio público en el Derecho Comunitario.	241
2.2	Los Tratados Comunitarios determinaciones sobre los servicios de interés general.	246
2.2.1	Análisis del Art. 86.2. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.	246
2.2.2	Los criterios de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En particular el asunto suscitado en el Puerto de Génova en relación a la actividad de carga y descarga de mercancías.	248
3.	El impacto del Derecho Comunitario sobre los servicios portuarios de estiba y desestiba en la ordenación de las reglas de la competencia establecidas por el Derecho Comunitario.	252
3.1	Las referencias del Derecho Comunitario. En particular, las que influenciaron a la Ley 48/2003.	252
3.2	¿Se pueden englobar los servicios de estiba y desestiba como realizadores de una “misión de interés económico general”?	258
4.	Análisis el sistema portuario en España por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia.	265

CAPÍTULO SEGUNDO

APROXIMACIÓN AL REGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 48/2003: LA “DESPUBLICATIO” DE UN SERVICIO.

I. EL CAMBIO DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN LA LEY 48/2003.		270
1.	Líneas generales.	270
2.	La noción de servicio público en el concepto de servicios básicos portuarios.	274

3. Análisis de las obligaciones de servicio público contenidas en la Ley 48/2003. En particular, la salvaguarda de la continuidad y regularidad en la prestación de los servicios. 279
4. La obligación de la Administración pública de garantizar la libre competencia. 283

II. LOS PLANTEAMIENTOS DE LOS SERVICIOS DE ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIA TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 48/2003. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE ESTIBA EN AGRUPACIONES PORTUARIAS DE INTERÉS ECONÓMICO (APIE). 286

1. El rol de las autoridades públicas en las APIE. 286
2. Las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE) y la traslación de la figura al modelo portuario. 287
3. La separación de las Autoridades Portuarias de la prestación del servicio de estiba y desestiba. 291

III. EL ESTABLECIMIENTO DE LA AUTOPRESTACIÓN O AUTOASISTENCIA PORTUARIA. 295

1. Antecedentes. La autoasistencia en la Propuesta de Directiva sobre el acceso al mercado de servicios portuarios del 2001. 295
2. El modelo de autoprestación recogido en la Ley 48/2003. 298
 - 2.1 Los preceptos legislativos en relación a la autoprestación y la integración de servicios portuarios básicos. 298
 - 2.2 Oposición del colectivo de trabajadores del mar a la regulación normativa de la Ley 48/2003. Un posible caso de “dumping social” 301

IV. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LOS PUERTOS ESPAÑOLES CON LA APROBACIÓN DE LA LEY 48/2003 DE 26 DE NOVIEMBRE. 304

1. El nuevo modelo de régimen económico. Pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional al respecto de las exacciones portuarias. 304
2. Tasas portuarias y precios privados (tarifas) por servicios prestados por las Autoridades Portuarias en la Ley 48/2003. 309
 - 2.1 El régimen económico en relación con el proceso liberalizador en los servicios portuarios. 309
 - 2.2 El principio de autosuficiencia financiera portuaria. 311
 - 2.3 Diferente significación en el régimen financiero de los precios privados o tarifas y las tasas portuarias. 314

V. SISTEMATIZACIÓN DE LOS CAMBIOS MÁS SIGNIFICATIVOS DE LA NORMATIVA CONTENIDA EN LA LEY 48/2003.....	317
VI. LA LEY 33/2010, DE 5 DE AGOSTO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 48/2003, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LOS PUERTOS DE INTERÉS GENERAL.....	320
1. Antecedentes y objetivos generales de la Ley.....	320
2. El servicio público de estiba y desestiba tras la aprobación de la ley 33/2010.....	329
2.1 Cuestiones generales.....	329
2.2 Principales aportaciones incorporadas en el nuevo Título V de la Ley 33/2010. El nuevo régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.....	331
VII. LOS SERVICIOS PORTUARIOS EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2011, DE 5 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TRLPMM.....	335
1. El régimen de prestación de los servicios portuarios.....	335
2. Las licencias y los Pliegos de Prescripciones Particulares de los servicios portuarios.....	339
3. Las obligaciones de servicio público portuario.....	347
4. Sociedades de gestión de la puesta a disposición de trabajadores.....	348
4.1 Análisis de las Sociedades de gestión de la puesta a disposición de trabajadores. Principales diferencias con los modelos anteriores: las Sociedades Estatales y las Agrupaciones de Interés Comunitario.....	349
4.2 La Transformación y adaptación de las SAGEP.....	359
5. Régimen laboral aplicable a los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías.....	360
5.1 El régimen laboral común.....	363
5.2 El régimen laboral especial.....	368
5.3 Supuesto especial del Art. 155 del Texto Refundido.....	373
6. Formación continua y capacitación de los trabajadores portuarios vinculados al servicio portuario de manipulación de mercancías.....	374
7. Servicio portuario de manipulación de mercancías en régimen de autoprestación e integración de servicios.....	381
7.1 Aspectos generales de la autoprestación.....	381
7.2 Regulación de las compensaciones económicas en los supuestos de servicios portuarios prestados en régimen de autoprestación.....	385
7.3 El modelo comunitario de autoprestación.....	387

TERCERA PARTE

ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO DE LA ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIA

I. ENFOQUE GLOBAL.....	393
1. Breve explicación de los procesos de estiba y desestiba.	398
2. El contenido de la prestación del servicio portuario de estiba y desestiba portuario.....	403
2.1 Sujetos intervinientes y su cambio de roles tras las sucesivas modificaciones legislativas.....	403
2.2 Los derechos de los usuarios del servicio de estiba y desestiba. El contrato de carga y descarga.....	406
2.3. El derecho de huelga de los trabajadores estibadores portuarios y la continuidad en la prestación del servicio.....	411
3. Los títulos habilitantes en el sector portuario como instrumento para técnicas de colaboración público-privadas.....	416
3.1. Aspectos generales relativos a la licencia del servicio de estiba y desestiba.	416
3.2. Modificación de los plazos de las concesiones portuarias.....	423
II. SIGNIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS.....	429
1. Repaso de las críticas al modelo de estiba y desestiba en España desde la óptica de la competencia.....	429
2. Valoraciones del procedimiento administrativo previo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014.	435
3. Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014.....	442
III. LAS TÉCNICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO PARA FRENAR EL AUGUE DE LA LIBERALIZACIÓN, EN PERJUICIO DE LOS INTERESES GENERALES. EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS.....	446
1. Líneas básicas.....	446
2. La significación de la idea de servicio público en el servicio portuario de estiba y desestiba.	449
2.1. El principio de continuidad y regularidad del servicio público.....	452

2.2. Un supuesto de secuestro de la gestión de los servicios portuarios.	455
2.3. La “ordenatio” de actividades económicas y la nueva finalidad de la “publicatio”	458
3. Delimitaciones de los conceptos “privatización”, “liberalización” y “desregulación”	461
4. La imposición de obligaciones de servicio público en el servicio portuario de estiba y desestiba.	465
4.1. Carencia en el sector de la estiba de las razones imperiosas de interés general. Principio de proporcionalidad.....	465
4.2. Obligaciones de servicio público como quiebra del principio de competencia.....	469
5. El servicio universal en sectores liberalizados como la estiba y desestiba portuaria.....	473
IV. NUEVO PAPEL DEL ESTADO Y DEL DERECHO EN UN CONTEXTO DE GLOBALIZACIÓN. AFECTACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LAS NUEVAS NECESIDADES PÚBLICAS.	478
1. El cambio de la actual sociedad y su nueva relación con el Estado.....	478
2. El Derecho Administrativo como vehículo de las transformaciones del Derecho Público.	481
3. Mutaciones sustanciales en las instituciones de Derecho administrativo en materia de servicios públicos.	486
4. El verdadero tránsito del Estado prestador al Estado garante en el servicio de estiba y desestiba.	490
5. Las futuras perspectivas del servicio de estiba y desestiba portuaria en el Ordenamiento español.....	494
V. SUGERENCIAS DE LEGE FERENDA.....	496
VI. UN NUEVO ESCENARIO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, LAS REGLAS DE DERECHO PÚBLICO DAN LUGAR A LAS REGLAS DE DERECHO PRIVADO.....	502
CONCLUSIONES.....	509
BIBLIOGRAFÍA.....	523

ABREVIATURAS

AIE	Agrupaciones de Interés Económico.
AEIE	Agrupación Europea de Interés Económico.
APIE	Agrupación Portuaria Interés Económico.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española.
CEE	Comunidad Económica Europea.
C. de C.	Código de Comercio.
CPE	Centro Portuario de Empleo.
CPSE	Comisión Paritaria Sectorial Estatal.
ETT	Empresas de Trabajo Temporal.
FD	Fundamento de Derecho
LOTT	Ley de Ordenación del Transporte Terrestre.
LPPEMM	Ley Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
OTP	Organización de Trabajos Portuarios.
TCE	Tratado Comunidad Europea.
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.
TFUE	Tratado de Funcionamiento Unión Europea.
TRLCSPP	Texto Refundido Ley de Contratos del Sector Público.
TRLPPEMM	Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
SAGEP	Sociedades Anónimas de Gestión de los Estibadores Portuarios.
SE	Sociedad Estiba.
SEED	Sociedad Estatal Estiba y Desestiba.
RAP	Revista Administración Pública.
RDL	Real Decreto-Ley.
RTE	Redes Transeuropeas de Transporte
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

PLANTEAMIENTO GENERAL.

I. SIGNIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES DE ESTIBA Y DESESTIBA EN EL SISTEMA PORTUARIO.

1. Preliminar.

El servicio de estiba y desestiba portuaria presenta tradicionalmente una importancia destacada en términos económicos y de mercado, y también ha reclamado la atención de la literatura y del cine. Esta tesis doctoral no pretende emular aquel conjunto de artículos publicados por MALCOLM JOHNSON¹ en 1949 que fueron merecedores del premio Pulitzer²; dichos artículos, que tratan sobre la corrupción del trabajo portuario en los muelles de Nueva York, inspiraron en 1954 la película de ELIA KAZAN “*On the waterfront*” (La Ley del Silencio). Con pretensiones mucho menos cinematográficas, este trabajo se centra en el análisis del Derecho, y versa sobre la actual situación de la regulación portuaria, en concreto, en lo relativo al servicio de manipulación de mercancías consistente en la estiba y desestiba de los buques. Las reformas legislativas acontecidas sobre esta materia, y que en la actualidad se aglutinan en el *Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre*³ (TRLPMM), han ido plasmando los diversos cambios de planteamientos, propiciando un paso de la tradicional concepción como servicios públicos hacia una concepción más liberalizada de los servicios portuarios en un contexto de libre mercado.

Hoy en día la situación que vive el sector de la estiba en España es compleja. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014⁴ obliga a que todos los actores implicados vean como sus posicionamientos deben acomodarse a los criterios marcados desde la Unión Europea al haber sancionado al Reino de España por incumplimiento de las obligaciones contenidas en los Tratados, al mantener un modelo de sector de estiba que entronca con los postulados comunitarios.

¹ JOHNSON, MALCOLM. “*On the Waterfront*”. Chamberlain Brothers. 2005.

² 1949 Winners. The Pulitzer Prizes. www.pulitzer.org

³ BOE nº 253 de 20 de octubre de 2011.

⁴ Disponible en: <http://curia.europa.eu>.

Afortunadamente, a pesar del confuso panorama que se vislumbra tras la Sentencia condenatoria, la situación actual dista mucho de aquella a la que se enfrenta el portuario *Ferry Malloy*, personaje interpretado por Marlon Brando en la película de Elia Kazan. Aunque si bien es cierto que hoy en día el trabajo de los estibadores portuarios, que se encargan de la estiba y desestiba de los buques, tal como se irá analizando a lo largo de este trabajo, sigue teniendo una idiosincrasia propia que genera algunas particularidades en el encuadre de determinadas categorías jurídicas, tanto en materia laboral, como en el Derecho Administrativo.

En particular, esta tesis se centrará en la consideración que desde el Derecho Público se ha otorgado a los servicios portuarios de estiba y desestiba. A lo largo de este trabajo doctoral se analizarán las diferentes técnicas de intervención administrativa que han tenido cabida en la ordenación del servicio portuario. En la actualidad, existe una pugna por el mantenimiento de ciertas posiciones por parte de algunos sectores implicados, como el colectivo de trabajadores estibadores, referentes a las condiciones de prestación del servicio, y que no encajan con los planteamientos liberalizadores que parecen imperar en la regulación de los servicios prestados en el ámbito portuario a nivel de la economía mundial que se vienen efectuando por los legisladores en los últimos años. Esta brecha entre el posicionamiento de todos los actores que participan en el sector se ha visto incrementada tras la Sentencia condenatoria del Tribunal Europeo, pero también supone una oportunidad importante para consensuar un nuevo modelo de estiba. Entre las últimas novedades acontecidas, parece que ha habido un acuerdo entre los sindicatos más representativos de los trabajadores estibadores en España y la patronal⁵, dicho acuerdo se ha plasmado en una propuesta presentada el 24 de julio de 2015 al Secretario de Estado de Fomento para consensuar un nuevo texto legislativo; dos premisas que recoge la propuesta respecto a la previsible reforma legislativa del sector de la estiba: de un lado que el *“resultado final no penalice a los actuales operadores frente a los nuevos”*, y de otro, *“garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores y trabajadoras del sector y la flexibilidad”*. Los mecanismos que plantea la propuesta consensuada, y sobre los que se incidirá a lo

⁵ Disponible en: www.naucher.com. (Plataforma digital de información y opinión en temas marítimos). Información publicada el 5 de agosto de 2015. *“Propuesta íntegra de ANESCO y los Sindicatos de la estiba al Ministerio de Fomento”*. En dicha publicación esta disponible la Propuesta firmada por Anesco en representación de la Patronal y los Sindicatos Coordinadora, CC.OO y UGT.

largo de esta tesis, son la creación por un lado, de los denominados **centros portuarios de empleo**, que vendrían a sustituir a las actuales Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP), y de otro, la creación de un **registro de estibadores portuarios**. La operatividad de esta propuesta debe ponerse en cuestión pues a juicio de esta autora es poco ambiciosa, teniendo en cuenta las exigencias impuestas desde las instancias comunitarias para reformar el modelo español.

El convulso momento actual tiene unos claros antecedentes. La brega que mantienen los estibadores desde hace años respecto a posibles modificaciones legislativas de sus condiciones de trabajo tuvo su máxima manifestación con las protestas que se sucedieron a lo largo de toda Europa durante el periodo comprendido entre el 2001 y 2006, mediante huelgas y bloqueos, tras la presentación ante el Parlamento Europeo y el Consejo de una Propuesta de Directiva que pretendía la liberalización del acceso al mercado de los servicios portuarios: “*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios*”⁶. Finalmente, la propuesta de Directiva fue retirada, las protestas, además, tuvieron como consecuencia la retirada de los servicios portuarios de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior aprobada en el 2006⁷. Estas mismas protestas se repiten en la actualidad, como ejemplo, el conflicto que durante el año 2015 se ha producido en el Puerto de Valencia, por la imposibilidad de llegar acuerdos para la suscripción del convenio de la estiba. Desde el colectivo de estibadores se ven estas movilizaciones en Valencia, como el banco de pruebas, en el caso de que no se alcance un acuerdo para consensuar el nuevo modelo de estiba a la luz de la Sentencia condenatoria del Tribunal Europeo.⁸

⁶ “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios”. Bruselas 13.10.2004. COM (2004) 654 final. 2004/ 0240 (COD).

⁷ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea de 27.12.2006. (L 376/36 ES)

⁸ Disponible en: www.elpais.es de 13 de febrero de 2015. Titular: «*La huelga de estibadores ralentiza el puerto de Valencia*»: “En el ámbito de las empresas portuarias se considera que las altas condiciones económicas de los estibadores suponen un lastre para el puerto ante la competencia de otros destinos del mediterráneo. Los trabajadores se quejan de que la patronal « ha reabierto cuestiones que ya estaban cerradas» en la negociación, utilizando la sentencia europea para ello. Y Sevasa avisa en un comunicado de que los paros « ponen en riesgo el mantenimiento del actual volumen de tráfico, y consecuentemente que éste pueda seguir siendo líder en tráfico»”.

Los puertos son el epicentro del transporte de mercancías a nivel mundial y su funcionamiento está plenamente regulado, dada la importancia que supone para la economía de un país una eficiente y eficaz gestión de los puertos de interés general. En concreto, en España debemos referirnos a la regulación contenida en el TRLPMM, donde se da respuesta al mandato recogido en la Disposición final séptima de la *Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general*⁹ (Ley 33/2010), por el que se autorizaba al Gobierno para que en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la Ley en el Boletín Oficial del Estado, elaborara un Texto Refundido de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y de la citada Ley 48/2003 de 26 de noviembre. En estos momentos tal y como está la situación es evidente, que se deberá acometer una nueva modificación legislativa para adaptar el modelo de estiba a los postulados impuestos desde la Unión Europea.

La importancia de la actividad portuaria quedaba patente a la vista de los datos recogidos en el Preámbulo de la Ley 33/2010, de 5 de agosto: *“entre el 80% y el 85% de nuestras importaciones y aproximadamente el 50% de las exportaciones, medidas ambas en toneladas, pasan por los puertos”*. Si consultamos los datos sobre tráfico portuario facilitados por Puertos del Estado¹⁰ y por el Instituto Nacional de Estadística¹¹, podemos observar que los porcentajes a lo largo de los últimos años se mantienen en unas cifras muy similares. Estos datos son una constante en el resto de puertos europeos¹²; no debemos olvidar que el transporte

⁹ BOE nº 191 de 7 de agosto de 2010.

¹⁰ Disponible en: www.puertos.es. Estudios evolución tráfico. (Última fecha de actualización año 2013).

¹¹ Disponible en: www.ine.es. Tráfico Marítimo mercancías. Serie 1990-2012.

¹² Disponible en: <http://ec.europa.eu/eurostat>. *“European port activity in 2009 hit by the general economic crisis”*. EUROSTAT Statistics in Focus 65/2010. Autor Guiliano Amerini. “In 2009, the total weight of goods handled in EU-27 maritime ports is estimated at 3.4 billion tonnes, the same level as in 2003. Of these, 62% were goods unloaded (64% in 2008). At 501 million tonnes, the United Kingdom had the highest share (15%) of goods handled in EU-27 ports, followed by Italy and the Netherlands. In 2009, liquid bulk goods (which include petroleum products) accounted for 42% of the total cargo handled in EU-27 ports, followed by dry bulk (23%) and containers (18%). Rotterdam, Antwerpen and Hamburg- all located on the North Sea coast- maintained their positions as the three largest EU ports in terms of both gross weight of goods and volume of containers handled”.

marítimo ha sido una de las piedras angulares del crecimiento económico y la prosperidad de Europa a lo largo de su historia.

Entre las estrategias de la Unión Europea para el buen funcionamiento de las políticas de transporte marítimo¹³ está la idea de que los servicios de transporte marítimo son esenciales para que la economía y las empresas europeas compitan a nivel mundial, sin olvidar que el transporte marítimo y todas las industrias marítimas relacionadas con él son una importante fuente de ingresos y puestos de trabajo en toda Europa.

En el ámbito internacional es interesante el caso particular de los puertos asiáticos¹⁴, que han visto aumentar considerablemente su volumen de actividad debido a su nuevo papel como “*fabrica del mundo*” en el mercado. Actualmente, seis de los dieciséis puertos con más tráfico de contenedores en el mundo son chinos, todo ello aún a pesar de la particular coyuntura que sufre la economía mundial.

El porqué de este importante auge del tráfico marítimo en detrimento de otros modos de transporte, como pueda ser el transporte por carretera, se centra principalmente en los costes más económicos que supone el desplazamiento de mercancías por medio de grandes buques, dado que se ha conseguido reducir considerablemente los costes por unidad transportada con el uso de los contenedores. El transporte marítimo no solo es uno de los medios de transporte más antiguos, y de más bajo coste, sino que además es el que permite mover el mayor volumen de mercancías. La puesta en funcionamiento del sistema de contenedores portuarios ideados por Malcom P. Mc Lean¹⁵ en los años cincuenta fue un revulsivo para el transporte

¹³ Bruselas 21.1.2009 COM (2009) 8 final. “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. Objetivos estratégicos y recomendaciones para la política de transporte marítimo de la UE hasta el 2018”

¹⁴ Disponible en: www.cincodias.com de 26 de abril de 2010. Titular: «*El tigre asiático abre las puertas a la inversión española*»: “Taiwán es un eje logístico y portuario en Asia y sus infraestructuras han experimentado un gran crecimiento y un reforzamiento de sus estrategias, contando en la actualidad con cinco zonas francas «free trade zones», además de tener el sexto puerto del mundo en transporte de mercancías, la terminal de Kaohsiung”.

¹⁵ Disponible en: http://en.wikipedia.org/wiki/Malcom_McLean. Traducción de A. Rodríguez. “En 1953, comenzó a desarrollar planes para llevar los camiones de su empresa en los buques a lo largo de la costa Atlántica de los Estados Unidos, desde Carolina del Norte a Nueva York. Pronto se hizo evidente que «trailerships», como él los llamaba, serían ineficientes debido al importante

marítimo, y hoy en día es utilizado para el transporte de la mayor parte de la mercancía general. Solamente para algunos productos (para los que no es rentable el transporte marítimo) se prefiere otro tipo de transportes, como es el caso de las industrias madereras, debido a la dificultad que supone la carga en los buques de troncos de gran medida.

Además del uso de los contenedores, no debemos olvidar la puesta en funcionamiento de nuevas terminales portuarias con avanzados sistemas tecnológicos, que agilizan considerablemente los tiempos de carga y descarga de los buques¹⁶, y por ende, la rentabilidad de los agentes económicos implicados en los puertos. Tradicionalmente, como se analizará en esta tesis doctoral, la mano de obra ha encarecido las tarifas que debían pagar los buques por el uso de los puertos. Hoy en día, los sistemas tecnológicos han permitido alcanzar mayores ratios de rentabilidad para todos los operadores, al abaratar el coste del servicio.

Así pues, uno de los servicios portuarios con más importancia a la hora de hablar de la eficacia y eficiencia de la gestión portuaria, es precisamente sobre el que versa esta tesis doctoral, el servicio de estiba y desestiba. En tanto que la rentabilidad de los buques se basa en su tiempo de navegación, se hace imprescindible contar con un buen servicio de carga y descarga que reduzca al máximo los tiempos de escala de un buque en puerto.¹⁷

desperdicio de espacio de carga potencial a bordo del buque, conocido como «estiba rota», que su uso introdujo. Malean modificó entonces su concepto original. Sólo los contenedores (la caja contentiva de la carga), no el chasis (parte rodante del camión) serían los que se izarían a las cubiertas de los barcos; de ahí vino la designación de buques porta-contenedores o buques «caja».

¹⁶ NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL. “*El régimen jurídico-administrativo de los puertos*”. Monográficas Jurídicas Marcial Pons. Madrid 2000.

¹⁷ GONDRA ROMERO, JOSÉ MARÍA. “*Régimen Jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*”. Editorial Tecnos. Madrid 1970. Pág.15. Este autor expone un análisis sobre la significación económica de las operaciones de carga y descarga señalando: “Así pues mencionarse en primer lugar el constante esfuerzo de los armadores por incrementar el ritmo de ejecución de estas operaciones, a fin de reducir el costoso periodo de plancha del buque, lo que necesariamente conduce a un menor control y cuidado en la manipulación del cargamento durante la carga y la descarga. No puede perderse de vista que la ejecución de estas operaciones exige necesariamente una inmovilización improductiva del buque durante un periodo de tiempo más o menos prolongado, o cual repercute de manera inmediata sobre los gastos de explotación de aquel y, por consiguiente, sobre los costes del transporte, incidiendo en principio en la economía del porteador, pero repercutiendo en definitiva, a través de la correspondiente subida en los fletes, sobre las economías de los dueños de las mercancías transportadas.”

2. Las operaciones de estiba y desestiba de mercancías en el ámbito portuario.

Con la referencia a las operaciones de carga y descarga se recoge un conjunto muy amplio de actividades, tal y como definió JOSÉ M^a GONDRA ROMERO¹⁸:

“en el término operaciones de carga y descarga se incluyen no solamente las propiamente tales, es decir, las de puesta de las mercancías a bordo del buque y las de extracción y descenso del cargamento a tierra respectivamente, sino toda una serie de operaciones de muy diversa naturaleza de hecho con las que se prepara y se pone término al estricto desplazamiento marítimo. Se comprende también en ellas, por tanto, las operaciones de depósito y almacenaje de las mercancías previas a su embarque y posteriores a la descarga y puesta en muelle del cargamento transportado”.

Por lo tanto, nos referimos al hablar de servicio de estiba y desestiba portuaria a toda una serie de actividades previas o posteriores al tráfico marítimo de mercancías. MIGUEL NAVAJAS REBOLLAR¹⁹ señala que cuando se habla del servicio de manipulación de mercancías que engloba la estiba y desestiba, este comprende tres fases sucesivas:

*“...como son la **recepción y entrega** de las mercancías objeto del transporte, consistente en la operación de depósito de la mercancía en el recinto portuario como paso previo a su posterior embarque o viceversa; **la carga y descarga**, que es la operación que eleva la mercancía desde el lugar donde está depositada hasta que queda suspendida sobre la borda y viceversa; y, por último, **la estiba y desestiba**, que supone aquellas operaciones por las que la mercancía se mueve desde que queda suspendida sobre la borda hasta que es colocada en la cubierta o en la bodega y viceversa”.*

La principal característica de todas esas actividades, y que constituyen los servicios de estiba y desestiba, es que requieren para su ejecución de un personal

¹⁸ *Íbidem*. Pág. 13.

¹⁹ Ob.cit NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL. “El régimen jurídico-administrativo de los puertos”. Págs. 227-228.

con una gran especialización, y de una maquinaria especial para su puesta en funcionamiento. En concreto, los portuarios que llevan a cabo estas labores son los llamados estibadores. Un colectivo de trabajadores que tradicionalmente ha tenido que enfrentarse a una particular situación laboral dada la estacionalidad de la demanda de sus servicios y las duras condiciones de trabajo (no debemos olvidar que en sus orígenes toda la carga y descarga de los buques se hacía de forma manual)²⁰.

El trabajo realizado por los estibadores portuarios tiene una significación importante desde el punto de vista social y económico, realidad a la que no son ajenas las autoridades públicas de los países miembros de la Unión Europea, tal y como señala MANUEL ALVAREZ DE LA ROSA²¹:

“Ha de tenerse en cuenta que en toda Europa el trabajo de los «dockers» (en inglés: estibadores) se ha configurado en régimen de exclusiva a veces desde hace siglos y está presente hoy, en grado variado, pero siempre con las notas comunes de intervención pública y acotación en exclusiva de determinados trabajos, en puertos de tan sobresaliente importancia como los de Bremen y Hamburgo, en Alemania; los de Amberes y Zeebrugge, en Bélgica; en el de Róterdam en Holanda y en los puertos franceses, italianos, españoles con factores de exclusividad más o menos encubiertos”.

Para centrar la cuestión es necesario enumerar las características propias de las relaciones que se entrelazan en el complejo servicio de estiba y desestiba portuaria:

- En los puertos de interés general ciertos puestos de trabajo se reservan a favor del colectivo de trabajadores estibadores. La reserva se basa en una profesionalización que capacita a estos trabajadores para trabajos en algunos casos de alta tecnificación. Por lo tanto, la primera nota distinta es

²⁰ MILLER, RAYMOND CHARLES. “*The Dockworker Subculture and some problems in Cross-Cultural and Cross-Time Generalizations*”. Comparative Studies in Society and History, vol. 11, nº 3. 1969.

²¹ ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. “*La regulación española del trabajo en la estiba portuaria y los Tratados de la Unión Europea.*” Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº Extra 24. Ejemplar dedicado a: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social en homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. 1999. Págs. 299-318.

que no existe propiamente una oferta abierta a todo tipo de demandantes de empleo. Los trabajos que tienen encomendados los estibadores están íntimamente relacionados con el buque que decide operar en puerto y con las mercancías que transporta.²²

- La demanda de trabajadores es además tremendamente irregular, puesto que depende del número de buques que decidan operar en un determinado puerto; se trata por tanto de un trabajo de suma inestabilidad laboral. Pueden producirse puntas de trabajo que deben ser atendidas, circunstancia que es difícil de conjugar si no existen plantillas permanentes de estibadores. De este modo, en tanto que no se garantice una estabilidad en la demanda de trabajadores estibadores es difícil establecer una previsión de garantías laborales estables.
- La gestión de este colectivo de trabajadores desde los últimos años se ha encomendado a sociedades de gestión de personal, a modo y semejanza de las empresas de trabajo temporal pero con notas distintivas propias. En un principio participaban las autoridades portuarias, mientras que en los últimos tiempos solo las empresas con licencia para operar como empresas estibadoras están obligadas a pertenecer a este tipo de sociedad y al mantenimiento de su capital social.
- Estas sociedades no realizan en ningún caso trabajos portuarios, de eso se encargan las empresas que han accedido a una licencia. Estas sociedades de gestión únicamente se encargan de la prestación de personal estibador. Cuando una empresa estibadora necesita personal para realizar el servicio de estiba y desestiba debe acudir necesariamente a la contratación del personal que le facilite esta sociedad de gestión de personal y abonar las cuantías establecidas. En el coste se incluye no solo el salario, sino también una parte para sufragar la posible inactividad de trabajadores

²² *Íbidem*. Pág. 304. “Los trabajos incluidos en el servicio público de estiba y desestiba, y que están reservados a los trabajadores portuarios y a las empresas estibadoras autorizadas como tales (titulares de una concesión administrativa), no son todos los que se realizan en el ámbito portuario, sino los directamente relacionados con el buque:

– Desestiba y descarga de buques y desplazamiento de la mercancía hasta su primer almacenamiento o depósito en puerto.

– Carga y estiba de buques y desplazamiento de la mercancía desde su último almacenamiento o depósito en el puerto”.

disponibles, pero que finalmente no han tenido trabajo, así como una parte para afrontar los propios gastos de la estructura de la sociedad.

- En aquellos casos en los que la empresa estibadora que haya obtenido una licencia para operar en puerto quiera contratar personal fijo en relación laboral común para integrarse en su plantilla de forma permanente deberá acudir de forma obligatoria a la contratación de personal de la propia sociedad de gestión. Esta es una cuestión controvertida puesto que limita el acceso a la contratación libre de trabajadores en el mercado.
- En conclusión, solo trabajadores que formen parte de las sociedades de gestión pueden desempeñar las labores propias del servicio de estiba y desestiba, bien por medio de contrataciones puntuales, o bien porque pasan a integrarse en plantillas de empresas estibadoras. La justificación a este modelo se ha fundamentado tradicionalmente en la necesaria cualificación profesional del personal estibador, así como en la estabilidad del empleo, medidas necesarias para asegurar un servicio con una posición estratégica dentro del tráfico marítimo.

El escenario planteado y el complejo sistema de restricciones a la contratación libre de personal estibador viene motivado porque durante décadas ha existido una precaria situación laboral de los estibadores que ha dado lugar a una feroz segmentación del mercado laboral, con un exceso de mano de obra crónica, donde las líneas de demarcación raciales, étnicas y religiosas eran empleadas por los trabajadores para defender su puesto de trabajo²³. De forma magistral la citada película de Elia Kazan muestra la virulencia del trabajo portuario; las licencias artísticas de la película no restan credibilidad a la realidad que se vivía en muchos puertos, la crudeza con la que muchos trabajadores debían enfrentarse al hecho de que la función de intermediario con los buques fue copada durante muchos años por el crimen organizado. En cuanto a esta última cuestión, en otro ejercicio literario y cinematográfico, no debemos olvidar que en la novela de MARIO PUZO “*El Padrino*”, que también dio lugar a una interesante saga de películas, las

²³ NELSON, BRUCE. “*Ethnicity, Race and the Logia of Solidarity: Dock Workers in International Perspective*”, en la obra *Dock Workers: International Explorations in Comparative Labour History, 1790-1970*. vol.II. Sam Davies. Aldershot. 2000. Págs. 657-580.

actividades mafiosas de *Don Vito Corleone*, se realizaban precisamente en el puerto de Nueva York durante 1945-1955.

3. Primeras consideraciones. Las actividades de estiba y desestiba de mercancías portuarias como un servicio público.

La conjunción de ambos factores, la importancia de unos puertos bien gestionados, con capacidad para generar riqueza dada su trascendencia en el conjunto de la economía de un país, y la necesidad de regular la estabilización en el trabajo de los estibadores, es lo que ha llevado históricamente a la implicación del Estado en la regulación del servicio portuario de estiba y desestiba. Sin olvidar que la propia actividad que se desarrolla dentro del dominio público afecta al servicio del puerto. En este sentido, el hecho de que las actividades de carga y descarga, en tanto que son actividades cuyo ejercicio en los puertos implica un uso general, por lo que se refiere al dominio público²⁴, están necesariamente sometidas al poder de vigilancia del demanio portuario, del que es titular la Administración como responsable de la protección y la pervivencia de la utilidad pública a la que este viene afecto. Tradicionalmente, en el estudio de los servicios públicos se viene considerando el dominio público como impulsor de las teorías dogmáticas sobre las obras y los servicios públicos.²⁵

Como se tendrá ocasión de ver a lo largo de este trabajo, la participación pública en la gestión portuaria, y más en concreto, en la regulación del servicio público de estiba y desestiba, ha sufrido a lo largo de los años muy diversos avatares. Por un lado, se estudiará la intervención administrativa en el ámbito portuario, producida

²⁴ GARCÍA PÉREZ, MARTA. “*La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial a la concesión demanial*”. Monográficas Jurídicas Marcial Pons. Madrid. 1994.

²⁵ FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. “*Las obras públicas*”. Revista Administración Pública, nº 100-102. 1983. Págs. 2430 y ss. “Así las cosas, no puede extrañar que la primeras construcciones dogmáticas del nuevo Derecho adolecieran de confusión, supuesto que los fines a conseguir se presentaban muchas veces como contradictorios. No puede extrañar tampoco que esas construcciones pretendieran encontrar en la tradición jurídica heredada una legitimación que el contexto tópico de la nueva época las negaba o, cuando menos las dificultaba gravemente. Ello explica perfectamente un hecho que, contemplado desde nuestros días y con nuestros propios ojos, pueda, quizás, parecer sorprendente: la estrecha conexión de conceptos hoy netamente diferenciados como los de obra pública, dominio público y servicio público, que caracteriza como ninguna otra cosa esta fase inicial de formación de Derecho Administrativo. El dominio público es, sin duda el motor inicial del proceso de construcción dogmática de la disciplina, el primero de los títulos habilitantes al que la Administración de esta primera época acude para justificar sus intervenciones en la dinámica social”.

en mayor medida tras la segunda guerra mundial²⁶, centrándonos en el análisis de la situación de los puertos europeos, y en concreto, en los puertos españoles. No debemos olvidar durante toda la redacción de esta tesis la trascendencia de la Sentencia del año 2014 por parte de la justicia comunitaria, que supone para España una condena por el mantenimiento del actual modelo de estiba.

En el estudio de la intervención pública se expondrán diferentes fases, desde la consideración del servicio como un servicio público, y el consiguiente control de la actividad por parte de las autoridades públicas (entes locales o estatales) hasta las corrientes más desreguladoras, cuyo máximo exponente ha sido el modelo británico²⁷. Asimismo, al analizar la intervención del Estado en este sector se estudiará el complejo entramado de relaciones jurídicas que se producen entre los operadores privados que actúan en el ámbito de gestión y las Administraciones públicas tales como el régimen de concesiones, el uso del dominio público, las tarifas, las tasas, el procedimiento sancionador, etc.

Dentro del análisis de las relaciones jurídicas en el contexto portuario, esta tesis se centrará con más detalle en el estudio de las denominadas concesiones y autorizaciones portuarias, entendidas por ISIDORO GONZALO RODRÍGUEZ²⁸, en un trabajo publicado en la RAP de la siguiente manera:

“Por la concesión administrativa portuaria se transfiere a un particular el uso exclusivo de un bien de dominio público marítimo o la explotación de un servicio público portuario de carácter comercial .Por tanto, se puede hablar de concesiones portuarias de servicio público y de dominio público. Es de capital importancia saber si la concesión es de una u otra clase, porque, según sea ella, no sólo la motivación, sino el régimen y, más aún, las consecuencias, que se derivan por imperativo de ambos supuestos, son diferentes en las diversas manifestaciones de la vida del Derecho que soportan y que van desde su ejercicio hasta su extinción”.

²⁶ VAN VOSS, LEX HEERMA y VAN DER LINDEN, MARCEL “Estibadores: configuraciones 1790-1970”. Historia Social, nº 45. 2003. Pág. 35-52.

²⁷ CABEZA PEREIRO, JAIME. “La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido”. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 84. Civitas. 1997. Págs. 557-574.

²⁸ GONZALO RODRÍGUEZ, ISIDORO. “Concesiones y Autorizaciones Portuarias” Revista de Administración Pública, nº 16. 1965. Págs. 369-386.

A lo largo de esta tesis se observará que, por lo que se refiere al servicio de estiba y desestiba, se entremezclan en muchos casos los supuestos de autorizaciones concedidas para la prestación del servicio y otras únicamente relativas al uso del dominio público. Por lo que se refiere a las clases de autorizaciones relativas al dominio público portuario estatal podemos diferenciar aquellas relativas a la utilización de instalaciones portuarias fijas por parte de los buques, en relación con el pasaje y las mercancías, que se rigen por el Reglamento de Explotación y Policía y las correspondientes ordenanzas portuarias de cada puerto, de aquellas otras autorizaciones relativas a la ocupación del dominio público portuario con bienes muebles o instalaciones desmontables o sin ellas, por un plazo no superior a tres años, y que se otorgan de conformidad con lo dispuesto en la propia Ley de puertos; en concreto, tras la aprobación del TRLPMM, la regulación se establece en el Capítulo III, relativo a la utilización del dominio público estatal.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OPERACIONES DE ESTIBA Y DESESTIBA DE TRÁFICO MARÍTIMO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. Planteamiento general sobre el actual régimen jurídico.

Por lo que se refiere al estudio del régimen jurídico del servicio portuario de estiba y desestiba, como ya hemos mencionado a lo largo de este planteamiento general, la aprobación del TRLPMM, culmina las reformas acometidas en los últimos años en torno al sistema portuario español. En concreto, tal y como establece el propio texto: *“El ejercicio de la autorización parlamentaria de refundición de la pluralidad de normas legales que hasta el momento rigen en las materias portuaria y de la Marina Mercante, otorgada por la Disposición final séptima de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, ha requerido la utilización de todas las facultades conferidas en la autorización parlamentaria, que se otorgó con la mayor amplitud permitida por la Constitución. Esta autorización se refiere desde luego, y fundamentalmente, a las Leyes 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre; la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de*

interés general; y por último, la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, pero las tres primeras han sido objeto de diversas modificaciones concretas que igualmente comprende”.

En cuanto a la evolución normativa del marco jurídico de los servicios portuarios de estiba y desestiba en el transporte marítimo, se verá como ya en el Derecho Romano existían referencias dada la importancia que esta actividad tenía para el abastecimiento militar y comercial²⁹. Circunstancias que a día de hoy se pueden sustentar con la misma dinámica, puesto que los puertos siguen siendo vectores fundamentales para las económicas nacionales, dada la relevancia del comercio marítimo en el conjunto de los datos macroeconómicos.

No obstante, esta tesis doctoral pretende centrarse en el ordenamiento jurídico español, comenzando con alguna breve referencia histórica a la regulación de la materia en el *Llibre del Consolat del Mar*³⁰, como obra recopilatoria de las leyes y costumbres del Derecho Marítimo aplicable en el mar mediterráneo. Como ejemplo, el Capítulo LXXV se refería a “*Los estibadores y de las provisiones que el mercader embarque en la nave*”, en los siguientes términos:

“Debe además el patrón proporcionar a los mercaderes hombres que sepan estibar, si la nave estiba sobre traviesas; pero los mercaderes han de pagarles y el patrón está obligado a transportar al mercader su equipaje, cofres y la cantidad de víveres que le sea suficiente. Pero si éste, o alguien por él, quiere embarcar víveres o alguna otra cosa para revenderla entre la tripulación, debe pagar fletes a la nave”.

Aunque también se hará alguna referencia a la regulación de la materia en el siglo XIX, el estudio de esta tesis se centra principalmente en la regulación de la materia desde el siglo XX hasta la situación actual.

Con el TRLPMM concluye el proceso normativo iniciado a principios de la década de los noventa, con la aprobación en 1992 de la Puertos del Estado y de la

²⁹ ZAMORA MANZANO, JOSÉ LUIS. “*La estiba de mercancías y su constatación documental en el transporte marítimo romano*” Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M^o Reimundo Yanes. (Coord. Alfonso Murillo Villar), vol. II. 2000. Págs. 583-591.

³⁰ “*Libro del Consulado del Mar*”. Traducción de JUAN RAMÓN PARELLADA. Madrid. Ministerio de Asuntos Exteriores. Dirección General de Relaciones Culturales. 1955.

Marina Mercante, de esta Ley se han ido realizando diversas reformas parciales en 1997, 2003, y la más reciente en el año 2010. En particular respecto de esta última, la mencionada anteriormente Ley 33/2010, supuso un nuevo cambio de planteamiento para los servicios portuarios³¹. Esta normativa siguió la línea ya avanzada por la regulación contenida en la *Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general*³², que significó un primer avance en la liberalización de los servicios portuarios, regulando, asimismo, las cuestiones relativas a los usos del dominio público portuario, de forma que la iniciativa privada pudiera participar más activamente en la gestión portuaria y en la dotación de nuevas infraestructuras portuarias.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 48/2003 de 26 de noviembre, establecía en los siguientes términos cual debía ser el nuevo posicionamiento del Estado: *“Este marco jurídico regula los regímenes económicos-financiero, de prestación de servicios y de utilización del dominio público para potenciar la posición competitiva de los puertos españoles en un contexto del sector del transporte, internacional y europeo, globalizado, abierto y liberalizado, garantizando los principios de libre competencia inter e intra portuaria de acuerdo con las características de los tráficos y el número y tamaño de nuestros puertos. Para ello, esta Ley subraya los factores o criterios de rentabilidad y eficiencia en la explotación del dominio público portuario y apuesta decididamente por la promoción e incremento de la participación de la iniciativa privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de los servicios portuarios a través del otorgamiento de los correspondientes títulos habilitantes”*.

Se puede apreciar como el legislador ya en el año 2003 expresa la clara intención de favorecer la participación del capital privado, para que acometiera las

³¹ MIQUEL RODRÍGUEZ, JORGE *“Estibadores portuarios y Derecho de la Competencia”*. Anuario de Derecho Marítimo, nº 27. 2010. Pág. 85-94. En la nota a pie de Página (2) detalla que la tramitación de esta reforma legislativa fue larga y laboriosa: *“El proyecto de Ley 121/000078 de fecha 17 de marzo de 2006, al no contar con los suficientes apoyos no prospero en su tramitación, sin haberse hecho otra cosa que admitir en el Congreso la «ampliación reenmiendas», lo que finalmente, terminada la legislatura, supuso que decayera. También decayó el Proyecto de Ley 121/000111, General de Navegación Marítima, presentado a finales del año 2006, que introducía una serie de reglas relativas a las operaciones de carga y descarga, encuadradas dentro de los llamados contratos de manipulación portuaria que regulaban los artículos 360-368 del Proyecto”*.

³² BOE nº 284 de 27 de noviembre de 2003.

inversiones necesarias tendentes a la puesta en funcionamiento de unos puertos más competitivos.

Por lo que se refiere a cuestiones económicas, desde principios de los años noventa el sistema portuario español se sustenta en la idea de la autosuficiencia económica de los puertos, con una gestión económica independiente de los Presupuestos Generales del Estado. *La Ley 27/ 1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*³³ (LPMM), instauró los principios de autonomía de gestión y autosuficiencia económico-financiera de los puertos de interés general. La idea principal de la Ley del año 1992 era realizar una profunda modernización de la legislación marítima nacional, posibilitando el tránsito desde un modelo autoritario e intervencionista a otro liberal. Hasta los años noventa la legislación reguladora de la Marina Mercante y del Transporte Marítimo, databa en sus normas básicas de 1956, año en el que se promulgó la *Ley de Ordenación y Renovación de la Flota Mercante*, y a la que sucedieron numerosas disposiciones, la mayoría de carácter reglamentario, que trataron de forma asistemática y dispersa las necesidades y situaciones que acontecían.

Con la Ley de 1992 se sentaron las bases que permitieron la gradual implantación de las reglas del mercado en una actividad empresarial que tradicionalmente había sido objeto de una fuerte protección e intervención administrativa. Desde la promulgación de la Ley, las empresas marítimas, tanto públicas como privadas, pudieron operar en un marco más flexible. Se instauró la creación de entidades públicas con autonomía de gestión, dotadas de personalidad jurídica y presupuesto propio, como la mejor fórmula para la gestión de los puertos públicos. De este modo, los puertos españoles, a través de sus Autoridades Portuarias, denominación que recibieron las citadas entidades públicas instauradas desde principios de los años noventa, obtenían sus ingresos por medio de la recaudación relativa al uso de las infraestructuras y demás espacios portuarios, y de este modo conseguían cubrir sus gastos de funcionamiento. En 1992 FERNANDO PALAO TABOADA³⁴, por entonces Presidente del ente público Puertos del Estado, señalaba: *“Puede afirmarse, de manera general, que la Ley extiende el régimen*

³³ BOE nº 283 de 25 de noviembre de 1992.

³⁴ PALAO TABOADA, FERNANDO y otros. *“Comentarios a la nueva Ley de Puertos”*. Consorcio de la zona franca de Vigo. Vigo. 1993.

de autonomía en aplicación a la totalidad de los puertos, ampliando sus competencias”.

2. Formación del régimen jurídico del servicio portuario de estiba y desestiba.

A lo largo de este trabajo se expondrá cual ha sido la evolución que ha sufrido el servicio de estiba y desestiba portuaria durante las últimas décadas. Desde su regulación en el *Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques*³⁵ (RDL 2/86), hasta las consecuencias que supuso la nueva concepción de la administración portuaria establecida como consecuencia de la regulación contenida con la Ley 48/2003, al instaurar importantes cambios, en las denominadas, en aquel momento, Sociedades Estatales. Concluyendo este trabajo con un análisis con los cambios que presumiblemente deberán acometerse tras el pronunciamiento judicial condenatorio del Tribunal de Luxemburgo.

El cambio fundamental se produce al desaparecer la consideración de servicio público de la actividad de estiba y desestiba de buques tras la normativa contenida en la Ley 48/2003. Las Sociedades Estatales encargadas del control del trabajo que debían realizar los estibadores portuarios pasaron a ser consideradas como Agrupaciones Portuarias de interés económico (APIE).

La nueva regulación contenida en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 48/2003, relativa a la transformación de las sociedades estatales de estiba y desestiba en agrupaciones portuarias de interés económico, abrió la puerta a la participación en el capital social, de las citadas agrupaciones, a los titulares de la correspondiente licencia de prestación del servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías.

Pero la modificación más importante de la reforma legislativa del año 2003, fue el establecimiento de la institución conocida como la “**autoasistencia**”³⁶, que consiste básicamente en la posibilidad de que los buques que atracan en un puerto

³⁵ BOE nº 126 de 27 de mayo de 1986.

³⁶ CABEZA PEREIRO, JAIME. “Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria. En torno a un cisma sobre el Proyecto de Directiva de acceso al mercado de los servicios portuarios”. Aranzadi Social, nº 5. 2003. Págs. 1205-1216.

español, en algunos supuestos pudieran efectuar las labores de carga y descarga con su propio personal, sin tener por tanto, que hacer uso del personal estibador profesional del puerto donde se efectúa la estiba o desestiba. Una definición más normativa del término autoasistencia la podemos encontrar en la propuesta de Directiva que el 13 de febrero de 2001 presentó la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios³⁷, y que se refiere a la autoasistencia en los siguientes términos: *“La situación en la que el usuario de un puerto se presta a si mismo una o varias categorías de servicios portuarios, sin que normalmente se celebre ningún tipo de contrato con terceros a efectos de tal prestación”*.

Ese es precisamente el nudo gordiano de esta investigación: analizar el cambio de posicionamiento de las Administraciones Públicas en España, en lo relativo a los servicios portuarios de estiba y desestiba. Tradicionalmente, el Estado había actuado directamente como agente económico en la prestación de los servicios portuarios; no será hasta los años noventa, como ya hemos mencionado, que comienza el abandono del modelo intervencionista, y los puertos pasan a regirse por las reglas de mercado en su actividad empresarial hasta llegar a la situación actual. La evolución normativa que ha sufrido el sector de la estiba ha ido cambiando desde el tradicional monopolio del Estado en la prestación del servicio, pasando después por una seudo-desaparición de dicho monopolio, hasta la pretendida plena liberalización.

El mismo proceso que han experimentado otros sectores, como señala JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA³⁸ al respecto del sector de las telecomunicaciones:

“Todo proceso de liberalización estuvo dirigido al establecimiento de un nuevo marco legal que, en las antípodas de los esquemas precedentes (monopolio en la prestación de los servicios de telecomunicaciones y en la explotación de las correspondientes redes e infraestructuras), y la erradicación de un monopolio en manos del sector público consagraba la

³⁷ COM (2001) 35 final- 2001/ 0047 (COD).

³⁸ SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M^a. *“El proceso de liberalización y la regulación de las telecomunicaciones en España”*. Revista científica iberoamericana de comunicación y educación, nº 13. 1999. Págs. 51-57.

liberalización de la actividad, es decir, su «despublicación» (la pérdida de su carácter de actividad de titularidad pública y susceptible de explotación solo en virtud de concesión administrativa para pasar a serlo en virtud de la iniciativa privada) y la plena competencia en la explotación de las correspondientes redes y servicios”.

Por lo que se refiere al análisis del régimen jurídico, se verá en detalle la citada regulación contenida, por un lado, en el Real Decreto-Ley 2/1986 de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, y que fue derogado parcialmente por la Ley 48/2003, y de otro lado, por lo dispuesto en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

En dicho Real Decreto se establecía claramente que la actividad de estiba y desestiba de buques era considerada como un **servicio público esencial de titularidad estatal**, gestionado a través de las ya citadas, **Sociedades Estatales**. La Exposición de motivos del Real Decreto señalaba expresamente: *“La indudable importancia de las actividades portuarias de carga, descarga, estiba y desestiba de mercancías tienen para la economía española, habida cuenta el importante volumen de tráfico de mercancías que a través de los puertos se produce en nuestro país, justifica el tratamiento de dichas actividades en una norma con rango de Ley que contemple, mediante una regulación global y completa, los distintos aspectos de esta actividad, a partir de la consideración de la misma como un servicio público esencial de naturaleza estatal”.*

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH³⁹ al establecer la configuración legal de los servicios portuarios, tras la aprobación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, matizaba la excepcionalidad de las labores de carga y descarga, estiba, desestiba y trasbordo de mercancías en los buques y dentro de la zona portuaria, que como ya ha quedado expuesto, se regulaban y se ejercían de acuerdo con su normativa específica, que en aquel momento estaba constituida por el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, su Reglamento de ejecución, aprobado por R.D 371/87, de 13 de marzo, y la O.M de 15 de abril de 1987, por la que se establecían las bases para la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general.

³⁹ MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL. *“Los servicios portuarios”*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. (Coord. Juan Luis Iglesias Prada), vol. III. “Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación”. Editorial Civitas. 1996. Págs. 3927-3945.

Con la LPMM se establecieron las medidas para regular el proceso de constitución, de las denominadas Sociedades estatales de estiba y desestiba, tal y como, planteaba la Disposición Transitoria Tercera de la Ley. Según el mismo autor⁴⁰ al analizar el papel que debían mantener los concesionarios del servicio matizaba: *“Las empresas concesionarias del servicio público de estiba y desestiba pueden realizar otras actividades, como son las relacionadas con la entrega y recepción de mercancías, que, efectuándose en el espacio físico del puerto, estén directamente ligadas al tránsito de mercancías de éste (Art. 6 del Reglamento de 13 de marzo de 1987). Por tanto, las empresas estibadoras tienen un carácter bifronte: por una parte son gestores indirectos de un servicio público de titularidad estatal, en cuya virtud están ligadas a la Administración por un contrato de gestión de servicio público que reviste la modalidad de concesión, y, por otra, realizan otras actividades vinculadas al tráfico portuario, que son puramente privadas, aunque intervenidas por la Administración en los términos que establezca la normativa vigente en cada caso”*.

Esta regulación sufre una gran transformación en el año 2003, el Estado pasa de ser un agente económico directo, a ser meramente un agente de control que debe garantizar que la participación privada pueda desarrollar actividades, que hasta ese momento había sido de titularidad exclusivamente pública, en un contexto de libre competencia. La idea que subyace de la nueva regulación, es que el servicio público de estiba y desestiba regulado hasta ese momento como un servicio público de titularidad del Estado pasa a convertirse, según se dispone con el cambio normativo, en un **servicio portuario básico**, entendido de este modo como una actividad comercial de interés general, pero donde la iniciativa para su desarrollo está en manos de los particulares.

Concretamente, la Exposición de Motivos de la Ley 48/2003 se refiere a la nueva posición que debe adoptar el Estado en los siguientes términos: *“El proceso de liberalización, impulsado con ahínco desde la Unión Europea, consiste en una política económica que concibe al Estado, no como agente económico directo, sino como promotor, catalizador y garante de los derechos de propiedad y libertad de empresa, centrando sus funciones en el desarrollo de políticas que*

⁴⁰ *Íbidem.*

favorezcan la estabilidad, la libre concurrencia y el fomento de la inversión en los puertos, a través de fórmulas jurídicas que hagan atractiva la inversión de la iniciativa privada en los puertos de interés general, sin perjuicio de la simultánea articulación de mecanismos reguladores, habida cuenta de que los mercados de prestación de servicios de transporte, como es el caso del que aquí nos ocupa, vienen prestando o pueden presentar un alto grado de concentración en la concurrencia de operadores”.

Como es fácil apreciar en una primera lectura, existe una gran disparidad de posicionamientos en las Exposiciones de Motivos de ambas regulaciones, si bien en el Real Decreto Ley de 1986, se parte de la idea de declarar a las actividades portuarias como servicio público de titularidad estatal, en la regulación del 2003 la idea es totalmente antagónica llegando a considerar al Estado como un mero promotor de los derechos de la libertad de empresa.

Respecto de ambos posicionamientos IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ⁴¹, señala que no necesariamente las legislaciones de 1992 y 2003, mantienen ideas antagónicas, dado que ambos cambios legislativos, al margen de establecer la titularidad en manos públicas o privadas, buscan una mayor rentabilidad y eficacia del sistema portuario. En palabras del propio autor un ejemplo de esta búsqueda común en ambas legislaciones es: *“la urgencia en desmantelar los monopolios estatales de las sociedades de estiba y desestiba”*.

Precisamente, uno de las variaciones que trajo consigo el cambio de normativa 2003, que ya ha sido anunciado, fue la transformación de las Sociedades Estatales encargadas de prestar el servicio de estiba y desestiba de los buques, en las denominadas Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE), separándose de las Autoridades Portuarias que hasta ese momento habían formado parte de las Sociedades Estatales.

3. Las transformaciones en la prestación del servicio de estiba y desestiba.

Con la Ley 33/2010 de 5 de agosto, se produjo un nuevo cambio añadiéndose a la Ley 48/2003 un nuevo Título relativo al régimen de gestión de los trabajadores

⁴¹ ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO. *“El régimen jurídico de los servicios portuarios. (Especial referencia a la Ley 48/ 2003, de régimen económico y prestación de servicios de los puestos de interés general)”*. Anuario de Derecho Marítimo, nº 21. 2004. Págs. 23-42.

para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. En este nuevo Título se estableció la posibilidad de crear **sociedades anónimas mercantiles privadas**, que tuvieran por objeto social la puesta a disposición de sus accionistas de los trabajadores contratados por la propia sociedad. La denominación de este nuevo tipo de sociedades será la que se establezca en los estatutos, pero deberá figurar la expresión: *Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios* o las siglas SAGEP.

Es importante matizar que la propia Ley 33/2010 estableció un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, para la transformación en este nuevo tipo de sociedades, tanto de las APIE, salidas de la aplicación de la Ley 48/2003, como de las Sociedades Estatales de estiba y desestiba (SEED) en las que la Autoridad Portuaria dispone de un 51% del capital social. Pero teniendo en cuenta la entrada en vigor de la Ley, el 27 de febrero del 2011 concluyó el plazo, y de las 38 sociedades de estiba existentes entre los puertos españoles, cerca de la mitad de ellas no habían concluido su transformación en Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP), lo que da una idea de la laxitud con la que el legislador ha hecho cumplir sus propios postulados en los últimos años.

Durante bastante tiempo estuvieron coexistiendo, dos modelos de entidades encargadas de la gestión del personal estibador, por un lado, las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba (SEED), en las que el 51% del capital social pertenecía a la Autoridad Portuaria, y las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE), en las que se integraban únicamente las empresas estibadoras y en las que existía un régimen de responsabilidad mancomunada entre sus socios.

Con el nuevo modelo de las SAGEP, la participación estatal prácticamente desaparece, y se deja en manos de una sociedad mercantil anónima, donde solo tienen participación las empresas estibadoras, la gestión de los servicios de estiba y desestiba portuaria. En particular, como señalaba la propia Exposición de Motivos de la Ley 33/2010 la nueva figura (constituida bajo la denominación SAGEP) es exclusivamente de participación privada, indicando expresamente que estará formada: *“por las empresas titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación, con una distribución accionarial alícuota por el número de titulares y proporcional por el volumen de facturación de cada una de*

ellas”. Las SAGEP están, de este modo, formadas por las empresas titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación. La distribución de su participación en la SAGEP se establece con un reparto de forma alícuota de las acciones, entre todos los titulares de licencia, y de acuerdo, con su volumen de facturación. En este nuevo contexto se estudiará que papel desempeñarán las Autoridades Portuarias, dado que se les encomienda la función de supervisión de las reglas de la competencia entre las diferentes empresas prestadoras del servicio.

Una de las cuestiones recogidas en la Ley 33/2010 fue la posibilidad de que la Autoridad Portuaria pudiera autorizar al naviero o armador, según recogía el antiguo Art. 79.4, sin necesidad de tramitar una licencia de servicio de manipulación de mercancías, el manejo de medios de carga y descarga propios del buque por personal de su tripulación, una vez se acreditara, mediante la presentación de los oportunos certificados de la autoridad competente, la idoneidad de los medios técnicos empleados y la cualificación del personal que los maneje, particularmente en materia de prevención de riesgos laborales.

La Autoridad Portuaria, asimismo, puede imponer las condiciones necesarias a fin de que se garantice la realización de la operación en condiciones de seguridad y calidad ambiental. Es importante matizar que las actividades incluidas en el servicio de estiba y desestiba, se establecía en el propio Art. 79.5, deberían en todo caso, ser realizadas por los trabajadores que cuenten con alguna de las titulaciones de formación profesional de grado medio o superior que se determinarían por Orden del Ministerio de Fomento, que debía ser dictada en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley. Dicha Orden no se aprobó hasta el 23 de octubre de 2012, mediante la Orden FOM/2297/2012⁴², por la que se determinan las titulaciones de formación profesional exigibles para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. Este retraso en la aprobación de la norma dificultó en gran medida la posibilidad de las empresas operadoras de cumplir con las obligaciones que le imponían las Autoridades Portuarias; además, la demora en la aprobación de la norma ha sido una circunstancia que no fue ajena a la Comisión Europea, ni tampoco lo ha sido en la instrucción del procedimiento sancionador que ha concluido con sanción para España.

⁴² BOE nº 259 de 27 de octubre de 2012.

4. El impacto de la competencia en relación al servicio de estiba y desestiba portuaria y su difícil conjunción con la necesaria formación de personal.

En este punto es importante avanzar que probablemente una de las cuestiones más relevantes a las que ha tenido que hacer frente la regulación del servicio público de estiba y desestiba portuario, y que se expondrá a lo largo de esta tesis doctoral, es su difícil encuadre en las reglas de la competencia; teniendo en cuenta, además, que la prestación del servicio portuario de estiba y desestiba se realiza en la zona de dominio público en régimen de concesión. Así pues, el mantenimiento de restricciones para la prestación libre de la actividad de carga y descarga de los buques, tal y como, se defiende desde algunos colectivos implicados en la prestación del servicio, se encuentra con su difícil engranaje en el contexto liberalizador que está impregnando la mayoría de las regulaciones normativas.

Al respecto del estudio de las reglas de la competencia SANTIAGO GONZALEZ-VARAS⁴³ señala que dentro del planteamiento general sobre el estudio de los transportes, la parte que más ha interesado tradicionalmente al Derecho Comunitario ha sido la liberalización del sector, y la influencia que han tenido las diferentes concepciones sobre el servicio público para determinar el régimen jurídico. Desde las instancias comunitarias se reconoce la importancia de la noción de servicio público en el sector del transporte, tanto por ferrocarril, carretera o en el caso que nos interesa por vía navegable. La justificación está en la necesidad de mantener determinados servicios relacionados con el transporte, y que son indispensables para garantizar la eficacia de las actividades económicas, industriales y comerciales, dentro del mercado económico de la Unión Europea

Como se estudiará a lo largo de este trabajo, en el ámbito comunitario de la Unión Europea existe una gran preocupación por el respeto a las reglas de la competencia en la prestación de servicios, patente queda en los últimos pronunciamientos judiciales que afectan al objeto de análisis de esta tesis. La Unión Europea aboga por la liberalización de determinados servicios que tradicionalmente se prestaban por el Estado; en el caso particular de los servicios portuarios de carga y descarga, uno de los objetivos que se pretendía conseguir

⁴³ GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *“Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte. Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la Competencia”*. Comares. Granada. 2001. Pág. 391.

con la liberalización es la reducción de los costes que supone la obligación de contratar personal única y exclusivamente estibador.

En contraposición a esta idea, el colectivo de estibadores siempre ha mantenido que la liberalización del servicio conllevaría una pérdida de calidad en la prestación, particularmente, en el deterioro de las condiciones de seguridad de las cargas y descargas, dado que éste podría no realizarse por personal cualificado sino por los propios marineros embarcados en el buque, que pasarían a realizar la carga y descarga de las mercancías transportadas, igualmente, se rechaza la autoasistencia por el colectivo de estibadores, en aras a garantizar la correcta prestación del servicio por personal cualificado y con formación. Pero la realidad es que todas estas posiciones están avocadas a entenderse, puesto que tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo el sector de la estiba en España debe acometer una reforma, lo deseable es que las posturas de todos los agentes estén consensuadas, y de este modo acomodar el modelo de estiba de España a las reglas comunitarias. En apartados anteriores se ha citado la Propuesta que han firmado los sindicatos más representativos del sector y la patronal, y que ha sido presentada al Ministerio de Fomento en julio del 2015, pues bien dicha Propuesta concluye del siguiente modo: *“Sobre estas bases, las partes muestran su disposición a continuar avanzando en la articulación de un texto, siempre que con carácter previo exista la garantía jurídica de que se cumplen las exigencias legales derivadas del cumplimiento de la Sentencia del TJUE”*. A la vista de este documento parece que puede hablarse de una buena predisposición al acuerdo, aunque lo acordado dista mucho de la profunda reforma que el sector necesita.

Los postulados comunitarios siempre han abogado por una mayor apertura a la libre competencia y a las políticas de liberalización del sector; de otro lado, los trabajadores portuarios mediante medidas de presión han defendido el mantenimiento de sus condiciones laborales, en aras a garantizar una mayor profesionalidad. En principio parecen posiciones muy distanciadas pero ambas partes deberán matizar sus planteamientos, no es factible que exista un blindaje laboral del calibre de la normativa española en estos momentos, y que ha sido sancionado por las instancias comunitarias, pero tampoco lo es realizar una radical liberalización, sin garantizar unas condiciones óptimas de prestaciones, condiciones muy ligadas a la tradicional teoría del servicio público.

Uno de las ideas que deja abierta esta tesis doctoral está en el hecho de que para lograr liberalizar del servicio de estiba y desestiba portuaria completamente, se debe asegurar una buena formación de los estibadores, existe la dificultad de establecer la formación de personal cualificado. La carga y descarga de los buques implica el conocimiento del manejo de compleja maquinaria, y es muy difícil que personal que habitualmente trabaja embarcado en el buque pueda tener acceso a la formación necesaria para desempeñar las labores de carga y descarga. Asimismo, cualquier formación debe realizarse *in situ* en las instalaciones portuarias, lo que implicaría de nuevo la intervención pública, que es la que ostenta la titularidad de los puertos.

A lo largo de esta tesis se desarrollará también la siguiente idea: pensemos en un centro formativo, ¿le resultaría rentable sacar al mercado una titulación para obtener el título de estibador?, según lo dispuesto en el Art. 153 del actual TRLPMM, que se corresponde con lo dispuesto en el antiguo Art. 144 de la Ley 33/2010 la respuesta no es sencilla. El porqué, básicamente, por los elevados costes; cualquier formación de este tipo implica necesariamente una gran carga lectiva de tipo práctico, que debería necesariamente realizarse en las instalaciones portuarias donde se encuentra la maquinaria necesaria.

Así pues, a lo largo de este trabajo se desarrollará la siguiente idea: en el modelo actual las *Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios* (SAGEP), tienen como principal cometido encargarse de la formación del personal encargado de acometer las labores de carga y descarga. La propia Ley 33/2010 establecía en el Capítulo III del Título V, Art., 144 y 145, los requisitos de capacitación de los trabajadores que realicen actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías, habilitando un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, para su desarrollo que por medio de Orden del Ministerio de Fomento. El Art. 144, señalaba expresamente que las actividades incluidas en el servicio de manipulación de mercancías debían ser realizadas por trabajadores que contaran con alguna de las titulaciones de formación profesional de grado medio o superior que se determinarían por el Ministerio de Fomento. Como esa Orden se demoró hasta el 2012, con la aprobación de la Orden FOM/2207/2012, de 23 de octubre, durante bastante tiempo este requisito no pudo hacerse efectivo.

Es evidente la dificultad que entraña tratar de conjugar las reglas de la competencia, y la auténtica liberalización del sector, con la formación de personal cualificado que pueda desempeñar las labores de carga y descarga, necesarias para atender el servicio de estiba y desestiba. Este es, probablemente, uno de los escollos con los que en muchos casos han chocado las políticas, que desde instancias comunitarias, han pretendido instaurar una completa liberalización del servicio: ¿cómo podemos garantizar la formación de personal en una oferta de libre mercado?

En otros ámbitos relacionados con el transporte, como es el caso de la capacitación profesional para la realización del transporte por carretera, tanto de mercancías, como de viajeros, las autoescuelas o centros formativos, han podido asumir la formación, dado que la inversión necesaria no era de gran envergadura. La parte práctica podía realizarse del mismo modo que se realizan las prácticas para la obtención del permiso de circulación.

En resumen por lo que se refiere al ámbito de la formación de personal encargado de llevar a término el servicio portuario de estiba y desestiba de mercancías estamos ante una formación de tipo práctica, que únicamente puede desarrollarse en las propias instalaciones portuarias, principalmente porque se está hablando del manejo de compleja maquinaria, de gran envergadura y muy costosa, como para que ningún centro formativo pudiera solo en aras a la formación permitirse su mantenimiento y amortización. Sobre esta idea que ahondará a lo largo de esta tesis, pero parece inevitable que la intervención pública siga jugando un papel importante en esta materia.

III. LOS SERVICIOS PORTUARIOS EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

1. Introducción.

Por otro lado, no se debe obviar que toda esta transformación legislativa del ordenamiento jurídico español respecto del régimen jurídico de la materia que nos ocupa está claramente influenciada por el contexto del Derecho Comunitario. Principalmente, como veíamos en el apartado anterior por lo que se refiere a las reglas de la libre competencia, pero también no debemos

olvidar que el transporte marítimo en uno de los ejes de la política económica de la Unión Europea.

El marco de regulación comunitario tampoco ha sido ajeno a esta materia, dado que existen más de 1200 puertos mercantes a lo largo de unos 100.000 kilómetros de costas europeas. El número total de desplazamientos de contenedores coloca a Europa a escala mundial con más de una cuarta parte del tráfico, tal y como, mencionaba la Comunicación de la Comisión sobre una política portuaria europea en el año 2007⁴⁴. Así pues, desde las instancias comunitarias se han diseñado políticas para abordar las diversas actividades marítimas buscando la conciliación del desarrollo y la gestión de los puertos, todo ello de acuerdo con las normas comunitarias, con especial incidencia en las reglas de la competencia, la Sentencia condenatoria a España en relación a la estiba ahonda en ese sentido.

Aunque respecto de la importancia del sector portuario en la consecución de los intereses de la Unión, en un primer momento, ni los países fundadores ni los que posteriormente se han ido incorporando, han mostrado un verdadero interés en el establecimiento de una completa armonización de las diferentes políticas portuarias de los Estados miembros. En los últimos años podemos encontrar algunas muestras de que esta tendencia está cambiando. Un ejemplo es la *Comunicación de la Comisión sobre objetivos estratégicos y recomendaciones para la política de transporte marítimo de la UE hasta el 2018*⁴⁵; en este texto se recoge la idea de potenciar el transporte marítimo de corta distancia, por medio de lo que se ha dado a conocer como la Red Europea de Transporte Marítimo de Corta Distancia (European Short Sea Network). El tráfico marítimo intraeuropeo debe incrementarse, favorecer que el tránsito de mercancías entre países de la Unión se efectúe por vía marítima; desde la Unión Europea (UE), para ello se propone la creación de un “espacio europeo de transporte marítimo sin fronteras”, así como, el establecimiento de redes

⁴⁴ Bruselas, 18.10.2007 COM (2007) 616 final.

⁴⁵ Bruselas 21.1.2009 COM (2009) 8 final. “*Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. Objetivos estratégicos y recomendaciones para la política de transporte marítimo de la UE hasta el 2018*”.

transeuropeas de transporte⁴⁶. Entre las medidas para la consecución de estos objetivos, destaca la creación de las denominadas “*autopistas Marinas*”⁴⁷, y la creación de ventanillas administrativas únicas en los puertos.

El concepto de Autopistas del mar fue definido por la Unión Europea en la Declaración de Nápoles de julio de 2003:

“...es el segmento marítimo que conecta dos puertos (o cualquier combinación de puertos como conjunto de dichos segmentos) interconectados a su vez con las redes transeuropeas y los corredores intermodales, que salvaguardando la cohesión social, configuran un sistema intermodal eficiente donde las mercancías son rápidamente transferidas entre modos a través de la optimización de las operaciones portuarias, superando barreras naturales y áreas sensibles así como otros obstáculos geográficos”.

El transporte de mercancías en Europa se consolida como fundamental para las economías de los países miembros, pero los medios tradicionales, básicamente, el transporte por carretera se encuentra con varios puntos débiles de difícil solución, por la propia geografía como son los puntos montañosos de los Alpes o los Pirineos (los llamados “*cuernos de botella*”). Como solución a estos escollos MANUEL ESTEPA MONTERO⁴⁸ plantea:

“Para paliar el problema descrito, al solución propuesta se centra, además de en la creación de nuevos trazados terrestres de transporte por carretera y ferrocarril aptos para absorber gran cantidad de carga, en el establecimiento de «autopistas del mar» en aquellos trayectos en los que, aparte de los criterios ya citados, se haya apreciado que su puesta en marcha es viable económicamente y que existe un alto grado de compromiso

⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 21 de marzo de 2007: «*Redes Transeuropeas: Hacia un enfoque integrado*» COM 2007 135 final – no publicada en el Diario Oficial.

⁴⁷ ESTEPA MORENO, MANUEL. “*Regulación del transporte marítimo: las autopistas del mar*”. Derecho de la Regulación Económica. Volumen VI. Transportes. Colección dirigida por Santiago Muñoz Machado y en concreto este Volumen VI por Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. 2011. Págs. 599-692.

⁴⁸ *Íbidem*. Pág. 613.

por parte de las autoridades del Estado miembro en la implantación del proyecto.

Por autopistas del mar, han de entenderse nuevas rutas de transporte marítimo intensivo de corta distancia de mercancías, o combinado de personas y carga, desarrolladas a partir de una concepción integral del transporte intermodal puerta a puerta que sean capaces de contribuir a la reducción del exceso de tráfico existente y de los crecimientos futuros”.

En este contexto se plantea como fundamental otro de los ámbitos en los que la UE ha incidido para potenciar la competitividad de los puertos europeos, y es el que se refiere a las redes transeuropeas de transporte. La UE parte de la necesidad de un enfoque más integrado, las infraestructuras de transporte, energía, y telecomunicaciones se concibieron desde parámetros estrictamente nacionales por cada uno de los Estados miembros, y estas infraestructuras precisan actualmente de una armonización que permita conectar e integrar todas las redes de transporte dentro de un mismo espacio europeo. En definitiva, la idea es que el transporte marítimo sea cada vez más atractivo, tanto para los intercambios intracomunitarios, como a nivel mundial; para ello es necesario dotar a nuestros puertos de modernas instalaciones, buenos sistemas de comunicación, y un rápido funcionamiento.

La UE pretende el establecimiento de un marco común de regulación sobre los recursos humanos encargados de la puesta en marcha de los servicios portuarios, tratando de contribuir al desarrollo de unas mejores condiciones de trabajo, exigiendo el respeto de la Convención del Trabajo marítimo de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) de 2006⁴⁹. En este punto destacar que deberán buscarse el establecimiento de unos parámetros comunes respecto de la calificación profesional de los trabajadores del sector, que posibilite la movilidad geográfica. Asimismo, pueden establecer centros de formación dentro del contexto de la Unión en el que las Autoridades Portuarias puedan jugar un papel muy importante.

Así pues, estos son algunos de los puntos de análisis que se estudiarán a lo largo de esta tesis doctoral, matizando que desde el punto de vista normativo en la

⁴⁹ Disponible en: www.ilo.org, “Convenio sobre el trabajo marítimo”.

actualidad no parece que este en el horizonte cercano la idea de una gran reforma legislativa de los servicios portuarios, como por el contrario si parece se producirá en el sector de la estiba español. A lo largo de estos últimos años han sido muchos los intentos y todos han chocado con la oposición frontal de los actores implicados, principalmente, los trabajadores del sector portuario, que no han aceptado los nuevos posicionamientos que abogan por una liberalización total del sector, pero parece que esta vez, a la vista de los pronunciamientos judiciales comunitarios si se hace inevitable un entendimiento entre todas las partes, y en ese camino se está avanzando, porque al menos esta vez puede hablarse de una propuesta consensuada por los agentes implicados para regular el modelo, tal y como ya se ha avanzado en puntos anteriores.

2. La regulación del transporte marítimo y su encuadre en el Derecho Comunitario por medio de las denominadas redes transeuropeas de transporte.

Como punto de partida respecto a la regulación del transporte marítimo europeo en el Derecho Comunitario, debemos mencionar en primer lugar, que ésta es relativamente reciente. En sus orígenes el marco de regulación del transporte marítimo europeo se desarrollaba prácticamente por cada Estado miembro, no había una participación de las instituciones comunitarias. Así pues, podemos hablar de una gran heterogeneidad en el marco del sistema portuario europeo; en Europa aún hoy coexisten puertos totalmente de titularidad pública (bien de ámbito local o estatal) gestionados por autoridades portuarias, con otros, que por el contrario, están en manos de empresas privadas. Los países anglosajones, tradicionalmente, han optado por un sistema portuario en el que predomina la iniciativa privada en la responsabilidad de la gestión. En cambio los países del mediterráneo muestran una importante presencia del Estado en su gestión, incorporando de forma reciente la actuación privada.

A pesar de esta gran heterogeneidad de formas de gestión es común en toda Europa la consideración de los puertos como entidades comerciales que deben obtener su financiación por medio de los ingresos generados con su actividad. Esta gran diversidad dificulta en gran medida el establecimiento de un espacio europeo de transporte, de ahí, también, la necesidad del establecimiento de **redes**

transeuropeas de transporte (RTE) para optimizar de este modo los recursos existentes en toda la UE.

La intervención de la UE por medio del establecimiento de RTE debe ser una consecuencia lógica del proceso real de construcción de una integración comunitaria dentro del mercado interior. De acuerdo con el principio de subsidiariedad la UE no tiene competencia exclusiva para la creación y el desarrollo de infraestructuras, por lo tanto, la principal responsabilidad en este ámbito corresponde a los Estados miembros. Aun así, la UE ha contribuido de forma significativa al desarrollo de RTE, apoyando financieramente las infraestructuras de interés general. Por tanto, podemos avanzar que las redes son instrumentos que deben contribuir al crecimiento del mercado interior, desde el respeto a las cuestiones medioambientales, y con el objetivo claro y preciso de armonizar un desarrollo sostenible, posibilitando la interoperatividad de las redes nacionales de todos los países miembros.

En este mismo sentido se enmarcan las denominadas “*autopistas del mar*”, tal y como menciona MANUEL ESTEPA MONTERO⁵⁰:

“Se concita, de esta manera, por la vía del sistema comunitario de ayudas y subvenciones, la implicación y el protagonismo de los distintos Estados miembros distribuidos por aéreas o corredores; así como de todos los agentes económicos y sociales afectados, con especial protagonismo, claro está, de los grupos empresariales relacionados con el sector del transporte marítimo y portuario en la definición, elección y desarrollo de los distintos proyectos de autopistas del mar que serán objeto, a su vez, de coordinación y supervisión general por la Comisión Europea. Constituye, en definitiva, un acabado ejemplo de cómo operan, en la práctica, los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y necesidad en la implantación de una política pública en el seno de la Unión Europea.”

Los Tratados constitutivos no contenían mención alguna a lo que hoy conocemos como RTE, pero aun así, las instituciones comunitarias intervenían de forma tangencial en este ámbito por medio de la técnica de atribución de competencias.

⁵⁰ Ob.cit ESTEPA MORENO, MANUEL. “Regulación del transporte marítimo: las autopistas del mar”.Pág. 689.

El principio de la libre circulación de las personas y de los bienes estaba en los fundamentos del Mercado Común desde 1957, pero no será hasta el Tratado de Maastricht (Tratado de la Unión Europea de 1993), donde se recogió finalmente la puesta en marcha de redes transeuropeas en los sectores del transporte, la energía y las telecomunicaciones. En concreto, el título XII del Tratado se refería al concepto de red transeuropea: *“como el soporte físico indispensable para la movilidad vinculada a la libre circulación”*.

El Tratado de Lisboa ha establecido una base jurídica para las RTE de conformidad con el procedimiento de codecisión o legislativo ordinario entre el Parlamento Europeo y el Consejo, así la UE fija las orientaciones que definen los “proyectos de interés común” y los “proyectos prioritarios”, que recogen las grandes líneas de acción.

Una retrospectiva de las políticas comunitarias para el ámbito portuario lleva a una de las primeras medidas adoptadas fue la Decisión 1346/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, por la que modifican las orientaciones de la Decisión de 23 de julio de 1996 (1692/96) sobre las orientaciones comunitarias para el desarrollo de la red transeuropea del transporte. La Decisión del año 2001 se refería, en particular, a los puertos marítimos, puertos interiores y terminales intermodales; posteriormente, y como consecuencia de las nuevas incorporaciones a la UE durante los años 2004-2007 se hizo necesario una revisión de las orientaciones establecidas en el año 2001.

Un grupo de trabajo constituido al efecto y presidido por el ex Comisario Karen Van Miert, sacó adelante una revisión que se materializó, finalmente, mediante la adopción de la Decisión 884/2004/CE, de 29 de abril de 2004, modificada por el Reglamento (CE) nº 1791/2006 del Consejo de 20 de noviembre de 2006. Entre las líneas más importantes de esta nueva revisión está el establecimiento de las denominadas “autopistas del mar”⁵¹, a las que se aludía anteriormente, cuyo

⁵¹ LÓPEZ BASAGUREN, ALBERTO. *“Las infraestructuras de red en la UE: las redes transeuropeas de transportes y de energía”*. (Ejemplar dedicado a Infraestructuras tecnológicas. Soporte de la economía del siglo XXI). Revista Vasca de Economía, nº 63. 2006. Págs. 212-236. “Ciertamente, de acuerdo con el Libro Blanco, las «autopistas de mar de corta distancia» forman parte determinante de las redes transeuropeas de transporte, como uno de los mecanismos destinados, junto a la recuperación del uso del ferrocarril, a descongestionar las carreteras del transporte de mercancías. La Comisión lleva ya muchos años tratando de impulsar el transporte

objetivo final es favorecer la integración de los modos de transporte marítimo y terrestre por carretera a través de conexiones por mar de alta frecuencia entre los países europeos.

Una de las ideas fundamentales del establecimiento de RTE es conseguir liberalizar los servicios portuarios. La Comisión ha tratado en numerosas ocasiones, como se podrá analizar en este estudio, de sacar adelante propuestas de Directiva sobre liberalización de los servicios portuarios. En concreto, sobre la liberalización de los servicios portuarios la Comisión presentó a debate el *Libro verde sobre los Puertos y las Infraestructuras marítimas*⁵² a finales de los años noventa, posteriormente, en el año 2001 presentó la *Comunicación relativa al refuerzo de la calidad de los servicios en los puertos de mar: una clave para el transporte europeo*, acompañada de una propuesta de *Directiva sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios*⁵³. Finalmente, modificó la propuesta anterior de Directiva en el año 2004⁵⁴. Pero ninguna de todas estas propuestas ha conseguido salir adelante, dado que, siempre se han encontrado con la oposición de los sectores afectados, en particular, como hemos mencionado, del colectivo de trabajadores portuarios.

Pero no solo la oposición de los trabajadores ha dificultado que consigan virtualidad las políticas europeas sobre liberalización de servicios portuarios, también se debe tener en cuenta las diferentes formas de gestión de los puertos europeos que conforman el variado mercado de los servicios portuarios en Europa. Esta gran diversidad respecto del tamaño de los puertos, el tipo de mercancías susceptibles de transitar por su ámbito de actuación, además de otras particularidades propias de

marítimo de corta distancia (*Short Sea Shipping*), desde la presentación de la Comunicación de 2003 (COM 2003 155 de 7 de abril) y por la Comunicación de 2004 (COM 2004 / 453 de 2 de julio de 2004). La pretensión reguladora de la Comisión no ha acabado de cuajar hasta el momento, pero el transporte marítimo de corta distancia está llamado a jugar un papel complementario pero cualitativamente muy destacado en al reordenación del transporte en Europa. Y en este campo se encuadra otra de las importantes intervenciones comunitarias en materia de infraestructuras sobre la base de las intervenciones sobre redes de transeuropeas de transporte: **el objetivo liberalizar los servicios portuarios que está destinada a tener, por deseo de la Comisión, un papel muy significativo en el desarrollo del transporte marítimo de corta distancia**".

⁵² COM (97) 678 final. Bruselas 10.12.1997.

⁵³ COM (2001), 35, de 13.02.2001.

⁵⁴ "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios" Bruselas 13.10.2004.COM (2004) 654 final. 2004/ 0240 (COD).

cada puerto, ha dificultado tradicionalmente el establecimiento de políticas comunes para todos los estados miembros. Sin olvidar, las diferentes características geográficas de los puertos del norte de Europa y los del Sur, en concreto, los del ámbito mediterráneo conforman un sistema propio.

3. La evolución de las políticas de transporte marítimo desde el establecimiento del Mercado Común Europeo hasta nuestros días. Primeras actuaciones de las Instituciones Comunitarias para salvaguardar el establecimiento del Mercado Común Europeo.

En este contexto no será, hasta la instauración del Mercado Común Europeo en los años noventa, cuando las instituciones comunitarias toman en consideración la importancia de una política europea de transporte marítimo de carácter supranacional. Aunque si bien es cierto que desde sus orígenes la Unión ha tenido presente la idea de llevar a cabo una política común de transporte, así lo recogía el Tratado de Roma al señalar que una política común del transporte era necesaria para que la Comunidad obtuviera el objetivo de la consecución de un mercado común. Pero hubo que esperar varios años para que desde instancias comunitarias, se tuviera en consideración la necesidad de incluir el transporte marítimo en la Política Común de Transporte.

El citado *Libro Verde sobre los puertos y las infraestructuras Marítimas*⁵⁵, presentado por la Comisión en 1997, comenzaba su Exposición incidiendo en la importancia que tendrían los puertos en el desarrollo de la competitividad de Europa, en el contexto de economía a escala mundial:

“Los puertos son esenciales para la Unión Europea desde los puntos de vista tanto del comercio como del transporte. La competitividad de Europa en una economía mundializada depende cada vez más de un sistema de transporte y unos puertos eficaces. Por los puertos europeos transita más del 90% del comercio de la Unión con terceros países y aproximadamente el 30% del tráfico intracomunitario”. (Como hemos mencionado anteriormente en los últimos años estas cifras se mantienen en estándares similares).

⁵⁵ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>.

Las líneas de actuación del marco regulador del transporte marítimo europeo por parte del Derecho Comunitario, se han focalizado desde los años noventa, en dos ámbitos que se interrelacionan. Por un lado, en el intervencionismo estatal en el sector, y de otro, en el establecimiento de instrumentos reguladores que garanticen la competencia. En cuanto a lo que se refiere a la competencia, se pueden diferenciar a su vez dos vertientes, bien, de todos los operadores a la hora de prestar servicios portuarios de carácter comercial, y también, en relación con las reglas sobre la libertad de establecimiento de todas las empresas europeas en el acervo comunitario.

De este modo, en relación con la regulación de la competencia en el marco portuario se pueden diferenciar:

- Competencia entre los proveedores de un mismo servicio portuarios en un puerto.
- Competencia entre los diferentes puertos prestadores de servicios.

Las primeras regulaciones del Consejo de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) se centraron en el establecimiento de una libertad de mercado a todos los Estados miembros, para ofrecer sus servicios portuarios en el marco de la Comunidad Económica Europea, favoreciendo el denominado mercado común europeo.

La Sentencia de 2014 a la que se alude en numerosas ocasiones a lo largo de esta tesis, y que presumiblemente será el detonante de un nuevo modelo de estiba en España, no se produce como un hecho aislado. Se enmarca dentro de una posición, que a lo largo de los años se ha venido construyendo desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cimentando una jurisprudencia proclive a la libre prestación de servicios en materia de transportes, matizando las obligaciones de servicio público y los límites que podían establecer los Estados miembros.

Un ejemplo anterior es la Sentencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de abril de 1974 (asunto 167-73)⁵⁶, en la que se declaró que las materias relativas al transporte quedaban sujetas a lo dispuesto en

⁵⁶ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>.

los Tratados, condenando al Estado francés por no haber respetado las reglas del Tratado CEE. El supuesto de hecho de la Sentencia es un procedimiento judicial iniciado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, al entender la Comisión que el Estado francés había incumplido con las obligaciones, en virtud del Tratado CEE, en relación a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Los antecedentes se encuentran en una Ley francesa por la que el personal de un buque debía ser de nacionalidad francesa, en una proporción definida por Orden del Ministro de la Marina Mercante. La Comisión entendió que se conculcaban por medio de esta Ley los intereses de los nacionales de otros Estados miembros, siendo esta cuestión incompatible con lo dispuesto en el Art. 48 del Tratado, en el que se establecía la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Gobierno francés argumentó que las normas del Tratado en materia de libre circulación de los trabajadores no debían de aplicarse al sector de los transportes, dado que correspondía al Consejo pronunciarse acerca de la aplicación de esta política.

Finalmente, la Sentencia en su Fundamento de Derecho nº 18 estableció las bases para considerar la materia de transporte como primordial en el contexto de las políticas económicas de la Unión Europea, al señalar:

*“que, según el artículo 2 del Tratado, situado a la cabeza de los principios generales que lo rigen, la Comunidad tiene por misión promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, mediante **el establecimiento de un mercado común** y la aproximación progresiva de las políticas económicas de los Estados miembros”.*

De este modo, desde las primeras épocas de funcionamiento de la Unión Europea, persiste la idea de que el establecimiento del mercado común se refiere a la totalidad de las actividades económicas de la Unión; sin perjuicio de que en determinados sectores, como son los servicios de transportes, pudieran determinarse regulaciones especiales, siempre que estas respeten las disposiciones generales de los Tratados. Siguiendo con esta idea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue desarrollando una jurisprudencia proclive a matizar algunas de las tradicionales concepciones en materia de transportes. Otro ejemplo es la

Sentencia de 17 de septiembre de 1998⁵⁷ (Asunto C412/96) del análisis se extrae el posicionamiento del Tribunal respecto de las obligaciones de servicio público y sus límites en materia de transporte, así como la idea de que los Estados miembros podían establecer sus propias especialidades, siempre y cuando, se cumplieran unos requisitos. La Sentencia alude a la regulación contenida en el Reglamento CEE nº 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable⁵⁸, al resolver una cuestión prejudicial suscitada por una empresa finlandesa que impugnó la denegación por parte del Estado Finlandés de un servicio público de transporte, que la empresa consideraba deficitario. El Tribunal declaró el amplio margen de discrecionalidad a favor de los Estados para garantizar la prestación de los servicios.

En los dos primeros considerados del Reglamento CEE nº 1191/69 se alude claramente a las intenciones de la Unión Europea, por lo que se refiere a la consideración como servicio público del sector de los transportes. En primer lugar, se establece la eliminación de las desigualdades, debidas a la imposición a las empresas de transporte, por parte de los Estados miembros, de obligaciones inherentes a la noción de servicio público, que a juicio de las instancias comunitarias falseaban sustancialmente las condiciones de la competencia.

De otro lado, también subyacía la intención de suprimir las obligaciones de servicio público, matizando que en muchos casos su mantenimiento era indispensable para garantizar la provisión de suficientes servicios de transporte. Esta circunstancia podía llevar a los Estados miembros a la adopción de medidas de supresión o de mantenimiento de obligaciones de servicio público, que, consecuentemente podían implicar cargas para las empresas de transporte. En este último supuesto las empresas, según lo dispuesto en el citado Reglamento, estaban facultadas para presentar ante las autoridades competentes de los Estados miembros, solicitudes de supresión de una obligación de servicio público (como ocurre en el supuesto de hecho de la Sentencia de 17 de septiembre de 1998). De

⁵⁷ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>. Asunto C-412/96, Kainuum Liikenne Oy y Oy Pohjolan Liikenne Ab.

⁵⁸ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>.

no producirse dicha supresión, podía incluso generarse un derecho de compensación a favor de las empresas de transporte, lo que ha generado, como se expondrá en el apartado siguiente, toda una corriente jurisprudencial y normativa.

La regulación contenida en el Reglamento nº 1191/69 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ponían de manifiesto las dificultades que en estos primeros años de funcionamiento de la Unión, se producían entre la creciente tendencia a favor de la liberalización del sector de los transportes, y el mantenimiento, por otro lado, de las situaciones de servicio público en el transporte que defendían muchos Estados miembros. La propia Exposición de los considerandos de la norma, incurre en una cierta ambigüedad, por un lado, reconoce que las obligaciones de servicio público dificultan la competencia, siendo esta cuestión uno de los objetivos básicos de la política común comunitaria, pero seguidamente, admite que puedan mantenerse estas obligaciones de servicio público, siempre y cuando, resulten necesarias para garantizar los transportes.

Así pues, queda patente la dificultad intrínseca en esta materia para encontrar desde instancias comunitarias, un equilibrio entre el establecimiento de las efectivas condiciones que garanticen una total liberalización del sector, y a la vez, la justificación de la supervivencia de determinadas restricciones amparadas en la existencia de un servicio público, que puedan asegurar la efectiva realización de los servicios de transporte. A lo largo de este trabajo, se tratará de desgranar cuales deben ser las claves para conseguir la correcta prestación de los servicios de transporte portuarios relacionados con las actividades de carga y descarga, en un contexto liberalizado. La solución pasa por consensuar las posiciones de todas las partes implicadas, pero lo bien cierto, es que el modelo de estiba en España no puede seguir anclado en modelos más propios de la época gremial. Puede que, tal vez, justificadas razones de interés general avalen una cierta intervención, pero en ningún caso puede conculcarse la libertad de establecimiento de las empresas que deseen prestar el servicio en España.

4. La regulación europea en los albores del siglo XXI.

En un análisis más detallado de la política comunitaria se aprecia cuáles han sido en la última década las principales líneas de actuación del Derecho Comunitario, desde la consecución de una gestión más eficiente de los puertos europeos, hasta

una importante renovación de las infraestructuras portuarias. De este último punto destacar el fomento de las nuevas tecnologías aplicadas a los servicios portuarios; en concreto, por lo que respecta al servicio de estiba y desestiba, se han llevado a término inversiones en la informatización de los equipos de manipulación de la carga para adaptarse al sistema de contenedores. Es importante para la buena gestión de un puerto comercial, que se implante un sistema de información para el control de las operaciones que llegan y salen del puerto y sus cargas. Los sistemas de información coordinan las labores de asignación de muelles y servicios de estibación, teniendo en cuenta múltiples factores organizativos, que van desde las propias condiciones técnicas de los muelles, las características del barco y el tipo de carga que se pretende estibar o desestibar, entre otras. Igualmente, se establece el número de estibadores necesarios, y sí se requiere de personal especializado en algún tipo de carga, como ocurre en los supuestos de mercancías peligrosas.

Contrariamente a estos avances técnicos, actualmente nos encontramos con una paralización del proceso normativo, en el ámbito comunitario de regulación de los servicios portuarios. Después de la propuesta de Directiva del año 2001, que sirvió de inspiración a la normativa española del año 2003 y que nunca llegó a aprobarse, no ha habido grandes avances, salvo el hecho de que las instituciones comunitarias decidieron tramitar en el año 2004 una nueva propuesta de la Comisión “*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios*”⁵⁹, que tampoco llegó a aprobarse. En esta nueva propuesta de Directiva se incluían normas específicas sobre el acceso al mercado de la prestación de servicios portuarios, estableciendo un marco jurídico comunitario de referencia para todo el sector de los servicios portuarios en los puertos de interés.

La justificación de la Comisión para retirar su propuesta, se fundamentaba en el Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios⁶⁰, en el que se especificaba:

⁵⁹ “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios” Bruselas 13.10.2004.COM (2004) 654 final. 2004/ 0240 (COD).

⁶⁰ Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios de 14.12.2005. (COM (2004) 0654- C6-0147/2004-2004/0240 (COD)). Ponente Georg Jarzembowski. Final A6-0410/2005.

“El argumento principal es que el objetivo de la Comisión no puede alcanzarse con la presente propuesta. Ha surgido una situación relativamente única en torno a la oposición a la Directiva: la oposición, el escepticismo se encuentran a la vez entre los partidos políticos y las partes afectadas por los servicios portuarios como la Organización europea de puertos marítimos comunitarios, el Consejo internacional de estibadores y la Federación de operadores de puertos privados en Europa”.

Se pueden resumir todas las oposiciones al proyecto por parte de los sectores implicados en torno a tres ideas:

- La discrepancia con la instauración de una desregulación de la materia.
- La negativa al establecimiento de un marco jurídico común para toda Europa.
- La defensa de la persistencia del marco laboral de los estibadores.

Unos años más tarde en el 2006 el Parlamento rechazó por 532 votos en contra la citada propuesta de Directiva sobre servicios portuarios. La idea de la Comisión, como ya hemos mencionado, era modernizar los puertos e incrementar su volumen de trabajo por medio de la liberalización de servicios portuarios, entre ellos, la carga y descarga de buques. En el debate en el seno del Parlamento el día 17 de enero de 2006 se expusieron todos los puntos de vista⁶¹, en particular, el ponente STEPHEN

⁶¹ Nota de prensa del Parlamento Europeo de 18 de enero del 2006. Disponible en: www.europarl.europa.eu. “La mayoría de los oradores que intervinieron en el debate se pronunciaron en contra de la propuesta de la Comisión que abre a la competencia los servicios portuarios. Los grupos Socialistas, Verdes, Izquierda Unitaria, UEN E independientes anunciaron el voto a favor del rechazo. Oradores de los Grupos PPE y ALDE constataron que había división de opiniones en sus grupos. Por su parte, el comisario Barrot insistió en que tendría muy en cuenta el voto de la cámara.

El ponente Georg Jarembowski (PPE/DE) aseguró que «todos estamos a favor de una mayor transparencia y competencia» y denunció a los grupos políticos que rechazan el texto porque impiden que se introduzcan las reglas de transparencia con las que todos están de acuerdo. Insistió en que los principios del Tratado deben aplicarse también a este sector. Defendió el mecanismo de licitación para la adjudicación de contratos y abogó por un mayor plazo de transición para las empresas. Respecto a la condición de los trabajadores, subrayó que la legislación obliga a cumplir las normas sociales y laborales nacionales. Además aseguró empleos con largas transiciones sin peligro de dumping social (...). En todo caso, explicó que su propuesta era que no se permitiera la autoasistencia.

Willi Piecyk (PSE) señaló que su Grupo rechazaría la propuesta por no corresponder con la realidad de los puertos. Existen sectores que se sienten amenazados por la misma y afirmó que no

HUGHES en nombre de la Comisión de Empleo se solidarizó con los estibadores y calificó la propuesta de la Comisión de “*insulto al Parlamento*”, destacando que: “*la autoasistencia será un desastre porque en los puertos europeos se necesita de mano de obra experimentada*”. De otro parte, el comisario de Transportes BARROT, se dirigió al pleno lamentando que “*el procedimiento no haya permitido al Parlamento pronunciarse sobre el texto enmendado*”, recalcando que: “*el objetivo tiene que ser dar salida al aumento del tráfico marino y a la saturación de la actividad portuaria*”

Las discrepancias entre los sectores implicados generaron importantes movilizaciones⁶² en toda Europa, concretamente en Estrasburgo ante la sede del

era necesario intervenir en estructuras que funcionaban bien sin regulaciones adicionales, al finalizar su intervención pidió a la Comisión que retirase su propuesta y presentase una nueva.

⁶² “*La huelga de estibadores paraliza la actividad en los principales puertos europeos.*” Diario El Mundo 16 de enero de 2006. “ESTRASBURGO/ MADRID.- Miles de estibadores se manifiestan en Estrasburgo para protestar contra la propuesta comunitaria sobre liberalización de servicios portuarios que se debatirá mañana y podría aprobarse el miércoles. La huelga ha paralizado diversos puertos europeos y en España el seguimiento ha sido del 100% según fuentes sindicales. El paro, convocado en España por UGT, CCOO y Coordinadora de Estiba y Desestiba, afecto a los puertos del norte peninsular, como los gallegos de Ferrol, A Coruña, San Cibrao, Marín, Vilagarcía y Vigo, el de Santander, los de Pasajes y Bilbao en el País Vasco y también el puerto de Barcelona. El seguimiento fue total en los de la Comunidad Valenciana, y en las Islas Baleares la situación era de “tranquilidad” aunque se apreciaba “poca actividad”, según la Autoridad Portuaria.

También en Portugal se secundo masivamente la huelga, como en tantos otros países europeos. Los principales puertos del continente, como Róterdam, Amberes y Marsella, paralizaban desde primeras horas su actividad. Muchos de sus trabajadores se habían dirigido a Estrasburgo (Francia), para manifestarse frente a la sede del Parlamento Europeo. En la manifestación participaron unos 9000 trabajadores, según los organizadores (...)

¿Intrusismo o libre competencia?

« Lo que queremos es que el Parlamento Europeo paralice esta directiva y haga las cosas de manera democrática. Que convoque a los sindicatos mayoritarios y se ponga con ellos a trabajar en un nuevo texto, porque no se puede legislar al margen de los principales afectados», señaló Julián García, coordinador general del Consejo Internacional de Estibadores.

Tras ser rechazada por la Eurocámara en noviembre de 2003, la Comisión Europea presentó una nueva propuesta en octubre de 2004 con el objetivo de liberalizar la prestación de servicios portuarios en puertos marítimos, para lograr mayor competencia y permitir la llamada **autoasistencia**, práctica que permite a un usuario del puerto prestarse a sí mismo determinados servicios portuarios. Los eurodiputados temían que ello provocara la contratación de ciudadanos de fuera de la Unión Europea a precios inferiores y la consiguiente pérdida de puestos de trabajo para los trabajadores portuarios cualificados.

La propuesta de Directiva contempla ciertas restricciones a la libre competencia por motivos de seguridad, medio ambiente y por obligaciones de servicio público (...). Pero, sin embargo, los trabajadores de los puertos consideran que la Directiva, tal y como está planteada, permite el intrusismo, al abrir la puerta a mano de obra no cualificada y, por lo tanto, conllevaría un aumento del riesgo laboral y el descenso de la productividad.

Bajo una aparente defensa de la libre competencia, esta medida solamente pretende favorecer a unas pocas grandes empresas, en tanto que, perjudicaría a la mayoría de los usuarios de los puertos

Parlamento Europeo. No se debe dejar de lado que la capacidad de presión de este tipo de colectivos es muy grande, dada la trascendencia que puede ocasionar un paro generalizado en el tránsito de mercancías europeo, dando lugar incluso a problemas de desabastecimiento.

Así las cosas, desde el acervo comunitario no parece inminente una nueva propuesta de cambio en la regulación sobre la materia, aunque si bien es cierto, como se tendrá ocasión de analizar a lo largo de este trabajo, actualmente se plantean cuestiones que de forma tangencial pueden afectar al sector portuario. Sin olvidar la gran disparidad que existe entre la gestión portuaria dentro del contexto europeo, por lo que se refiere en la presencia de la iniciativa privada en los puertos (funcionamiento implantado en los países anglosajones) y la gestión pública (variante más propia de los países mediterráneos). Aunque si bien es cierto que sentencias como la que condena a España, y que obligará a un cambio en el modelo de estiba, son sintomáticas de cuál es el posicionamiento hacia el que se decantan las instancias comunitarias, mayor liberalización del sector.

Hoy en día el debate europeo está en si debe seguir por la senda marcada con las medidas de austeridad para conseguir los objetivos de déficit público, o si debe considerar la posibilidad de potenciar el gasto público, en aras a la consecución de una reactivación de la economía. Pues bien, algunas de estas medidas afectan al sector portuario dada la tradicional consideración de la Unión Europea como una de las principales potencias portuarias del mundo, como se podrá analizar, un eficiente sector portuario, que garantice la competitividad de los puertos europeos, es fundamental en un contexto globalizado dada la creciente competencia portuaria a escala mundial.

IV. LA NOCIÓN ACTUAL DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS DE ESTIBA Y DESESTIBA.

1. Las transformaciones del concepto de servicio público en el marco de los servicios portuarios.

A lo largo de esta tesis doctoral se intentarán analizar las diferentes consideraciones jurídicas por las que ha pasado el servicio de estiba y desestiba en

y lesionaría los derechos laborales y causaría un incremento en los costes de la operación que se trasladaría a los precios”, se quejaban entonces los estibadores españoles.

nuestro ordenamiento jurídico, desde su inicial consideración legal como **servicio público**, pasando a la instauración, por inspiración del Derecho Comunitario, de su consideración como un **servicio de interés general**, hasta las más recientes consideraciones como un **servicio general del puerto**, tal y como aparecía reflejado en el Art. 57 de la Ley 33/2010 y que persiste en el actual TRLPMM.

Es importante matizar que no es baladí la denominación jurídica que reciban los servicios portuarios, y en particular el de estiba y desestiba, porque detrás de su consideración como una u otra categoría jurídica subyacen una serie de particularidades que afectan en gran medida al margen de actuación que pueden tener los organismos públicos, en el caso particular de los puertos las Autoridades Portuarias.

Que la noción de servicio público no es unívoca, no es algo novedoso, es algo con lo que está de acuerdo la doctrina jurídica, así lo recoge GERMÁN FERNÁNDEZ FARRÉRES⁶³:

“...es un concepto muy debatido por la doctrina jurídica, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con muy distintas también finalidades, no lo es menos que la reconducción de determinados sectores de actividades socioeconómicas a la órbita del poder público se ha instrumentalizado sistemáticamente a través de la técnica del servicio público”.

Concretamente la actividad portuaria ha sido considerada tradicionalmente como una actividad que debían asumir los Estados, dada su trascendencia en el contexto económico, y también estratégico de un país. Esta idea ha generado en el entorno portuario, en sus responsables, en el personal portuario, e incluso en los operadores privados, una férrea tradición intervencionista heredada desde antaño, lo que en muchos casos entronca con las nuevas corrientes desreguladoras, en las que el mercado juega un nuevo papel como encargado de la reasignación de los recursos en aras a una mayor competitividad. Papel que hasta el momento actual venían desarrollando los Estados, delimitando las modalidades y condiciones en las que debía desarrollarse la actividad económica.

⁶³ FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”. Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo, nº 18. 2003. Págs 7-21.

La tradicional consideración de servicio público como conjunto de actividades prestadas por el Estado con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas de interés general, y en base a la preceptiva *publicatio* (con la que se determina la titularidad pública de la actividad), ha sido la base sobre la que se ha asentado, históricamente, la consideración de un posible servicio público. La propia idea de servicio público no debe ser entendida como algo estático, sino como algo vivo que se adapta a las necesidades cambiantes de la sociedad, ejemplificativas son las palabras de JOSÉ LUIS VILLAR EXCURRA⁶⁴:

“La idea del servicio público surge no sólo conectada a la obra pública y al contrato administrativo, sino también como procedimiento para que una determinada actividad particular quede sometida más fuerte y más directamente a la potestad doméstica de la Administración. La estimación, sin embargo, de las necesidades públicas que deben pasar a la categoría de servicio público, como técnica en la que la potestad doméstica es máxima y de suyo mutable, obediendo esta mutabilidad no solo a la naturaleza del propio servicio, sino a los avances técnicos, al mayor nivel de vida, a la necesidad de fuertes inversiones y en definitiva a una serie de factores extrajurídicos que hacen imposible que a lo largo de la historia de la Administración sea estático el ámbito de las actividades declaradas como servicio público. En palabras de VILLAR PALASÍ «la mayor o menor intensidad de la actitud de la potestad pública en relación a la economía depende, no solamente de circunstancias de puro hecho, del desarrollo natural de la actividad económica, sino también de las fórmulas políticas y de la ideología dominante en cada época, sobre la finalidad que al Estado incumbe»

Al hilo de esta idea se constata que nuestra legislación portuaria ha sufrido diversos avatares, pero sí pensamos en la idea del servicio público, tal y como plantea JOSÉ LUIS VILLAR EXCURRA y también como lo hace GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES⁶⁵, como una técnica para reconducir a la esfera de lo público determinadas actividades con trascendencia económica y social en

⁶⁴ VILLAR EXCURRA, JOSÉ LUIS. “*Servicio Público y técnicas de conexión*”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980. Pág. 59.

⁶⁵ *Íbidem*.

un país, se verá que aun a pesar de todas las modificaciones hacía la liberalización del servicio, perviven determinadas cuestiones que aún nos hacen recordar las tradicionales notas que engloban a la categoría de servicio público.

El análisis de LUIS COSCULLUELA MONTANER⁶⁶ en su libro “*La Administración Portuaria*”, establecía una idea sobre el concepto de servicio público en el ámbito portuario, y en particular sobre las actividades de carga y descarga de los buques, en los siguientes términos:

“El servicio público portuario no se reconduce a operaciones de tráfico marítimo en los puertos, sino también a toda esa pluralidad de actividades portuarias complementarias del transporte marítimo y que constituyen una auténtica unidad dogmática reconducida a la categoría de servicio público. Solo así se explican las potestades de la Administración Pública en relación a las operaciones que nos ocupan {actividades de carga y descarga}, y especialmente la facultad de prestación directa del servicio por parte de los organismos portuarios incluso en régimen de monopolio”.

Así pues, la idea central es que el régimen jurídico del servicio portuario se ajusta cómodamente a los pilares básicos de la noción de servicio público. El concepto de servicio público portuario es considerado por este autor como una figura compleja, con un contenido polifuncional, que abarca un conjunto de actividades de muy diversa índole que se produce en el dominio público portuario, y entre las que destacan las labores de carga y descarga. Tradicionalmente, la titularidad del servicio ha estado en manos de los organismos públicos (locales o estatales) que han actuado como gestores del puerto, pero las actividades portuarias en mayor medida han estado explotadas en régimen de concesión. No sin olvidar que el otorgar la consideración de servicio público a una serie de operaciones no es óbice para que su explotación en régimen de concesión, al tener la prestación del propio servicio un carácter claramente mercantil.

⁶⁶ COSCULLUELA MONTANER, LUIS. “*Administración Portuaria*”. Editorial Tecnos. 1973. Pág. 200.

Respecto al carácter mercantil de la explotación en régimen de concesión de determinados servicios públicos portuarios JOSÉ MARIA GONDRA ROMERO⁶⁷ ahondó en su estudio sobre el régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo indicando lo siguiente:

“En los servicios públicos de carácter comercial o industrial, especialmente cuando vienen explotados en régimen de concesión, la relación usuario-concesionario suele revestir en cambio un carácter jurídico-privado y viene regulada por las normas del Derecho Común. De conformidad con esta última tesis, y teniendo en cuenta el carácter comercial del servicio público que se examina, puede mantenerse con buen criterio que la relación que liga el particular (porteador, cargador o destinatario) con el organismo portuario o con la empresa concesionaria de los servicios de carga y descarga reviste preferentemente carácter jurídico-privado”.

Por lo tanto, en el análisis de las relaciones jurídicas que se establecen dentro del servicio de estiba y desestiba portuaria, coexiste una amalgama de situaciones jurídicas, de derecho público y de derecho privado, que se irán analizando a lo largo de este trabajo. Dentro del estudio de las diversas relaciones jurídicas que se establecen en el servicio de estiba y desestiba, es importante matizar que las Autoridades Portuarias han pasado de tener un desempeño directo en la realización del servicio, a ejercer una actividad de control sobre todos los operadores. No obstante, dada la trascendencia de las actividades portuarias de estiba y desestiba en tráfico marítimo, esa labor de control tiene la suficiente trascendencia como para apreciar la pervivencia de alguna de las notas características de la noción de servicio público, como es la necesidad que el servicio tenga un funcionamiento continuado, regular e imparcial.

En tanto que tratándose de servicios portuarios las potestades de ordenación del servicio cobran una mayor virtualidad que en otros tipos de servicios. De esta manera se pretende que las Autoridades Portuarias continúen garantizando, particularmente, el interés general que entrañan las actividades de carga y

⁶⁷ Ob. cit. GONDRA ROMERO, JOSÉ MARÍA. “Régimen Jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo”. Pág. 128.

descarga de los buques, asegurando la garantía del buen funcionamiento del servicio portuario.

No se trata únicamente de coordinar la prestación del servicio, es más una cuestión más global, en la que la Autoridad Portuaria debe garantizar la realización de todas las actividades portuarias que aseguran un correcto funcionamiento de la política de transporte marítimo, dada la trascendencia que este tipo de servicios tienen para el conjunto de la economía. Es por ello, que una total liberalización del servicio no es posible, dado el riesgo de que las propias reglas de mercado con su autorregulación no pudiera asegurar el correcto funcionamiento de los servicios portuarios. El papel de las autoridades públicas debe contar con un amplio margen de facultades en orden a preservar el servicio portuario, sin perjuicio, del respeto absoluto a las reglas de la competencia. De este modo todos los operadores que lo deseen, deben tener asegurado que pueden operar en la prestación de los servicios, pero siempre bajo la coordinación de las Autoridades Portuarias.

En palabras de JOSÉ ESTEVE PARDO⁶⁸: “*El Estado garante tiene pues ante sí el reto de mantener sus fines sin disponer de los medios*”. De este modo, el Estado debe posicionarse como un estratega, no puede en muchos casos ser un prestador directo de servicios porque no dispone de los medios o los conocimientos necesarios, pero sí mantiene intactas sus facultades para garantizar que los agentes privados desarrollen este cometido al contar con los medios. De este modo el Estado garantiza los fines que propugna y que se engloban dentro del denominado Estado Social Democrático y de Derecho, a pesar de no disponer en la actualidad de los instrumentos que tenía antiguamente, y ello se debe en gran medida a las corrientes de liberalización que envuelven a algunos sectores desde hace años. A este fenómeno, por supuesto, no es ajeno el contexto portuario, en el que se prestan servicios como el analizado en esta tesis. Los avances tecnológicos han supuesto en muchísimos casos que el Estado no pueda hacer frente a grandes inversiones para adaptarse, pero no por ello el Estado pierde su papel fundamental de garante de servicios estratégicos para el conjunto de la economía.

⁶⁸ ESTEVE PARDO, JOSÉ. “*La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*”. Marcial Pons. 2013. Págs. 170-171.

2. Evolución que la propia noción de servicio público ha tenido en el contexto comunitario y español.

2.1 El Derecho Comunitario.

Llegados a este punto es necesario analizar la evolución de los servicios público en el contexto comunitario. Los años ochenta constituyeron una época prolífica para el contexto de la UE, dada la ingente cantidad de normativa que se produjo, pero en cambio para los servicios públicos no fueron buenos tiempos. El tradicional concepto de servicio público engendrado en Francia ya desde los tiempos de Luís XIV entró en crisis en Europa. La idea de una entidad controlada por el Estado y regida por Leyes Administrativas, con empleados con status de funcionario y que proporcionaban un servicio de interés público, sufrió un importante varapalo. Como señala SANTIAGO MUÑOZ MACHADO⁶⁹, la decidida apuesta por la liquidación del Estado gestor y Keynesiano, y la deslumbrante panacea de la liberalización de la economía, dio pie a que muchos encargarán, ya en los ochenta, la definitiva esquila de los servicios públicos en el acervo comunitario.

A pesar de estas imperantes corrientes, con posterioridad en los años noventa se pronunciaron ideas discrepantes como la del Consejo de Estado francés, que en su *Rapport Public de 1994*⁷⁰ “*Service public, services publics: déclin ou renouveau*”, sostenía la necesidad de mantener la idea de los servicios públicos, en tanto que, era el único mecanismo viable para asegurar la solidaridad social en el marco Europeo, puesto que, el mercado, (o los mercados como ahora se le suele decir), por sí solo no puede establecer esta salvaguardia. Parece que más de una década después, la razón estaba del lado del Consejo de Estado francés, el mercado, no ha velado por el mantenimiento de una economía saneada, sino más bien, nos ha conducido en la dirección opuesta.

Probablemente, el cambio más significativo que haya experimentado la idea de servicio público es la abolición de los monopolios públicos y la consecuente liberalización de algunos sectores relativos a la prestación de servicios. En

⁶⁹ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Servicios públicos y competencia”. Artículo disponible en: www.iustel.com.

⁷⁰ Rapport public du Conseil d’Etat, 1994. Considérations générales: *Service public, services publics: déclin ou renouveau* (EDCE, N° 46). 1995.

Europa, este cambio tiene como origen, el hecho de que los grandes monopolios públicos, asentados en algunos Estados que entraron a formar parte de la Unión, estaban en colisión con el proyecto europeo de un mercado libre de prestación de servicios.

La idea actual es que los Estados no pueden ser los únicos operadores que presten determinados servicios, deben asegurarse otras vías para asegurar su prestación como es la concesión administrativa. La explicación de este cambio, no está solo en la proliferación de concepciones políticas de tipo más liberal, está también en el propio coste de los servicios. En particular, por lo que se refiere a los servicios portuarios en muchos casos se ha requerido de una fuerte inversión económica, que ha hecho necesaria la participación de la iniciativa privada.

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO⁷¹ reflexiona al respecto:

“No obstante, debe hacerse notar que, con carácter general (no sólo sobre el ámbito de los servicios locales) se ha suscitado una notable adaptación del régimen de los servicios públicos –económicos- al entorno competitivo que ha impulsado el Derecho Comunitario europeo (...). Conforme a las exigencias de aquel ordenamiento, es preciso adaptar algunas de las reglas que, tradicionalmente, han presidido el régimen jurídico de los servicios públicos de carácter económico, para acomodarlo a las reglas del mercado; pero necesariamente sin abatir la protección que merecen los intereses de los intereses de los ciudadanos más desfavorecidos, por razones económicas o geográficas (que pudieron tutelarse en el marco de la noción de servicio público, y que tras la paulatina adaptación de éste se concreta en las cargas de servicio público, concretadas en el denominado servicio universal)”.

Ante este nuevo posicionamiento, el papel de los Estados ha variado, ahora ya no son prestadores directos de servicios, pero si conservan la potestad organizativa de los servicios. Corresponde a las autoridades públicas, sin perjuicio de que estos decidan su explotación por medio del régimen de concesión, la imposición de obligaciones de servicio público a los operadores privados, que garantizar una

⁷¹ MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO. *“Formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”*. Tratado de Derecho Municipal (Coord. Santiago Muñoz Machado), vol. 2. Iustel. 2011. Pág. 2067.

uniformidad de acceso a los servicios y aseguran las necesidades colectivas de interés general.

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ⁷² escribió en la RAP un artículo sobre este cambio de postulados bajo el apartado “*Del servicio público a las obligaciones de servicio público*”:

“Así es, me parece, si se tiene presente cuál ha venido a ser el desenlace del proceso de cambio iniciado a mediados de los ochenta: el paso del servicio público a las obligaciones del servicio público que, en el marco de la normativa comunitaria, las legislaciones nacionales han venido a imponer a las empresas que operan en los sectores liberalizados para preservar los intereses públicos cuya adecuada satisfacción es irrenunciable y no puede esperarse del libre juego de las fuerzas del mercado”.

El marco comunitario, tal vez, en un alarde de precaución, para hacer frente a esas nuevas obligaciones de servicio público, instauró la idea del **servicio universal**, enfocado principalmente hacia el sector de las telecomunicaciones, por el que en un contexto liberalizado se establece la posibilidad de imponer obligaciones a la libre concurrencia en el mercado, para garantizar de este modo unos determinados estándares unitarios en todo el conjunto de la Unión Europea.

Como indican ELISENDA MALARET GARCIA y MARTA TIMON HERRERO⁷³, los servicios públicos en su origen estaban conexionados con la idea de monopolio público “*para asegurar la viabilidad económica en la prestación*”, en tanto que, los servicios públicos deben responder a unos principios que pueden no ser acordes con las reglas de mercado. Al tratarse de servicios que exigen una continuidad en su prestación (sea o no rentable su mantenimiento), y universal para todos los ciudadanos (para dar efectividad a la igualdad de acceso). En la característica de su universalidad está precisamente una de las bases del concepto de servicio universal: el asegurar una total competencia en el ejercicio de determinadas actividades, y a la vez, garantizar el

⁷² FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. “*Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*”. Revista de Administración Pública, nº 150, septiembre-diciembre 1999. Pág. 68.

⁷³ MALARET GARCÍA, ELISENDA y TIMÓN HERRERO, MARTA. “*El servicio de telecomunicaciones y otros servicios obligatorios*”. Artículo disponible en: www.iustel.com.

mantenimiento de la garantía de los intereses generales de todos los operadores implicados, empresas privadas prestadoras del servicio y usuarios destinatarios. Así pues, la noción de servicio universal trató de paliar los riesgos de una total liberalización de los servicios ante las previsibles distinciones propias de las reglas de mercado. Ahora bien, el establecimiento de esas obligaciones de servicio público no pudo esconder en realidad otros intereses que en nada responden a su finalidad de defensa de los intereses generales, como ha ocurrido en el modelo de estiba y desestiba del ordenamiento español, y que además conculcan las reglas de la competencia en el sector.

2.2 El Ordenamiento jurídico español.

El legislador español de la Ley 48/2003 imbuido por esta nueva concepción de los servicios públicos, y en concreto por lo que se refiere al tema que nos ocupa, trasladó el espíritu de la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios* del año 2001, a la que se ha aludido con anterioridad, y propició el primer gran cambio normativo, configurando en el Art. 57.1 los servicios portuarios como **servicios de interés general**, al establecer: “1. Son *servicios portuarios las actividades de prestación de interés general que se desarrollan en la zona de servicio de los puertos, siendo necesarias para la correcta explotación de los mismos en condiciones de seguridad, eficacia, eficiencia, calidad, regularidad, continuidad y no discriminación.* 2. *Los servicios portuarios se clasifican en servicios generales del puerto, cuya prestación se reserva a la Autoridad Portuaria, y servicios básicos, que se prestan en régimen de competencia, sin perjuicio de lo previsto en esta Ley para el servicio de practicaje*”.

La noción de servicios de interés general⁷⁴ nace en el seno del Derecho Comunitario, y se puede decir que es un concepto jurídico bastante difuso, en

⁷⁴ HORGUÉ BAENA, CONCEPCIÓN. “*Régimen de prestación de los servicios portuarios en los puertos de interés general. En especial, de los servicios portuarios básicos*”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 134. 2007. Págs. 285-320. En la nota a pie de Página nº 2 señala respecto de la noción de servicio de interés general: “El término «servicio de interés general» no figura en el Tratado de la Unión Europea. En la práctica comunitaria, deriva de la expresión «servicios de interés económico general», que si recoge el Tratado; más amplio que este último, abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las Autoridades Públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público. Vid. Comunicación de la Comisión sobre servicios de interés general en Europa, de 11 de septiembre de 1996, y Comunicación sobre servicios de interés general en Europa de 20 de

tanto que, hace referencia a todas aquellas actividades de servicios que pueden tener carácter comercial o no, y que los diferentes Estados pueden considerar de interés general, estando sujetas a una serie de obligaciones específicas de servicio público.

En el caso concreto de los servicios portuarios en el ordenamiento jurídico español hasta la promulgación de la Ley 48/2003, el régimen de prestación era el propio de los servicios públicos, es decir, la propia Autoridad Portuaria, bien mediante gestión directa en régimen de monopolio, como era el caso de la Junta de Obras del Puerto de Pasajes⁷⁵, o bien, mediante gestión indirecta a través de terceros concesionarios, se encargaba de su realización. Se trataba de un sistema portuario que se mantenía al amparo de la LPMM de 1992 con una importante intervención pública.

Lo bien cierto es que el sistema portuario español de principios del siglo XXI debía adaptarse a los nuevos tiempos, teniendo en cuenta el avance de las redes transeuropeas de transporte, a las que se ha hecho mención anteriormente, la incorporación de España a la Unión Europea, y la necesidad de renovar las infraestructuras portuarias para introducir las nuevas tecnologías y la automatización de los procesos. Esa renovación del sistema portuario debía contar con la participación de la iniciativa privada, dado las grandes inversiones que suponía el acondicionamiento y transformación de los puertos españoles, para que

septiembre de 2000; en la primera Comunicación se afirma que en lugar de ser incompatible, los servicios de interés económico general, el mercado interior y la política comunitaria de competencia son complementarios. Su interacción debe beneficiar a cada ciudadano y a la sociedad en su conjunto.

Posteriormente, en mayo de 2003, la Comisión adoptó un Libro Verde sobre los servicios de interés general en Europa que sirvió para abrir un debate sobre el papel de la Unión Europea en relación con la promoción de la prestación de servicios de interés general, la definición de los objetivos de interés general de estos servicios, su organización, financiación y evaluación. A results del debate planteado la Comisión adoptó un Libro Blanco, en mayo del 2004, en el que expuso el enfoque adoptado por la Unión Europea para potenciar el desarrollo de servicios de interés general de calidad. El documento presentó los principales elementos de una estrategia encaminada a facilitar el acceso a servicios de interés general asequibles y de calidad a todos los ciudadanos y empresas de la Unión.

⁷⁵ Ob.cit. GONDRA ROMERO, JOSÉ MARÍA. “*Régimen Jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*”. Pág.33. Nota a pie de Página nº 22. “En el puerto de Pasajes, como se establece en el artículo 5º del Reglamento de servicio y policía del mismo (aprobado por Orden Ministerial de 28 de febrero de 1963), corresponde a la Junta de Obras del Puerto la prestación de todos los servicios y manipulaciones a efectuar con las mercancías que utilizan el puerto, bien directamente con su personal y medios propios, bien por delegación, contrato o destajo con la entidad a quien se haya adjudicado el servicio”.

fueran competitivos en el contexto mundial de las redes de transporte marítimo internacional; en tanto que, los puertos son elementos esenciales en el desarrollo de la economía productiva de un país, y aseguran un correcto funcionamiento del comercio exterior.

Por lo tanto, y estando de acuerdo en que debía producirse una necesaria apertura a la colaboración público-privada, esta no debe derivar nunca en una total liberalización de los servicios, en la que desaparezca el papel de las autoridades públicas. Pues no se debe olvidar la trascendencia de las actividades que se desarrollan en el ámbito portuario, y en concreto la carga y descarga de los buques. A mi modo de ver, el límite para la liberalización de cualquier servicio debe ser siempre la garantía de la pervivencia de los intereses generales que están detrás de la prestación del servicio, y en el caso de los servicios portuarios, el interés general está claramente evidenciado. Lo que no significa que se deban mantener privilegios obsoletos propios de épocas pasadas, por el contrario se debe tender a favorecer la competitividad, hacer que los puertos comunitarios, y entre ellos los españoles por su particular enclave geográfico, resulten atractivos para los operadores de transporte. Para ello se deben acondicionar nuevas y modernas infraestructuras portuarias, lo que requiere de la colaboración público-privada.

En resumen, a lo largo de este trabajo se presentarán las diferentes consideraciones jurídicas por las que ha pasado el servicio de estiba y desestiba en nuestro ordenamiento jurídico, desde su inicial concepción como un **servicio público**, pasando a la instauración, por inspiración del Derecho Comunitario, de su consideración como un **servicio de interés general**, hasta ser considerado como un **servicio general del puerto**, tal y como, aparecía reflejado en el Art. 57 de la Ley 33/2010.

Actualmente, el TRLPMM recogido en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, considera los servicios de estiba y desestiba integrados en el denominado **servicio de manipulación de mercancías**. En concreto, el Art. 130.1 del Texto Refundido señala: *“Se consideran integradas en este servicio portuario las actividades de carga, estiba, desestiba y descarga, y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte. Para tener la consideración de*

actividades incluidas en este servicio deberán realizarse íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto y guardar conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado”.

El TRLPMM en su Art. 104 establece una clasificación de los servicios que se llevan a cabo en el entorno portuario, estableciendo las siguientes categorías: servicios generales, servicios portuarios, servicios comerciales y servicio de señalización marítima. Tal y como, hemos visto, el Art. 130.1 determinada a las labores de “*carga, estiba, desestiba y descarga, y trasbordo de mercancías*”, dentro de la categoría de **servicio portuario**; concepto establecido en el Art. 108.1 del TRLPMM en los siguientes términos: “*Son servicios portuarios las actividades de prestación que sean necesarias para la explotación de los puertos dirigidas a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, y que sean desarrolladas en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias*”.

3. La noción de servicio público en la actualidad.

En este contexto la idea que parece subyacer, de todas las nuevas regulaciones es el abandono total por parte de las Autoridades Portuarias de cualquier gestión directa sobre los servicios portuarios, pasando a un régimen de autorizaciones administrativas para aquellas empresas interesadas en la realización de servicios, siempre en el marco de un régimen de libre competencia. Por lo tanto, el papel de las Autoridades Portuarias pasaría a ser única y exclusivamente el de garantes de la ordenación y regulación de las infraestructuras portuarias. La consideración actual es que el ejercicio de las operaciones portuarias de carga y descarga trata de una actividad privada sometida a autorización administrativa previa. Por lo tanto, parece que estamos asistiendo a la desaparición de la tradición consideración de las Autoridades Portuarias como gestores de un servicio público.

No obstante, a lo largo de este trabajo se mencionará, como ya hemos tenido ocasión de advertir al lector, que a pesar de esta nueva concepción de los servicios portuarios, auspiciada desde instancias comunitarias, subsisten algunas prerrogativas públicas, notas características de la antigua noción de servicio

público, que deben analizarse con detenimiento, y que explican la complejidad del servicio de estiba y desestiba portuaria. Es importante, resaltar que en el ámbito portuario es imprescindible una eficiente gestión, dado el crecimiento constante del volumen del tráfico marítimo.

El trabajo de ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH “*Los servicios portuarios*”⁷⁶, a mediados de los años noventa concluía con una reflexión sobre el papel de las Autoridades Portuarias, que parece ha tardado más de una década en plasmarse en nuestra regulación:

“... hay que insistir en que el contenido competencial genuino de las Autoridades Portuarias, en cuanto organizaciones públicas, no está tanto en la prestación de los denominados “servicios portuarios”, como en la gestión de un espacio de dominio público, destinado al uso público (en sus diferentes modalidades), en el que la intensidad y variedad de las actividades que se realizan y su importancia para la economía nacional, requieren la implantación de un soporte organizativo específico, que se ocupe de su ordenación y control. Y ese contenido competencial típico continúa rigiéndose por las normas de Derecho Público en cada caso aplicables, empezando por las de la propia Ley de Puertos {en el momento de redacción de este trabajo, la LPMM de 1992}.

Si, además de esa función gestora del espacio portuario, las Autoridades portuarias facilitan a los usuarios determinadas prestaciones y contribuyen a estimular la actividad económica del entorno, fomentando las iniciativas industriales y comerciales privadas, no parece que ello sea motivo de reproche al legislador, sino que, al contrario, refleja una sensibilidad ante el mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos de atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (Art. 130.1). Que para ello se recurra a formas jurídico-privadas utilizadas normalmente en las relaciones económicas y sociales, puede estar justificado en aras de la eficacia, que también es un principio constitucional de actuación de las organizaciones públicas. (Art. 103.1). Lo importante es deslindar ambas

⁷⁶ Ob.cit. MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL. “*Los servicios portuarios*”. Págs. 3944.

facetas: el sometimiento de una parte de la actividad al Derecho Privado, no convierte a la Autoridad portuarias en un empresario público. Ante todo es, justamente, una «autoridad»”.

Se ahondará en todas esas ideas a lo largo de esta tesis doctoral, se podrá de manifiesto que queda del tradicional servicio público de estiba y desestiba en las actuales concepciones de los servicios portuarios recogida en el TRLPMM. Por último, se tratará de analizar si por fin esta regulación puede atender las necesidades de un sistema portuario fuertemente conexas, con el que ser competitivos en el marco internacional. Esa nueva regulación debe ser coherente con el modelo que propugnan las instancias comunitarias, puesto que no se puede incurrir en una situación que genere nuevas sanciones, como ya lo ha hecho el Tribunal de Luxemburgo en la Sentencia de 11 de diciembre de 2014, sancionando a España por el mantenimiento de un modelo de estiba que entronca con los postulados de libertad establecimiento que se reiteran como un mantra desde la Unión Europea.

En el marco de la actividad de los servicios portuarios considero se hace necesario conjugar bien el equilibrio entre las reglas del libre mercado y las exigencias de los intereses generales, teniendo en cuenta la trascendencia que para la economía de un país tiene la actividad portuaria. Como habrá ocasión de analizar en este trabajo, este importante matiz es el que hace que muchos de los tradicionales postulados característicos de la idea de servicio público persistan en la actualidad en la gestión portuaria, aun a pesar de las importantes corrientes liberalizadoras que persiguen la consecución de la plena competencia.

Así las cosas, probablemente lo que se debió cuestionarse en un principio era el mantenimiento de la “tradicional” concepción del servicio público; no en sí, la propia noción del servicio público, implícita en la idea de la intervención de los estamentos públicos en determinadas parcelas de la actividad económica. En opinión de esta autora, un liberalismo exacerbado está en contra de las exigencias de los intereses generales por lo que debe velar toda sociedad. En la medida que las sociedades requieren de la garantía de ciertos servicios, considero que cuestionarse la supresión de la intervención administrativa está fuera de los

esquemas básicos que deben predicar las políticas públicas, pues la autorregulación de los mercados, y el respeto al Estado del Bienestar, parecen ideas que van en caminos opuestos.

Actualmente, y en el marco de una coyuntura económica compleja para la mayoría de los países de la Europa comunitaria, estamos asistiendo a un cambio de planteamientos ante el panorama actual, algunos países como Francia plantean ante las instancias comunitarias que se replanteen sus iniciales posturas de total abolición de los servicios públicos. Tal vez, es tiempo de reconsiderar, que el tradicional servicio público, si bien necesitaba adaptarse a los nuevos tiempos, renovar sus arcaicos postulados, no debe nunca desaparecer, en tiempos de crisis el papel del Estado como activador de la economía es fundamental.

En estos tiempos de cambios, donde algunos propugnan el aniquilamiento del intervencionismo público, para renglón seguido vaticinar que solo desde estructuras públicas se puede hacer frente a la voracidad de los mercados, entendiendo a estos como un ente difuso que gobierna nuestros designios, puede parecer una antigualla hablar de los servicios públicos. Aun así, se intentará a lo largo de este trabajo esbozar algunas ideas respecto de la idea de servicio público que deberían perdurar en la consideración de los servicios portuarios de estiba y desestiba, ideas que lógicamente serán siempre susceptibles de ser apreciadas desde ópticas distintas.

Conectado con el apartado anterior relativo al Derecho Comunitario, aunque no es el objeto propio de esta tesis doctoral realizar un estudio sobre el concepto de servicio público, si se tratará de analizar como las corrientes liberalizadoras, que imperan en la mayoría de las regulaciones comunitarias, han afectado a las tradicionales consideraciones como servicio público de algunas actividades que se llevan a término en el sector portuario, como son las labores de carga y descarga. Incidiendo en gran medida en los planteamientos que han fundamentado la Sentencia condenatoria al Estado Español, al entenderse que ha incumplido con las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

V. SISTEMÁTICA ADOPTADA.

Una vez centrado el objeto de la presente tesis doctoral seguidamente se delimitará la sistemática adoptada.

El trabajo está dividido en un planteamiento general, tres partes y por último unas conclusiones. La Primera Parte alude a la formación histórica del servicio, se contextualiza la necesidad de intervención pública para regular la actividad. Una Segunda Parte donde se analiza la naturaleza jurídica del servicio; esta parte está dividida en dos Capítulos, el primero sobre la formación del concepto de servicio público en el ámbito portuario, y el segundo más orientado hacia el repaso de las modificaciones legislativas de los últimos años. La Tercera Parte plantea un ensayo sobre la reconstrucción del régimen jurídico de la estiba y desestiba en España, así como, una reflexión sobre las técnicas del Derecho Administrativo en el marco de la liberalización de los servicios públicos. En esta última parte, se plantean unas sugerencias de *lege ferenda* ante la más que previsible reforma legislativa que se va acometer en España tras los pronunciamientos del TSJUUE.

Para finalizar, esta tesis recoge las conclusiones que a mi juicio pueden extraerse tras el estudio de la materia y que pueden servir para dinamizar una actividad que, al igual que otros servicios, debe adaptarse a un nuevo escenario de regulación.

VI. METODOLOGÍA.

Este trabajo ha intentado realizar un análisis de una materia desde el estudio de la técnica jurídica. Es una investigación del Derecho, por lo tanto, no se han utilizado técnicas propias de otras disciplinas, como el periodismo, o la economía. Tampoco se trata de un análisis político.

Se ha escrito esta tesis partiendo de las fuentes propias del conocimiento jurídico, analizando todos los ámbitos de estudio de las instituciones jurídicas del Derecho: la regulación de la materia, la interpretación de la doctrina, la jurisprudencia, y sin olvidar los modelos de Derecho Comparado, y por supuesto, se presta especial atención a la formación histórica de la técnica e institución que protagoniza el servicio analizado. En definitiva, el trabajo realiza un análisis de su objeto desde el estudio, la perspectiva y metodología de las técnicas jurídicas.

Dada la relevancia periodística de la materia en ocasiones se ha recurrido a la visión de los acontecimientos que han dado los medios de comunicación, sin perjuicio de que únicamente se ha hecho para plasmar la ejemplificación de las algunas situaciones de conflicto.

PRIMERA PARTE.

**LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL SERVICIO DE ESTIBA Y
DESESTIBA PORTUARIO.**

I. ACLARACIONES SOBRE CONCEPTOS BÁSICOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO DE ESTIBA Y DESESTIBA.

1. Etimología de los términos estiba y desestiba portuaria.

El recurso a la literatura siempre puede ser útil para ilustrar una idea, en el caso de los orígenes del servicio de estiba y desestiba en la obra de JULIO VERNE “*Un Capitán de quince años*”⁷⁷ la embarcación de la que tiene que hacerse cargo el grumete *Dick Sand*, la “*Pilgrim*”, cuenta la novela que contaba con muy poca tripulación para la pesca de ballena, así que el armador *James W. Weldon* tenía que reclutar en el lugar de las operaciones de carga y descarga los hombres necesarios:

“especialistas todos ellos, y de diversas nacionalidades, que llevaban a cabo su cometido a la perfección. Una vez terminado el trabajo, se les pagaba los salarios devengados y se les desembarcaba. Con ello el sistema resultaba más económico que embarcar en San Francisco una dotación completa”.⁷⁸

Al margen de las licencias literarias de JULIO VERNE, la realidad en muchos puertos no distaba de las figuraciones del autor. Tradicionalmente, se consideraba mucho más rentable contratar personal para las labores de carga y descarga, una vez los barcos llegaban a puerto, que llevar una gran dotación de personal enrolado en el buque. Esta circunstancia ha propiciado históricamente que en el entorno de los puertos siempre hubiera mano de obra dispuesta para el trabajo, dando lugar a que se produjeran múltiples situaciones con los trabajadores del entorno portuario, que van desde la creación de gremios en la Edad Media, pasando por el control de las mafias organizadas a principios del siglo XIX, hasta la situación actual donde podemos encontrar una sólida organización sindical

El entramado personal del trabajo en el puerto y la trascendencia comercial de la propia actividad portuaria ha generado que desde sus orígenes exista una ordenación legal sobre la materia. No se debe olvidar que desde antaño el mar ha

⁷⁷ Novela del escritor francés Jules Verne (1828-1905) publicada por entregas en el “*Magazín d’Education et de Recréation*” a lo largo de 1878.

⁷⁸ VERNE, JULIO. “*Un capitán de quince años*”. Editorial Bruguera S.A. Edición de 1986.

supuesto para la sociedad no solo un medio de transporte de personas, sino también un canal de mercancías para el abastecimiento, es por ello, que desde antaño podemos analizar normativa sobre la ordenación del tráfico marítimo.

Una visión histórica del Derecho Marítimo nos llevaría a la afirmación de que este surgió antes que el Derecho comercial Terrestre⁷⁹: “*es un dato comprobable que los objetos flotantes con alguna propulsión, se inventaron antes que la rueda. De ahí que el hombre primero aprendiera a navegar y luego a halar carretas*”. Algunas referencias históricas en América, demuestran la destreza marina del gobernador inca *Tupac Yupanqui*, posible descubridor de la Polinesia (Oceanía), cuando aun no existía constancia de que en esa misma época se hubiera inventado la rueda⁸⁰.

El Derecho Marítimo entendido como, el conjunto de las relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar y lo marítimo⁸¹, es básicamente, un derecho consuetudinario, el derecho de la gente del mar, anterior al Derecho romano, y que surgió en las ciudades costeras de usos y costumbres ancestrales. Al respecto, la doctrina mercantilista está de acuerdo en aceptar que el Derecho marítimo mercantil es el sector jurídico que más significativamente es espejo de la costumbre. De otro lado, la autonomía y la particularidad del Derecho marítimo se justifican en las condiciones técnicas y económicas en las que se desarrolla el transporte marítimo, de ahí también, que sus instituciones básicas hayan perdurado en el tiempo y con una relativa uniformidad en la mayoría de las regulaciones jurídicas de los países.

Para centrar el estudio de esta tesis es necesario establecer un marco temporal y geográfico, para no perder al lector en una amalgama de años y lugares. Como ya se avanza en el planteamiento general de la tesis, el presente estudio se centrará en el análisis del servicio de estiba y desestiba portuario principalmente después de la segunda guerra mundial, y en

⁷⁹ PEJOVES MACEDO, JOSÉ ANTONIO. “*Derecho Marítimo. 25 Ensayos. Transporte Marítimo, Multimodal y Puertos*”. Cultural Cuzco Lima – Perú. 2007. Pág. 26

⁸⁰ *Íbidem*. Citando a DEL BUSTO, JOSÉ ANTONIO. “*Tupac Yupanqui. Descubridor de Oceanía*”. Fondo Editorial del Congreso de la República. Lima. 2006.

⁸¹ ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO. “*Estudios de Derecho Marítimo*”, vol. I. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1993.

concreto, por lo que respecta al ordenamiento jurídico español. Pero no por ello se puede obviar un análisis previo de la materia como visión de conjunto, aunque sea de forma breve, sobre la situación en Europa de la actividad portuaria; tampoco olvidar, que cada puerto tiene su propia historia, por lo tanto, esta tesis no abordará particularidades propias de ningún puerto en concreto, sino que a lo largo del texto se tratará de analizar situaciones comunes que pueden identificarse en la generalidad portuaria europea.

En sus orígenes el servicio de estiba y desestiba se conocía bajo el término *arrumaje*⁸², que significa según la Real Academia: “*la distribución y colocación de la carga en el buque*”. Proviene etimológicamente de *arrumar*: “*Componer la carga del bajel para que ocupe menos, y a fin de que yendo el peso proporcionado a las calidades de la embarcación, ésta navegue mejor*”.⁸³

Según el Diccionario etimológico de la lengua castellana de JOAN COROMINAS⁸⁴ el término *arrumar* se considera tal vez una derivación de origen germánico: “*estivar la carga, es palabra de origen independiente (aunque luego fue confundida con arrimar), tomada del fr.arrumer id., derivada del germ. RÛM (espacio)*”.

⁸² Fuente: www.rae.es

⁸³ Diccionario etimológico de la lengua española. Correcciones de EDUARDO DE ECHEGARAY. Tomo Primero. Madrid. Editado por José M^a Faquinetto. 1887 Pág. 448. “Del danés *rummet*, la bodega de un buque, de la raíz germánica *rum*, *room* espacio; alemán, *Raum*; francés antiguo *ruen rumb*, la cavidad de un buque; *arrumer*, antiguo, disponer a carga de un bastimento; moderno, *arrimer*, con el mismo significado”.

⁸⁴ COROMINES, JOAN. Breve Diccionario etimológico de la lengua castellana. Madrid. Gredos. 1967. Pág. 355-356. En una de sus acepciones el término ARRIMAR recoge: “...el port. *arrumar* significa arrimarse, acercarse y viceversa *arrimar* es arrumar, colocar convenientemente (...) cita *arrumar* y *desarrumarse* con referencia a la carga o estiva de un buque en el Fuero de Layrón, asturiano o gallego de finales del S.XIV. (...). En Francia tenemos oc. *arrumar* (*arrimer*) documentado, aunque raro, en la Edad Media (solo en el Levy pequeño), fr.*arrumer* id. desde el S.XVII, pic.y norm. ant y mod. *Arrumer* (arreglar, ordenar). Resueltamente apartó la idea de que estas formas correspondan a una pronunciación de la *υ* griega como *u* latina, y creo que aquí se trata realmente de palabras de origen germánico, pero nótese que ni la fecha, mucho más moderna, ni el significado coinciden con el del iberorromance *arrimar*, pues en *arrumar* si que tenemos primordialmente la ac.nautica (estivar la carga) o matices semejantes; el sustantivo *run* (lugar) en Guernesey, valon *rumé* (escotilla) entendido como espacio entre dos paredes, oc.*rum* (espacio de la sentina reservado para la carga) y la forma verbal *aruner* derivada de *run*, prueban que se trata realmente del germ. *Rûm* (espacio), sea en su forma inglesa o en la neerlandesa. **Este *arrumer* (estivar) procedente del Norte, pudo cruzarse con el hispánico *arrimar* (acercarse, emparejar), y de aquí resultarían por un parte el castellano- port. *arrumar*, hisp.am *ruma*, y de otra parte el fr. *Arrimer* (estivar). Este fr. *arrimer* (estivar) vendría del ingl.med *rimer* (despejar, desembarazar)**”.

Como señala igualmente JOAN COROMINAS⁸⁵ con el tiempo se dejó de utilizar progresivamente el vocablo *arrumaje* y se pasó a la utilización del término *estibar*:

“apretar, recalcar cosas sueltas para que ocupen el menor espacio posible, distribuir convenientemente todos los pesos del buque, del lat. (stipare), meter en forma compacta, amontonar. 1ª doc.: med.del S.XV, trad.del Decayeron; (...). No es llamativo en un vocablo de uso principalmente náutico o comercial el que no se hallen ejs.antes del S.XV, y no hay fundamento alguno para suponer que el cast. Estibar sea italianismo, como afirma Terlingen, con extraña equivocación fonética; el it stivare id. (quizá de origen alto-italiano); aparece ya en Génova en 1253, Vidos, Parole Marin”.

Por último, en la lengua inglesa se utiliza la palabra *stow*⁸⁶ y su significado es el siguiente: *“colocar y distribuir ordenada y convenientemente la carga con un doble objetivo, para aprovechar racionalmente el espacio y para no perjudicar las condiciones de buena navegabilidad del buque”.*

2. Explicación sobre las labores de estiba y desestiba. El contrato de carga y descarga y los agentes intervinientes en el servicio portuario.

Aunque a lo largo de este trabajo, puedan utilizarse de forma indistinta las expresiones, de estiba o desestiba y de carga o descarga, como integrantes todas ellas del servicio de manipulación y transporte de mercancías, los conceptos desde el punto de vista práctico, no son idénticos. La estiba consiste en la realización de una serie de operaciones que garantizan que no habrá desplazamientos de la mercancía durante el transporte. Normalmente, se trata de operaciones como la distribución de pesos, cálculos sobre resistencia, utilización de materiales auxiliares que permitan una fijación, es decir, todas aquellas acciones que tengan en cuenta, la distribución, el peso, y las condiciones del medio de transporte, para asegurar que la mercancía no sufra desplazamientos que pongan en peligro su seguridad. Por otro lado, la acción de carga consiste en depositar físicamente la mercancía en el medio de transporte.

⁸⁵ *Ibidem*. Págs. 787-788.

⁸⁶ ALAS GARCÍA, CÉSAR. *“Diccionario Jurídico-Comercial del Transporte Marítimo”*. Universidad de Oviedo, servicio de publicaciones. 1983.

En el ámbito portuario, la estiba se define como las diferentes operaciones que se realizan con las mercancías para ubicarlas correctamente en las áreas y zonas de carga, teniendo en cuenta todas las normas de seguridad aplicables en cada operación. La estiba comprende dos fases, en primer lugar, la entrada de la mercancía hasta la bodega, camino seguido desde el muelle y se compone de movimientos horizontales y verticales para desplazar la carga hasta el lugar de almacenamiento. En segundo término, el almacenamiento, entendiendo como tal la forma de almacenar la mercancía en bodega para conseguir el máximo aprovechamiento de los espacios de acuerdo con las características de la carga y del barco y de las condiciones de seguridad.

La desestiba se denomina a la operación contraria de la estiba, es decir, el removido de la carga y su entrega al equipo de descarga para extraer de la bodega del buque la mercancía previamente estibada. De otro lado, la carga y descarga, comprende desde el momento que la unidad de carga queda colgada de la grúa hasta que es desenganchada por los estibadores de un barco, o viceversa. El proceso de carga/descarga se considera finalizado cuando la mercancía descansa en el vehículo que la va a transportar y se ha desenganchado de la grúa.⁸⁷

Por lo que se refiere a la intervención de los agentes contratistas de carga y descarga, es interesante aclarar que históricamente, como se analizará seguidamente, estas actividades de recepción de la mercancía en muelle, almacenamiento y carga o descarga, se realizaban en un primer momento de forma muy rudimentaria por lugareños de zonas marítimas que disponían de barcazas, pero posteriormente se paso a conformar una primigenia organización empresarial⁸⁸. Con el tiempo se ha consolidado una importante fuente empresarial la constitución de empresas que se dedican a la carga y descarga (*acconier, stevedore, etc.*), que se constituyen como personas jurídicas que disponen de

⁸⁷ Disponible en: www.puertos.es. Las definiciones han sido extraídas del Manual publicado por Puertos del Estado “Operaciones y servicios portuarios (Nivel 1)”.

⁸⁸ HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN. “*Contrato de transporte marítimo de mercancías*”. Valencia. 1984. Pág. 97. “Comenta Brunetti, que en Francia estos empresarios son llamados *acconiers* (de *accon* especie de chalana que sirve para transportar mercancías) y de humilde origen (servicios de faquinaje, de tránsito de pequeños flotadores, etc), han venido gradualmente a ocupar un lugar importante en los tráficos portuarios, especialmente cuando el personal de a bordo ha cesado de tomar parte en las operaciones de carga y estibaje. En Valencia existían los llamados *caballeters* cuyo nombre deriva del medio utilizado para efectuar las cargas, los *caballets* (los caballos).”

títulos habilitantes otorgados por las administraciones públicas. JUAN HERNÁNDEZ MARTÍ⁸⁹ define a este agente de carga y descarga como:

“...como el empresario mercantil que, debidamente habilitado por la Administración, desarrolla a través de su empresa las actividades necesarias en orden a la realización de operaciones de carga y descarga, recepción y entrega de mercancías, por cuenta de terceros. Su interferencia en el transporte da lugar a situaciones complejas, pues si bien los gastos de aquellas operaciones pueden ser de cuenta del cargador o del consignatario, según lo estipulado en el contrato de transporte, con frecuencia las operaciones han sido contratadas por el porteador o su agente”.

De este modo puede entenderse que la actividad que se desarrolla cuando se habla del servicio de estiba y desestiba en la actualidad, es aquella que ejercen empresarios sometidos a una intervención administrativa por parte de las autoridades portuaria, que se justifica porque se trata de actividades privadas pero de interés público, y también porque se realiza dentro de la zona de dominio público portuario.

En cuanto al contrato de estiba apuntar algunas notas características, dado que a lo largo del trabajo se analizará con más detalle, siguiendo con el análisis del último autor citado puede decirse que el objeto del contrato es el siguiente: *“...la realización de la operación de carga y descarga en sentido amplio, e incluso la recepción y entrega de las mercancías”*, lo que no impide que puedan darse otro tipo de prestaciones accesorias, como el depósito, etc. Una relevante cuestión a tener en cuenta es que en el marco de un contrato de estiba una parte será siempre la empresa estibadora, cuya intervención puede ser forzosa o libre, como señala GERARDO CONESA PRIETO⁹⁰, la otra parte del contrato será el fletador, el cargador o el receptor según resulte de la póliza de fletamento suscrito entre las partes en relación a las operaciones de carga y descarga.

⁸⁹ Íbidem. Pág. 99.

⁹⁰ CONCESA PRIETO, GERARDO. *“La estancia del buque en puerto”*. J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona. 1993. Pág. 111. Al respecto de las pólizas de fletamento señala que estas deben contener simultáneamente dos estipulaciones: “ a) Qué parte asume la obligación de ejecutar personalmente o por otros las operaciones de carga y descarga y quién corre con los respectivos gastos. b) Dónde se producen respectivamente la recepción y entrega del cargamento (*traditio*), y en consecuencia, dónde comienza y termina para el fletante la obligación de custodiar el cargamento”.

Por último, bajo la denominación de estibador portuario según señala ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO⁹¹ se engloba un concepto que responde a unas características conferidas por la normativa legal aplicable:

“La razón de la especialidad radica en la circunstancia de que las actividades de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general está configurada como un servicio público de titularidad estatal, cuya gestión se realizará de forma indirecta por las Empresas estibadoras (personas naturales o jurídicas) que se hagan cargo de una parcela en tal sector de actividad, celebrando el correspondiente concierto conforme a las normas de contratos del Estado y siempre que participen en el capital social de la sociedad estatal constituida en cada puertos”.

Así pues, cuando se alude a los estibadores portuarios se está mencionando a un colectivo de trabajadores que desarrollan su trabajo en el entorno portuario bajo unas peculiares condiciones laborales; con un carácter bifronte, en tanto que están vinculados con una sociedad que se constituye para la puesta a disposición de trabajadores estibadores a otro tipo de empresas privadas que son en las que propiamente desarrollaran su trabajo. La idiosincrasia del trabajo de los estibadores tiene sus particularidades como apunta JORDI IBARZ GELABERT⁹² en alusión al trabajo de R.C. MILLER⁹³:

“El análisis de la especificidad cultural del colectivo portuario al cual me refiero es el realizado por R.C. Millar. Este clásico estudio sigue utilizándose críticamente por la historiográfica más reciente de tema portuario, y versa sobre las condiciones productoras de la subcultura portuaria, defendiendo además, las características de la misma. Esta caracterización la concreta en seis aspectos principales: solidaridad extraordinaria y fuerte lealtad entre compañeros; recelo de la dirección y

⁹¹ SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE. Diccionario de legislación Aranzadi. Pamplona. Aranzadi. Voz: “Estibadores Portuarios”. Págs. 2941-2943.

⁹² IBARZ GELABERT, JORDI. “Cultura del trabajo de los estibadores. Obreros, capataces y patronos en el Puerto de Barcelona en los años 30”. Publicado en la obra colectiva “El trabajo a través de la historia” S.Castillo (Coord.). Madrid, UGT-Centro de Estudios Históricos, asociación de Historia Social. 1996. Págs. 487-494.

⁹³ Ob.cit. MILLER, RAYMOND CHARLES. “The Dockworker Subculture and some problems in Cross-Cultural and Cross-Time Generalizations”.

de los extraños; sindicalismo militante; aparición de líderes carismáticos entre sus filas; filosofía política liberal pero opiniones conservadoras respecto de los cambios en prácticas de trabajo; y estado de ánimo eventual.”

La razón de ser de este propio colectivo de trabajadores está en las propias características del sistema portuario de cualquier país, en tanto que es incuestionable que las labores de estiba y desestiba desde antaño han tenido un importante valor estratégico. Los principios básicos del trabajo de los estibadores portuarios pueden resumirse en las siguientes:

- Por medio de la estiba se regula el suministro de mercancías a un país, en particular por lo que se refiere a bienes esenciales.
- La competitividad exterior de un país pasa por un sistema eficiente de exportaciones e importaciones que en gran medida se realizan en el entorno portuario, y para lograr este objetivo el primer paso es la manipulación de las mercancías. Y tal como apunta FERNANDO JORGE COUTINHO ALMEIDA⁹⁴ la actividad portuaria de los estibadores es un *“eslabón fundamental de la cadena logística del transporte”*.
- La utilización de complejos medios técnicos requiere de una preparación profesional muy específica, así como la propia la irregularidad en la demanda de trabajadores, han justificado desde los últimos años unas condiciones laborales muy particulares, diferentes al resto de relaciones jurídico-laborales.

Todas estas peculiares han conformado un sistema de estiba y desestiba de mercancías en el entorno portuario en el que el servicio es piedra angular del negocio marítimo portuario. Por lo tanto, ha sido de suma importancia desde hace mucho tiempo dotar a estas actividades de una organización que asegure cubrir las necesidades de los buques que deciden operar en un determinado puerto. En resumen, la intención de esta autora al desarrollar este tesis es analizar los

⁹⁴ COUTINHO ALMEIDA, FERNANDO JORGE. *“El trabajo de los estibadores portuarios en los Derechos español y portugués”*. Civitas. Revista española de derecho del trabajo n° 57. 1993. Págs. 91-108.

aspectos más relevantes de un servicio de capital importancia para la economía de un país, las notas distintivas pueden apreciarse desde sus orígenes más remotos: la irregularidad en las necesidades de mano de obra, los costes del servicio, dados los avances técnicos y el elevado precio de la maquinaria necesaria para ejecutar la estiba y desestiba, la intervención de las autoridades públicas teniendo en cuenta los intereses públicos, etc. Pero para desgranar todas estas ideas con detalle es interesante que en primer lugar se contextualicen la evolución histórica y el devenir de acontecimientos que sin duda han influenciado en gran medida llegar a la situación actual.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

1. Los orígenes remotos.

Desde muy antiguo, es probable que desde el mismo momento que nace la navegación marítima, las operaciones de carga y descarga, así como las de estiba y desestiba de las mercancías en puerto han sido operaciones consustanciales a la propia navegación para la correcta ejecución del transporte de mercancías por mar. Como advierte MIGUEL NAVAJAS REBOLLAR⁹⁵: “...ello ha hecho que sea este servicio portuario uno de los primeros en prestarse y regularse, así como que se pueda calificar como uno de los más trascendentales servicios de todos los que a lo largo de la historia se han venido prestando en cualquiera de los puertos en los países de nuestro entorno.”

En sus orígenes es muy probable que el trabajo de manipulación de la carga de los buques se realizara por las tripulaciones de los barcos y por personal que se contrataba de forma esporádica en los muelles. Existen manifestaciones artísticas como naves con ánforas de vino y aceite colocadas en el centro del navío, conservadas desde la antigua Grecia, que hacen presagiar que existía un transporte marítimo relacionado principalmente con el comercio⁹⁶.

Para analizar la situación en el Imperio Romano, probablemente la mejor forma para estudiar el transporte marítimo en aquella época, sea a través de las

⁹⁵ Ob.cit NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL. “El régimen jurídico-administrativo de los puertos”. Pág. 228.

⁹⁶ GOMBRICH, ERNST H. “La historia del Arte”. Phaidon. Decimosexta Edición en español 2010.

representaciones que podemos encontrar en algunas obras artísticas, como mosaicos, pinturas, etc. Una de las fuentes principales de la riqueza del Imperio Romano era el comercio, y en particular, el comercio marítimo, así es fácil comprender que las manifestaciones artísticas tuvieran en muchos casos por temática aquellas actividades, con trascendencia en la vida de la sociedad romana.

Las ciudades más importantes del Imperio se encontraban cerca del mar y conformaban un importante tráfico marítimo. En la época de Augusto y de sus sucesores, no existía un control por parte del Imperio Romano sobre este tráfico marítimo, existía una libertad casi absoluta para el comercio, esto propició una magnífica coyuntura para la iniciativa privada. El comercio no estaba nacionalizado, ni la industria, como sí hicieron otros estados helénicos, así que todas las cuestiones relacionadas con el comercio marítimo permanecieron en manos de los particulares⁹⁷. Por lo tanto, todos los estudios parecen indicar que estaba en manos de los propios dueños de los barcos la responsabilidad sobre la carga. La mayoría de los tráficos hacían referencia al intercambio de artículos de primera necesidad como, trigo, aceite, pescado, lana, etc., tal y como, se narra en la obra literaria de PETRONIO el *Satiricon*. Al describir la vida en el Imperio Romano durante el siglo I d.C., es fácil comprender como el ordenamiento jurídico del Derecho Romano, dada la importancia de este tipo de actividades, se vio en la necesidad de regularlas.

Por lo que se refiere a la carga de mercancías en el transporte marítimo, se tiene conocimiento de que había determinados sujetos intervinientes encargados de garantizar la correcta ejecución del contrato de *locatio conductio operis*⁹⁸. Del análisis de algunas obras pictóricas, se ha podido llegar incluso a realizar algunos estudios sobre cómo se procedía a la estiba y desestiba de los barcos en la antigua Roma. En concreto,

⁹⁷ BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, JOSÉ MARÍA y GARCÍA-GELABERT PÉREZ, MARÍA PAZ. “El transporte marítimo según las presentaciones de los mosaicos romanos, relieves y pinturas de Ostia”. Lucentum: Anales de la Universidad de Alicante. Prehistoria, arqueología e historia antigua, nº 9-10. 1990-1991. Págs. 111-122.

⁹⁸ Ob.cit. ZAMORA MANZANO, JOSÉ LUIS. “La estiba de mercancías y su constatación documental en el transporte marítimo romano”. Págs. 583-591. “Recipi autem salvum fore, utrum si in navem res miase ei assignatae sunt: an et si nom sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem miase sunt, receptae videntur? et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in nave, illate sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum”.

ROSTOVTZEFF⁹⁹, con el estudio de una lámina de un monumento funerario en Ostia, donde se observa la representación de la nave *Isis Geminiana*¹⁰⁰, señala como pueden apreciarse las siguientes figuras intervinientes en la carga de un barco:

“en la proa aparece el Pharmaces magister, en frente de este en dirección a la popa de la nave aparecen tres sujetos, uno de ellos porta una vara, otro, el central, está controlando la carga del género (figura la inscripción Abascantus en su parte superior) y el tercero realiza la descarga de un saco (que lleva la inscripción res). Por último en la popa aparece un individuo levantando la mano derecha y, cerca de él, hay una inscripción fecit, detrás de él suben por la rampa dos cargadores con sacos de mercancía. Probablemente, el Abascantus se identifica con el navicularius; y el que se encuentra a su derecha portando una vara es el mensor frumentarius, agente del estado que interviene en la carga de mercancías destinadas a la annona estatal”.

Así pues, podemos diferenciar, a los ναυφύλακες¹⁰¹ que eran los encargados de la nave, y de otro lado, a los *dietari*¹⁰², a quienes se les confiaba la custodia de la despensa y de los libros comerciales. Tal y como, recogían los libros de la época¹⁰³ todo este personal era nombrado por el *magister*, y por ello, éste

⁹⁹ *Íbidem*. Nota a pie de Página nº 13 citando a MIKHAIL IVANOVITICH ROSTOVTZEFF “*The Social and economic history of the Roman Empire*”. Oxford (1971).

¹⁰⁰ *Íbidem*. Nota a pie de Página nº 3 citando a MIKHAIL IVANOVITICH ROSTOVTZEFF “*The Social and economic history of the Roman Empire*”. DESCRIPTION OF PLATE XXI. “FRESCO OF A FUNERAL MOMUMENT OF OSTIA. Vatican, Rome. “Restored. He left part of the fresco is lost. Publisher soon alter its discovery in Annli d. Inst. 1866. The left part of the Picture was occupied by a large figure of Mercury with his usual attributes. The extant portion shows us a small merchant-shi being loaded with sacks of corn. Near the stern I written its nane *Isis Geminiana*.”.

¹⁰¹ *Íbidem*.

¹⁰² *Íbidem*. Citando en la nota a pie de Página nº 9 : “FORCELLINI, *Lexicom totius latinitatis* II, Patavii (1940). Pág. 108 donde trae a colación la consideración de esta figura en D.33.7.12.42 en donde en materia de legado, el *dietari*, si puede ser objeto del mismo aunque en el texto aparece referido al sirviente”.

¹⁰³ *Íbidem*. En el texto *Ulpianus libr. XIV ad Edictum D. 4.9.1.3* se mencionaba: “*Et sunt in navibus, qui custodiae gratia navibus praeposuntur, ut ναυφύλακες et dietarii. Si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos huiusmodi officio praeposuit, committi eis permittit, quamquam ipse navicularius, vel magister id faciar, quod χειρέμβολον. Sed et si hoc non extet, tamen de recepto navicularius tenebitur*”.

respondía de las actuaciones que estos desempeñaban en base a la culpa *in eligendo*.

La formalización jurídica que recibía el acto de colocación de carga y la recepción, se denominaba *chereimbolom* (podría entenderse como un apretón de manos entre el armador y el cargador como símbolo de aceptación en la custodia de la carga), con este acto se producía el recibimiento de la mercancía a bordo de la nave por la tripulación. Podría entenderse como un acto simbólico, pero en muchos casos cumplía la función de recibo (recogido de forma expresa en algunos casos) que serviría, posteriormente, como conocimiento de embarque y la asunción de la custodia.

A medida que el tráfico marítimo fue haciéndose cada vez más importante, los trabajadores locales que eran contratados de forma esporádica para la carga y descarga de los barcos, se fueron especializando, tanto por razones técnicas, como económicas. Desde el punto de vista práctico, es importante hacer hincapié en el hecho de que muchas embarcaciones no podían llegar hasta el puerto para el amarre, y tenían que ser los lugareños, los que por medio de barcas acercaran las mercancías a tierra. Por lo que se refiere a razones económicas, la abundante mano de obra en puerto abarataba los costes del mantenimiento de una extensa tripulación enrolada en el buque de forma continua. Así que, todos los trabajadores en puerto se esforzaban por ser elegidos para las labores de carga y descarga, y la única forma de destacar entre la inmensa mayoría, era la profesionalización de determinadas actividades propias del tráfico marítimo.

Poco a poco, estos trabajadores, fueron adquiriendo una importante notoriedad, dado que, eran considerados fundamentales para el buen funcionamiento de la actividad portuaria, y es en ese punto en el que se encuentra el origen del actual servicio de estiba y desestiba, en la continua especialización de la mano de obra portuaria que a lo largo de la historia ha ido configurando una actividad, altamente ocasional, pero fundamental para el tráfico de mercancías portuarias.

2. El servicio de estiba y desestiba desde la Edad Media hasta el Siglo XVIII

2.1 Breves apuntes sobre el tráfico marítimo europeo a lo largo de la Edad Media.

De nuevo para centrar el objeto de análisis de esta tesis, en primer lugar, se analizará brevemente la situación en el contexto Europeo, y después con más detalle la situación que se produce en España durante este periodo. Las transformaciones económicas

ocurridas en la Edad Media, auspiciadas por la finalización de las invasiones bárbaras, protagonizadas por sarracenos y vikingos desde el siglo VII hasta finales del siglo XI, dieron paso a partir del siglo XI en toda Europa Occidental al surgimiento de actividades comercial y mercantil, principalmente por vía marítima. Las principales causas que propiciaron este resurgir del tráfico marítimo están, por un lado, en el crecimiento demográfico, pero fundamentalmente, en el progreso de los métodos de cultivo de la agricultura, que dio lugar a una extensión de los cultivos como principal fuente de abastecimiento, y consecuentemente, un auge de la comercialización de productos agrícolas. Esta situación generó un importante comercio marítimo, y en torno a él, la formación de un derecho consuetudinario marítimo común a cada una de las áreas donde se desarrollaban los diferentes tráficos comerciales.

A lo largo de Europa en esta época podemos diferenciar dos áreas de actuación del tráfico marítimo¹⁰⁴:

- Área Mediterránea. Comprendía las ciudades italianas de Génova, Pisa, Venecia, las del sur de Francia, y Valencia, Barcelona y Mallorca.
- Área Cantábrica y del mar del Norte –o del norte de Europa-. En esta zona las ciudades flamencas comenzaron a cobrar importancia a partir del siglo XI- Brujas y Gante sobre todo-, y más adelante, las ciudades alemanas, que a partir de la segunda mitad del siglo XIII empezaron a tomar conciencia de la unidad de sus intereses, lo que se plasmó en 1347 en la denominada “*Hansa*”¹⁰⁵, que reunía algunas ciudades germánicas que se dedicaban al tráfico mercantil.

¹⁰⁴ PESET, MARÍANO y otros autores. “*Historia del Derecho*”. Artes Gráficas Soler. 1994. Pág. 153-154.

¹⁰⁵ FLORES DÍAZ, MANUEL. “*El mar, fuente de Derecho en la España Medieval. Expansión comercial y desarrollo legal. Siglos XI-XIII*”. Colección Temas Históricos. Castellum. 2000. Pág. 41. “Los diversos autores consultados realizan una consideración, de manera directa o indirecta, que resulta importante destacar. Esta es que la *Hansa* surge primero únicamente como una confederación privada de mercaderes de distintas ciudades, lo que se conoce como *Hansa de los mercaderes*. Andando el tiempo llegaron a tal comunidad de intereses y alcanzaron tal importancia, que fomentaron la unión de sus ciudades respectivas, la denominada *Hansa de las ciudades*, desde un punto de vista no tanto, o no solamente, comercial sino también político. Este proceso de comunicación de intereses se tienen que enmarcar cronológicamente entre los años 1230, con la alianza entre los mercaderes de Lübeck y Hamburgo, y el año 1367, cuando las ciudades se unieron para combatir contra un boicot de mercaderes flamencos y posteriormente contra los daneses”.

El tráfico comercial de esta época se basaba en negocios a pequeña escala, con un tráfico marítimo de cabotaje¹⁰⁶, debido fundamentalmente a los escasos medios marítimos con los que se contaba en aquella época. Probablemente, una de las áreas con más actividades comerciales por vía marítima va ser el mediterráneo, dado su densidad de población y, principalmente, porque consistía en el camino de las especias provenientes de India, Java, China, en la que los árabes actuaban como intermediarios.

En este contexto podemos hacernos una idea de cómo florecieron numerosos textos legales, la mayoría de ellos de carácter municipal, tratando de regular las actividades del entorno portuario. Las actividades comerciales por vía marítima durante la Edad Media dieron lugar a un complejo entramado de técnicas comerciales, monetarias, y sobre todo, a un gran poder a la clase política, dado, la significativa fuente de ingresos que suponía el establecimiento de medidas impositivas en torno al tráfico de mercancías por vía marítima.

Entre las referencias legales de aquella época podemos citar, en primer lugar, el *Digesto*, que para las cuestiones relativas al tráfico marítimo, tiene como referencia el Derecho contenido en la *Lex Rhodia de Iactu*¹⁰⁷. La significación que el *Digesto* dio a las cuestiones relativas al tráfico marítimo, queda patente en una anécdota que se recogió en el propio texto, al referirse a una situación, en la que llevaron ante el emperador Antonino un litigio sobre naufragio, a lo que el emperador sentenció: “*Soy el soberano de la tierra, pero la costumbre es soberana del mar, sea este caso resuelto por la Ley de Rodas que nuestro Derecho acepta*”.

Otras referencias legales de la época, pueden quedar resumidas de la siguiente manera: en cuanto al Derecho marítimo de la época visigoda, la obra más significativa es el *Liber Iudiciorum*. Por lo que se refiere a la Europa atlántica, podemos encontrar normativa relativa al tráfico marítimo en los *Roles de*

¹⁰⁶ Disponible en: www.rae.es. Según el Diccionario de la Lengua Española se entiende el vocablo **cabotaje** en los siguientes términos: “El cabotaje consiste en la navegación o tráfico que efectúan los barcos entre los puertos de su nación sin perder de vista la costa, o sea siguiendo derrota de cabo a cabo. La legislación marítima y la aduanera de cada país suelen alterar sus límites en el concepto administrativo, pero sin modificar su concepto técnico”.

¹⁰⁷ BASADRE, JORGE. “*Los fundamentos de la Historia del Derecho*”. Librería Internacional de Perú. Lima. 1956.

*Oleron*¹⁰⁸, en concreto, la recopilación conocida como “*Rôles des jugements d’Oléron*” del siglo XIII, que consistía en una recopilación de decisiones judiciales. Entre los tribunales de la zona atlántica destacaba el de la isla de Oléron- junto a la Rochelle en la cosa francesa- y allí se formó una colección de 24 capítulos donde se recogían las decisiones judiciales más importantes relativas a cuestiones marítimas. Dada su divulgación por otros países, esta recopilación fue adaptándose a cada lugar, por lo que el texto sufrió múltiples modificaciones.

En la *Hansa germánica*, citada anteriormente, a partir del siglo XIII se irá formando el llamado *Derecho Marítimo de Hamburgo*, dada la importancia de este puerto. Por último, entre las ciudades del Mediterráneo, podemos citar por ejemplo, la *Tabla de Amalfi*, las *Ordenanzas marítimas de Trani*, o durante el siglo XII la promulgación del estatuto municipal de la ciudad de Pisa, conocido como *Constitutum usus*, en resumen, los estatutos municipales en las ciudades mediterráneas, como compendios de costumbres relativas al tráfico marítimo, fueron una constante hasta el siglo XIII. Aunque si bien es cierto, son prácticamente inexistentes las referencias al proceso de carga y descarga, por entender que estas labores formaban parte del ámbito privado, siendo el estatus gremial de los trabajadores el que posteriormente dio lugar a regulaciones sobre la materia.

2.2 Regulación legal de las actividades marítimas- mercantiles en Europa durante la Edad Media.

La proliferación de textos legales durante la Edad Media, tiene como denominador común, el interés de los poderes político para regular todas las actividades que se habían generado como consecuencia del crecimiento del comercio europeo durante estos siglos, especialmente, con una finalidad fiscalizadora. En muchos casos, estas recopilaciones legales se basaron en compilar las costumbres propias de las zonas marítimas donde se realizan actividades comerciales. Estas normativas, además, se expandieron rápidamente por toda Europa, se tradujeron a las diferentes lenguas y se interrelacionaron unas con otras. La consecuencia de este auge normativo venía

¹⁰⁸ Ob.cit. FLORES DÍAZ, MANUEL. “*El mar, fuente de Derecho en la España Medieval. Expansión comercial y desarrollo legal. Siglos XI-XIII*”. En la nota a pie de Página nº 71 al respecto de esta compilación legal menciona: “Tendría su origen como tales *Roles*, en su concesión, no en su elaboración, en el año 1152, por mandato de Leonor de Aquitania siendo nuevamente recopilados en Ruán en el año 1266. De esta fecha es el manuscrito más antiguo que se conoce, mandado recopilar por parte de Enrique III.”

motivada por la similitud de las actividades realizadas en el entorno portuario, con independencia del puerto en el que se realizaran. Sin olvidar, lógicamente, que el tráfico marítimo propiciaba, de por sí, un intercambio de personas que se movían de un lugar a otro y exportaban costumbres y tradiciones.

Durante la Edad Media, en la mayoría de los puertos de las ciudades europeas portuarias, los trabajadores portuarios acabaron agrupándose en **gremios**. En estos gremios estaban todos los trabajadores que desarrollaban una misma actividad. Los gremios tenían por finalidad velar por los intereses más básicos de los trabajadores. Las ordenanzas gremiales regulaban la cuantía de los salarios, la duración de la jornada, la calificación de los trabajadores, etc., pero su cometido principal era tratar de eliminar la competencia. Con el paso del tiempo, esta primitiva finalidad de colaboración recíproca entre todos los trabajadores, fue dando paso a la efectiva eliminación de la competencia, y a la constitución de monopolios¹⁰⁹. Solamente, aquellos que pertenecían a un gremio podían desarrollar las actividades de carga y descarga en el entorno portuario. Salvando las distancias el modelo en la actualidad muchos siglos después, parece que no ha superado estas prácticas gremiales.

La razón del nacimiento de los gremios de estibadores, puede decirse que fue como consecuencia de una cuestión geológica, los tradicionales barcos de vela no podían acercarse cargados hasta el puerto, así que, las mercancías debían transportarse hasta tierra por medio de barcazas¹¹⁰. Esto generó que en todos los puertos locales existieran trabajadores especialistas en realizar la carga y descarga de los barcos. En ciudades como Ámsterdam, además, los dueños de las barcazas eran los encargados de llevar las mercancías a los comerciantes a través de los canales. En resumen las ventajas de este sistema de estibadores locales, pueden resumirse en las siguientes:

- El alto grado de especialización de los trabajadores locales, que conocían a la perfección las condiciones físicas de cada puerto, y disponían de los utensilios necesarios.

¹⁰⁹ Ob.cit. VAN VOSS, LEX HEERMA y VAN DER LINDEN, MARCEL “*Estibadores: configuraciones 1790-1970*”. En la nota a pie de Página nº 10 en la que en relación a los gremios de estibadores en Londres, Paris, Ghent, Stettin, Ámsterdam, Antwerp, Bruges, Ostia y Venecia, se cita a M. VAN DER VELDEN “*Havenarbid, dragersgilden: vergeten historie*”. Economisch-en Social-historisch Jaarboek, 45 (1982).

¹¹⁰ DE VRIES, JAN. “*European urbanization: 1500-1800*”. London: Methuen & Co. 1984. Pág. 141.

- Añadido a lo anterior, el menor coste suponía para el dueño del barco que una cuadrilla de estibadores locales procediera a la carga o la descarga, en lugar de que lo hiciera su propia tripulación, que lógicamente, no estaba especializada. Además, con este sistema, el dueño del barco no tenía que hacer frente al mantenimiento de la maquinaria necesaria para la carga y descarga.

La postura de las autoridades públicas ante el establecimiento de este tipo de actividades, en un primer momento, fue muy lapsa, únicamente, intervenía para establecer un reparto del trabajo de las barcas, para que este fuera equitativo. Posteriormente, fueron garantizando que solamente los trabajadores que pertenecían a uno de los gremios pudieran realizar la actividad de carga y descarga de los barcos, lo que posibilitó de *facto* el establecimiento de un monopolio. Algunos ejemplos:

“Róterdam donde el monopolio se ponía en práctica impidiendo que cualquiera que no perteneciera al gremio de cargadores llevara mercancías en un saco. En Londres o Lisboa el gobierno local puso en circulación unas fichas que debían llevar los cargadores registrados. Internamente, los miembros de un gremio a veces se turnaban para hacer los trabajos, otras veces dejaban decidir a los dados o a la suerte. Independientemente de la manera en que se estableciera la rotación en estos trabajos, está claro que los gremios impedían que sus miembros- o personas ajenas al gremio- compitieran entre sí”¹¹¹.

Las autoridades de las localidades portuarias, también, se hacían cargo de la imposición de multas, cuando alguien desarrollaba alguna de las actividades reservadas a los gremios de estibadores. Pero los gremios no solo cumplían la función de repartir el trabajo e impedir la competencia, también velaban por la asistencia social de los trabajadores, en caso de enfermedad; en aquellos casos en los que el trabajador tenía que dejar de trabajar como consecuencia de un accidente o incluso fallecía, los gremios prestaban apoyo económico a modo de seguro.

¹¹¹ Ob.cit. VAN VOSS, LEX HEERMA y VAN DER LINDEN, MARCEL “Estibadores: configuraciones 1790-1970”. Pág. 38.

Así pues, y siguiendo el esquema planteado en el estudio de LEX HEERMA VAN VOSS Y MARCEL VAN DER LINDEN¹¹², podemos concluir que el sistema de monopolio, instaurado con los gremios de estibadores durante la Edad Media, se sustentaba en las siguientes razones:

- Los gremios se encargaban de establecer una división del trabajo, y como consecuencia de esto, se logró un alto grado de especialización. Un ejemplo, es la diferenciación en grupos de trabajadores, entre los que podemos distinguir, los llamados *recogedores*, encargados de acercar la mercancía en las barcazas hasta el puerto, los *levantadores*, una vez que la mercancía llegaba a puerto eran los encargados de vaciarlas, los *rellenadores*, realizaban las labores de medición y pesaje, y por último, los *transportadores*, llevaban la mercancía, generalmente sobre sus hombros, hasta la urbe.
- Otro de los cometidos propio de los gremios era asegurar que siempre habría personal disponible para la carga y descarga de los barcos, y que estos en ningún momento se encontraran con una falta de personal. El reparto del trabajo entre todos los componentes del gremio se hacía de forma rotativa. En los casos en los que se producía un aumento del tráfico marítimo y había un excedente de trabajo, los gremios contaban con bolsas de trabajadores. Estos trabajadores ocasionales eran considerados “*trabajadores portuarios de segunda clase*. Generalmente, cuando en el gremio se producía una vacante ésta era cubierta por alguno de los trabajadores de estas bolsas de trabajo temporal.
- Para evitar robos y sobre todo siseos en las cargas, los responsables de los barcos, preferían contratar personal perteneciente a un gremio, dado que la propia corporación gremial respondían de la actuación de sus trabajadores.

Estas primigenias razones de los gremios en la Edad Media, no difieren en gran medida de las esgrimidas, hoy en día, por las centrales sindicales de estibadores para velar por los intereses del colectivo, y para defender la idoneidad del sistema actual frente a las posturas que abogan por una total liberalización del sector.

¹¹² *Íbidem*.

Con el tiempo, las autoridades públicas de la Edad Media vieron en este tipo de actividades portuarias una fuente de ingresos e instauraron su fiscalización por medio del cobro de tasas. En la mayoría de los casos eran los propios gremios los encargados de la recaudación de estos impuestos, lo que posibilitó aún más el establecimiento de fuertes monopolios, como muestra el siguiente dato¹¹³:

“En la república holandesa los gremios fueron desde sus comienzos y siguieron siendo una instituciones urbanas vitales hasta el final del siglo XVIII. Cerca de 1798, cuando las autoridades holandesas se disponían a seguir los impulsos económicos más modernos y por tanto a abolirlos, existían 1388 gremios. De entre ellos, setenta y dos eran gremios de cargadores y estibadores”.

Precisamente, el gran poder que acumularon los gremios de estibadores durante la Edad Media, es lo que propició el interés de las autoridades locales en su abolición. Los gremios controlaban la oferta de mano de obra que podía trabajar en el puerto, y con ello, el precio de los servicios que los barcos debían pagar por hacer uso de los servicios portuarios. Aun a pesar del intento por su desaparición, los gremios de cargadores pervivieron, hasta bien entrado el siglo XIX, como se analizará posteriormente.

2.3 Derecho marítimo mercantil en la España medieval, especial incidencia en el Libro del Consolat del Mar.

La situación en España se puede dividir en dos áreas, por un lado Castilla y por otro, Aragón. Respecto al derecho castellano, el texto normativo que de forma más exhaustiva se encargó de regular el derecho marítimo fueron las *Partidas*; durante el reinado de Alfonso X se desarrollaron numerosos textos legales, entre los que destaca el denominado *Libro de las Siete Partidas*, más conocido como las *Partidas*, formulado entre los años 1256 y 1265.¹¹⁴ Algunos autores mantienen la afirmación de que es posible encontrar ciertos paralelismos entre la regulación contenida en las *Partidas* y los “*Roles de Oleron*”¹¹⁵, aunque, probablemente, la

¹¹³ Ejemplo recogido en Ob.cit. VAN VOSS, LEX HEERMA y VAN DER LINDEN, MARCEL “*Estibadores: configuraciones 1790-1970*”. Pág. 37-38.

¹¹⁴ ARIAS BONET, JOSÉ ANTONIO. “*El Derecho Marítimo en las Partidas*”. Revista de Derecho Mercantil, nº 9. 1966. Págs. 91-108.

¹¹⁵ Ob.cit. PESET, MARÍANO y otros autores. “*Historia del Derecho*”.

mayor influencia respecto a las cuestiones de Derecho Marítimo que podemos encontrar en las *Partidas*, se encuentra en el *Digesto* justiniano, en concreto en la *Lex Róida de Iactu*.

Las *Partidas* muestran una concepción jurídica del territorio del monarca, como “*un todo*”, donde el mar es un ámbito más sujeto a la jurisdicción regia, como se muestra en la Partida III, 28, 3¹¹⁶: “*Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que biven en este mundo son estas (...) todo ome se puede aprovechar de la mar e de su ribera, pescando, o navegando, e haciendo y todas las cosas que entendiere que a su pro son*”. La mayoría de las cuestiones que podemos encontrar en las *Partidas* respecto al tráfico de marítimo, se centraban en la preocupación por la salvaguarda de la propiedad privada de las mercancías.

Es en el ámbito de la Corona de Aragón, donde de forma más exhaustiva se procedió durante la Edad Media, al establecimiento de un verdadero ordenamiento jurídico relativo a las actividades relacionadas con el mar, cuyo máximo exponente será el *Llibre del Consolat del Mar* durante el reinado del monarca Jaime I. La Corona de Aragón estaba formada por los Condados Catalanes, el reino de Valencia y el reino de Mallorca. Las innumerables relaciones comerciales de los mercaderes de la Corona de Aragón hicieron necesario una temprana regulación de las actividades marítimo-comerciales.

Como antecedentes legales del *Llibre del Consolat del Mar* podemos hacer referencia a algunos textos de carácter jurídico-marítimo, como fueron las *Ordenanzas de Ramón de Berenguer de IV*, datadas en el año 1150, pero cuyo contenido se centraba en el ámbito militar. También podemos aludir a los *Furs Vells* (usos viejos) de Valencia del año 1240. Por último, las *Costums de Tortosa*, en este caso no se trataba propiamente de una compilación propia de Derecho Marítimo, sino más bien, era una recopilación de normativa de carácter local, pero al ser Tortosa una ciudad costera muy vinculada al comercio, sus propias Ordenanzas locales se preocupaban de cuestiones relativas al tráfico marítimo de forma tangencial.

Por lo que respecta al análisis del *Llibre del Consolat del Mar*, en primer lugar, conviene aclarar que a los consulados en sus orígenes solamente podían

¹¹⁶ Ob.cit. FLORES DÍAZ, MANUEL. “*El mar, fuente de Derecho en la España Medieval. Expansión comercial y desarrollo legal. Siglos XI-XIII*”. Pág.59

pertenecer aquellos que se dedicaban actividades comerciales en el ámbito marítimo. A partir del siglo XIV, los consulados comenzaron a aceptar que formaran parte los mercaderes establecidos en tierra. De este modo los consulados que actuaban también como tribunales, pasaron a ser tribunales mercantiles generales, que resolvían los litigios de acuerdo con el derecho consuetudinario anterior a la formación del derecho mercantil. El consulado como tribunal especial era muy ventajoso para el comercio marítimo, porque los juicios eran breves y orales, pero en fase de apelación se ralentizaba el proceso, porque tenía que resolver un juez nombrado por el rey, y de acuerdo con el derecho común.

No será hasta los mediados del siglo XIV donde se decidió dar una nueva orientación a los consulados. En ciudades como Valencia, el monarca Pedro IV otorgó una serie de privilegios, que se recogieron en el “*Orde Iudiciari*” del *Llibre del Consolat del Mar de Valencia*¹¹⁷, de este modo: “*los cónsules podían dictar sentencia, cuando en las normas escritas «Costum del Mar » no había solución aplicable debían acudir al consejo de los prohombres [La definición de prohombre es: En los gremios de los artesanos, veedor o maestro del mismo oficio, que por su probidad y conocimientos se elegía para el gobierno del gremio¹¹⁸] del mar y de los prohombres de mercaderes. Si ambos consejos no opinaban lo mismo prevalecía siempre el acuerdo tomado por los prohombres de la mar, ya que el consejo de mercaderes era una « práctica nueva »”.*

En 1343 y 1347 respectivamente, Pedro IV creó los consulados de Mallorca y Barcelona, posteriormente se procedió a la unificación de los tres consulados. Para los actos de jurisdicción marítima, se contaba con un texto escrito, el denominado “*Llibre del Consolat del Mar*”. El texto surge en sus orígenes como una recopilación del derecho consuetudinario, los usos y costumbres que habían regulado la vida de los hombres y mujeres vinculados al mar. De este modo, puede entenderse el *Llibre del Consolat del mar* como una unión de las denominadas “*Costums de la mar*”. En un primer momento, es un texto redactado en latín, que posteriormente se fue traduciendo, colaborando la imprenta notablemente en su difusión. El texto pervivió durante décadas, en Cataluña, por ejemplo, el “*Llibre del Consolat del Mar*”, estuvo vigente hasta que en 1829 se promulga en primer código de comercio.

¹¹⁷ Ob.cit. PESET, MARÍANO y otros autores. “*Historia del Derecho*”. Pág.156.

¹¹⁸ Disponible en: www.rae.es.

En relación a la carga y descarga de las mercancías podemos encontrar numerosas referencias en el *Llibre del Consolat del mar*, para ello seguiremos la traducción de JUAN RAMÓN PARELLADA¹¹⁹ :

- *“CAPÍTULO LXXIII. SOBRE LA CARGA Y DESCARGA DE LOS BUQUES. Sépase además que el patrón ha de mandar cargar y descargar las mercancías si así lo pactó con los mercaderes; pero si no lo tiene así convenido, deben los mercaderes concertar la carga y descarga con los marineros siempre que se encuentren en lugar despoblado”*.

De este modo podemos observar que las labores de carga y descarga, en principio, eran independientes dentro de la propia actividad comercial marítima. No existía la obligación de que el patrón de la embarcación se encargara de estas funciones, sino que eran los propios mercaderes los que debían hacerse cargo.

- *“CAPÍTULO LXXIV. A QUÉ ESTÁN O NO OBLIGADOS LOS MARINEROS AL CARGAR. Pero los marineros están obligados a recibir los géneros en la escotilla, y no a estibarlos, si el patrón no lo prometió a los mercaderes; y si lo prometió, tendrá entonces que ponerse de acuerdo con los marineros, si acceden éstos a ello; pero si se halla en lugar despoblado y no se encuentran faquines ni hombres que lo hagan por dinero, están los marineros obligados a cargar y a descargar. Y se les debe retribuir de acuerdo con lo que el naochero entienda que deberían cobrar los que efectuaran la carga o la descarga. Y se hizo este capítulo para que ni el patrón, ni los mercaderes puedan perder su viaje. Pero si hay hombres que carguen y descarguen por dinero, no deben hacerlo los marineros”*.

Este capítulo es sumamente interesante, por la cantidad de información relativa a las labores de carga y descarga que puede encontrarse. De nuevo se insiste, en que es una cuestión que debía pactarse de forma independiente entre el patrón y los mercaderes; así el patrón se encargaba de las labores relativas a la carga y descarga de las mercancías. Pero es que además, se debía consultar a los

¹¹⁹ *“Libro del Consulado del Mar.”* Traducción de JUAN RAMÓN PARELLADA. Madrid. Ministerio de Asuntos Exteriores. Dirección General de Relaciones Culturales. 1955.

marineros de la propia embarcación si estaban interesados en hacer estas labores, lógicamente recibiendo una remuneración extra a su salario. Pero probablemente, en este capítulo encontramos una de las referencias más importantes, en relación a los servicios de estiba y desestiba, en tanto que, si no es posible disponer de personal dispuestos a las labores de carga y descarga, los *marineros* estaban obligados a cargar y a descargar, para preservar la actividad tanto de patrones como mercaderes. De este modo, se muestra la importancia que estas labores han tenido tradicionalmente en el tráfico marítimo mercantil.

- *“CAPÍTULO LXXV. DE LOS ESTIBADORES Y DE LAS PROVISIONES QUE EL MERCADER EMBARQUE EN LA NAVE. Debe además el patrón proporcionar a los mercaderes hombres que sepan estibar, si la nave estiba sobre traviesas; pero los mercaderes han de pagarles y el patrón está obligado a transportar al mercader su equipaje, cofres y la cantidad de víveres que le sea suficiente. Pero si éste, o alguien por él, quiere embarcar víveres o alguna otra cosa para revenderla entre la tripulación, debe pagar fletes a la nave”.*

En algunos casos en circunstancias determinadas, como en este caso donde la nave estiba sobre traviesas, el propio patrón debía encargarse de proporcionar el personal idóneo para este cometido, lo que nos da una idea del grado de especialización que existía para determinadas labores en el entorno portuario. Por último, algunos otros ejemplos, aludían a las condiciones de descarga de las naves por parte de las barcas. En el caso concreto del puerto de Barcelona¹²⁰, se puede analizar como se hacía hincapié en la “*deserción*” de los marineros de los barcos para evitar problemas de salud pública, por la proliferación de epidemias.

Como conclusión, sobre la regulación de la materia durante la Edad Media, es importante recalcar la trascendencia del “*Llibre del Consolat del Mar*”, esencialmente, por su vasta implantación geográfica, debido al gran número de consulados que proliferaron en la Europa medieval en las ciudades costeras. No

¹²⁰ Ob.cit. FLORES DÍAZ, MANUEL. “El mar, fuente de Derecho en la España Medieval. Expansión comercial y desarrollo legal. Siglos XI-XIII”. Pág. 143. “ Item: ordinamus quod aliquis dominus grundule vel barche non ausus sit abstrahere, quousque dicta navis vel lignum sint discarricata et saorrata et usque dicta barcha sit discarricata et si contra predicta facerint, teneantur dare quinque solidos pro pena pro unoquoque Marinario, quem abstraxissent de navi del ligno”.

obstante, el denominador común a toda la normativa relativa al tráfico marítimo, efectuada durante esta época en Europa, era el establecimiento de un marco regulador que posibilitara que todas las actividades mercantiles se realizaran de forma segura y pacífica. Sin olvidar, el afán recaudador que todas las Autoridades públicas encontraron al normalizar la actividad marítima.

2.4 El Derecho marítimo mercantil de la Edad Moderna.

Los inicios de la Edad Moderna se sitúan a finales del siglo XV. El hito más importante que marcará esta época fue el descubrimiento de las Indias Occidentales en 1492, y consecuentemente, dio lugar a nuevas vías comerciales hacia el Atlántico. A raíz de este aumento del tráfico marítimo se produce una mayor intervención por parte de los poderes públicos, dada la consolidación de las monarquías absolutas en diferentes países de Europa.

En el caso particular de nuestro ordenamiento jurídico, y en el caso concreto del estudio que nos ocupa, algunos autores¹²¹ consideran que durante esta época “*la administración portuaria comienza a sentar sus columnas básicas*”. En general, durante la Ilustración se crean las grandes instituciones jurídicas que sustentarán las Administraciones Públicas, y que en muchos casos perduran en la actualidad.

Por lo que se refiere a los servicios de estiba y desestiba portuaria, el panorama hasta la Edad Moderna, seguía siendo que la carga y descarga de las embarcaciones se realizaba en el mar, a través de barcazas que llevaban las mercancías hasta la orilla, debido a que la inmensa mayoría de los muelles portuarios no contaban con instalaciones que permitieran el amarre de los buques. La razón fundamental de esta deficiente infraestructura portuaria, se centraba principalmente en el desinterés que había mostrado tradicionalmente el Estado en su mantenimiento, debido a que los puertos únicamente tenían, o bien, una finalidad militar, o bien una finalidad recaudatoria, con el gravamen aduanero que se realizaba sobre la entrada y salida de mercancías.

En la mayoría de los casos eran además las autoridades locales las encargadas de su mantenimiento dada la falta de recursos. Los puertos españoles estaban en unas condiciones muy precarias, y prácticamente, no se realizaba ningún tipo de

¹²¹ Ob.cit. COSCULLUELA MONTANER, LUIS. “*Administración Portuaria*”. Pág. 37.

obras¹²². En resumen, durante esta época y hasta finales del siglo XVIII, los entes locales son los gestores de la actividad portuaria, prestando los servicios portuarios necesarios para el tráfico marítimo, en unas condiciones muy deficientes.

En el plano normativo durante la Edad Moderna, como ya ha quedado expuesto, la actividad comercial portuaria, se regía por normas locales de carácter consuetudinario, estando las funciones de control, en la mayoría de los puertos europeos, en manos de los gremios marítimos de agrupaciones de trabajadores de diversos sectores. Por lo tanto, se puede decir que la regulación de la materia era muy diversa, debido en gran medida, a que no existía una normativa general. Cada puerto podía dictar su propia normativa, contenida tradicionalmente en las Ordenanzas, para regular las cuestiones relativas al funcionamiento de la actividad portuaria.¹²³

Es importante analizar que una de las finalidades que persiguieron las monarquías absolutas fue, precisamente, el intento por imponer sus propias normas exclusivas, dotando a diversas materias de una única regulación y tratando de reducir otras fuentes del derecho. En el ámbito mercantil, la costumbre fue perdiendo valor a medida que la legislación regía o el derecho común de estos siglos se compilaba

¹²² TRIAS PRATS, BARTOMEU. “*El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*”. Iustel. 2011. Pág. 42, citando en la nota a pie de Página nº 11, el ejemplo del puerto de Cartagena comentado en DE ALZOLA Y MINONDO, PABLO y BONET CORREA, ANTONIO. “*Historia de las Obras públicas en España*”. Ediciones Turner. Madrid. 1979. “El desinterés del Estado mostrado por las obras portuarias y, en general, por las obras públicas hizo que el sostenimiento de éstas quedara mayoritariamente en manos de los insuficientes recursos locales, que se vieron del todo desbordados e incapaces para hacer frente económicamente a la colosal tarea que exigía en España la modernización de las infraestructuras”.

¹²³ *Íbidem*. Pág. 53. “No faltaron tampoco en aquel momento las Ordenanzas de gremios y corporaciones del comercio que contuvieron previsiones referidas tanto a la policía del tráfico portuario como al régimen de las actividades de prestación de servicios en los puertos” citando en la nota a pie de Página nº 42 algunos ejemplos “Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 (Ordenanzas de la Universidad y Casa de Contratación de la Muy Noble y Muy Leal Villa de Bilbao, aprobadas por Felipe V)”.

En concreto, las Ordenanzas Generales del Consulado de Bilbao de 1737, en su capítulo XVIII disponía respecto a la distribución de la carga: “*Tampoco podrá Capitán o Maestre alguno poner sobre la cubierta de su navío Mercaderías, ni otra cosa, sea por flete, u de propia cuenta, ni de sus Marineros, sino que siempre la deberán dexar libre, y franca, para las maniobras necesarias, que pueden ofrecerse durante la navegación; y solo podrá llevar el Bote en su debido lugar, y los palos de respeto en donde no embaracen; ya sea en el Portaló de Popa á proa, ó ya en medio del Navío asegurados, y trincados; pena de que los daños, y Averías, que por lo contrario resultare haverse ocasionado, será de su cuenta, asimismo á beneficio de la Ria, y de todos los daños y faltas, que por ello se ocasionaren, así en el Navio, como en su carga*”.

en textos escritos y abarcaba todas las parcelas del tráfico mercantil, siendo de este modo más fácil su difusión. Progresivamente, se fueron aboliendo los fueros propios de determinados territorios y sectores, y se impuso una única regulación legal.

La idea que subyace de esta primigenia administración portuaria es que las administraciones locales debían tratar de dotar a sus instalaciones portuarias de los servicios más básicos, entre los que se encontraba la estiba y desestiba de los buques, actividad que hasta ese momento se desarrollaba fundamentalmente por los gremios. Así pues, nos encontramos con una incipiente consideración, por parte de las autoridades públicas, sobre la necesidad de regular el establecimiento de determinados servicios básicos en el entorno portuario, garantizando su correcto funcionamiento, y asegurando los intereses comerciales y de abastecimiento, pero cuya ejecución seguía estando en manos de la iniciativa privada.

2.5 El tráfico marítimo durante la Ilustración.

En 1789 tiene lugar la Revolución Francesa, este acontecimiento no solo afecta a Francia, sino que hace tambalearse a las viejas estructuras sociales que habían perdurado en toda Europa. Tal y como señala *Tocqueville*¹²⁴, la Europa de siglo XVIII estaba medio destruida, la decrepitud se dejaba ver por todas partes, y la necesidad de un cambio acuciaba a las clases sociales más débiles, entre las que por supuesto se encontraban los trabajadores portuarios¹²⁵, por lo tanto, contextualizar que la situación

¹²⁴ TOCQUEVILLE, ALEXIS. “*El Antiguo Régimen y la Revolución*”. Ediciones Istmo. Madrid. Edición de 2004. Pág. 69. “Los reglamentos de las ciudades se parecen, los campos se gobiernan de la misma manera. La condición de los campesinos se diferencia poco: la tierra es poseída, ocupada, cultivada de la misma manera; el cultivador, sometido a las mismas cargas. Desde los confines de Polonia hasta el mar de Irlanda, el señorío, la corte del señor, el feudo, el censo, los servicios por hacer, los derechos feudales, las corporaciones todos se asemeja. Algunas veces los nombres son los mismos y, lo que es aún más digno de nota, un solo espíritu anima todas esas instituciones análogas. Considero lícito sostener que, en el siglo XIV, las instituciones sociales, políticas, administrativas, judiciales, económicas y literarias de Europa tenían un parecido mayor entre si del que pueden tener hoy día, cuando la civilización parece haber puesto empeño en allanar todos los caminos y en batir todas las barreras”.

¹²⁵ Ob.cit. VAN VOSS, LEX HEERMA y VAN DER LINDEN, MARCEL “*Estibadores: configuraciones 1790-1970*”. Pág. 38. La situación de muchos puertos en Europa no distaba mucho de las precariedades que se vivían en las tierras del interior con los señores feudales, tal y como, muestra la siguiente estampa de los puertos holandeses en el siglo XVIII: “Internamente, como ocurría con los tripulantes de las barcas antes mencionados, los gremios se dividían el trabajo. Es fácil imaginar a los estibadores disponibles jugándose a los dados o peleando por el derecho a descargar un barco. El ganador ofrecería sus servicios al capitán o al comerciante sin la oposición de los otros estibadores. Después, los miembros de un gremio a veces se turnaban para hacer los trabajos, otras veces dejaban decidir a los dados o a la suerte”.

en los puertos evidenciaba, como un ejemplo más, la precariedad de en la que vivía sumida la sociedad del siglo XVIII¹²⁶,

Por lo que respecta a la situación en la España de finales del siglo XVIII, decir que comienza durante este periodo histórico la verdadera intervención pública en el sector portuario; uno de los propulsores de los cambios que acontecieron en esta época fue el Marqués de la Ensenada, al proponer al monarca Felipe VI, la realización de un código ilustrado. Aun a pesar de los intentos que se realizaron no prosperó esta primigenia codificación ilustrada en España¹²⁷:

“Para esta obra –dice Ensenada a Fernando VI- podía formarse una junta de ministros doctos y prudentes que con prolijo examen fuesen reglando y coordinando los puntos de esta nueva recopilación, que podría llamarse el Código Fernandino o Ferdinandino, siendo V.M el que logre lo que no pudo conseguir su augustísimo padre por más que lo deseó, para imitar al gran Luís XIV, cuyo código dio a Francia la justicia que le faltaba”.

Con el reinado de Carlos III (1759-1788) se produce un importante cambio de planteamientos, pasando a manos reales la explotación de los puertos, igualmente, se incentiva la construcción de muelles, dada la importancia que le concede la política de este monarca al sector de los transportes. La intervención pública, normalmente a través de autoridades militares, irá desplazando a los entes locales que tradicionalmente habían gestionado los puertos, y consecuentemente, los gremios también sufrirán una gran pérdida de poder.

La disposición normativa más importante, por lo que se refiere a la administración portuaria, fueron las Ordenanzas Generales de la Armada Naval, que más tarde

¹²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *“La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa”*. Civitas. 2009. Pág. 27 “ Una agitación generalizada en París, y paulatinamente en todo el reino, respalda la actitud resuelta de la Asamblea, ante la cual el Rey concluye por ceder el día 27 de junio aceptando la reunión conjunta de tres Estados, su autoproclamación como Asamblea, e incluso la nueva escarapela tricolor que ha simbolizado todo el movimiento. La sustitución de la soberanía personal del rey, piedra angular de todo el sistema político hasta ese momento existente, por la soberanía de la nación, queda consumada. A partir del 7 de julio la Asamblea Nacional, instalada ya en su nuevo papel, pasará a llamarse Asamblea Nacional Constituyente, titular de lo que Sieyès había llamado el «poder constituyente», el más alto poder imaginable, no afectado por límites, capaz de configurar desde sí mismo toda una estructura política y social radicalmente nueva”.

¹²⁷ Ob.cit. PESET, MARÍANO y otros autores. *“Historia del Derecho”*. Pág. 215.

aún, quedarían rehechas en las Ordenanzas de 1793, con esta normativa el Estado se ocupó principalmente del régimen de navegación.. En el impulso de estas ordenanzas, ya en 1748, también encontramos la figura del Marqués de la Ensenada¹²⁸. La intervención del Estado en la actividad portuaria, igualmente, se vio patente en normas como la Real Orden de 8 de febrero de 1781, en la que se establecieron las reglas que debían observarse en la realización de las obras de los puertos marítimos:

*“teniendo en consideración la importancia de que todas las obras de puertos se ejecuten por facultativos de la marina, para evitar los daños que en otra forma pueden resultar, y se han experimentado ya a mi Real servicio, al tráfico y comercio de mis vasallos, y a los intereses en particular de los pueblos que las costean; he tenido a bien resolver (...) quede absolutamente al cuidado e intervención de la marina la ejecución de las referidas obras de puertos; a cuyo fin, y sin que el mi Consejo dexé de saber la inversión de los caudales propios y Arbitrios”.*¹²⁹

Aun a pesar de esta incipiente intervención del Estado en la ejecución de las obras portuarias, el sufragio de las mismas seguía estando en manos de las autoridades locales, lo que ralentizó la modernización de los puertos españoles, teniendo en cuenta los problemas económicos de las administraciones locales.

Si podemos observar, no obstante, por lo que respecta a los servicios de carga y descarga, que las Ordenanzas preveían, lo siguiente: *“El cargo y obligaciones del Capitán de Puerto son el buen amarradero de las embarcaciones, su buen orden*

¹²⁸ Ob.cit. TRIAS PRATS, BARTOMEU. *“El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales”*. Nota a pie de Página nº 60 “El gran impulsor de las Ordenanzas de 1748, aparecidas durante el reinado de Fernando VI, va ser el Marqués de la Ensenada, como así lo explica F. BORDEJE y MORENCOS « El poder marítimo en la concepción política del Marqués de la Ensenada». CMIHCN nº 2 1989. Pág. 5-21. Estas Ordenanzas, cuyo título exacto es « Ordenanzas para el Gobierno militar, político y económico de Su Armada Naval», van a ser objeto de algunas adiciones posteriores, hasta que finalmente, durante, el reinado de Carlos IV, van a rehacerse en las « Ordenanzas Generales de la Armada Naval sobre la gobernación y Marinera de la Armada en general y uso de sus fuerzas en el mar», de 8 de marzo de 1793.”

¹²⁹ Ob.cit. COSCULLUELA MONTANER, LUIS. *“Administración Portuaria”*. Pág. 46. Desarrollando más extensamente esta cuestión en la nota a pie de Pág. nº 30 “La falta de comunicaciones en esta época era alarmante. Que Carlos III y sus ministros, lo comprendieron así lo indica el Real Decreto de 10 de junio de 1771, en el cual considerando el Rey que los buenos caminos, con algunos canales para el riego y navegación, podían asegurar al Estado todas las comodidades que proporcionaba el continuo y fácil movimiento del comercio interior, mandaba que se continuase por cuenta de la Real Hacienda”

*en cargas y descargas, y relativamente a la policía en general y su seguridad, la limpieza del puerto, su conocimiento cabal, y la dirección en entradas y salidas y de todas las maniobras ocurrientes en él”.*¹³⁰

Así pues, ha sido una preocupación constante, la garantía de los servicios de estiba y desestiba, en tanto que, de ellos depende en gran medida la eficiencia en la gestión portuaria. Con el paso de los años la relevancia de los servicios de estiba se ha mantenido, incluso en estos últimos, dado el auge de transporte marítimo en la economía mundial, se ha visto incrementada. Es por eso, que la presión que puede realizar el colectivo de trabajadores, es muy importante; ningún país quiere hacer frente a una paralización del entorno portuario, dadas las negativas consecuencias que podrían generarse en el contexto de su economía.

3. Los siglos XIX y XX. La época de los grandes cambios para los servicios de estiba y desestiba.

3.1 El entorno portuario durante los siglos XIX y XX.

A partir del siglo XIX se produjeron importantes modificaciones en el trabajo portuario, producidos por la paulatina sustitución de la navegación a vela por la de vapor. Los nuevos buques, con más capacidad y sobre todo con un mayor tránsito, necesitaron de nuevos muelles, así como nueva maquinaria, grúas, elevadores, montacargas, etc. Todas estas innovaciones tecnológicas, que continuaron a lo largo del siglo XX, propiciaron una mecanización del trabajo en el puerto. Podría pensarse que estos avances supusieron un descenso en la mano de obra portuaria, pero fue totalmente al contrario; a principios del siglo XIX la actividad portuaria contaba con numerosos trabajadores desempeñado muy diversos cometidos, principalmente, como consecuencia de que los barcos podían transportar más mercancías, por lo cual, aumentó considerablemente el número de personal que trabajaba en el entorno portuario como estibadores¹³¹.

¹³⁰ *Íbidem*. Pág. 42 citando el art. 1 del Tratado 5º, título VII de las Ordenanzas.

¹³¹ Ob.cit. VAN VOSS, LEX HEERMA y VAN DER LINDEN, MARCEL “*Estibadores: configuraciones 1790-1970*”. Pág. 40. “Los estibadores de Marsella fueron relativamente unos privilegiados a lo largo de la década de 1840 y 1850. Sin embargo, en la segunda mitad de la década de los 50, las innovaciones técnicas anunciaron el final de esta edad dorada. En 1856 comenzó la construcción de unos grandes muelles nuevos, lejos del antiguo puerto y de los barrios obreros adyacentes. Dichos muelles funcionaban con unos medios que ahorraban mano de obra, especialmente, grúas y elevadores hidráulicos de vapor, y recibían a todos los barcos de vapor que

La industrialización de las ciudades dio lugar a un masivo tránsito de trabajadores provenientes del campo hacia las ciudades, de este modo, los inmigrantes fueron una importante mano de obra en las ciudades portuarias del siglo XIX. Este aumento de personal ávido de trabajar, trajo como consecuencia una reducción en los salarios, y una mayor precariedad en las condiciones laborales¹³².

En estas circunstancias los estibadores para conseguir un día de trabajo debían captar la atención de los capataces; esta necesidad, consecuencia de la nueva competencia, dio lugar a una alta especialización como única medida para ser competitivos y hacer atractiva la oferta de personal. Hasta ese momento, la mano de obra portuaria estaba cualificaba a nivel práctico, normalmente no se requería ningún tipo de aprendizaje formal para desempeñar las labores portuarias. Los gremios se dieron cuenta de esta cuestión y comenzaron a establecer una formación básica para obtener la calificación de estibador, por ejemplo en el puerto de Gante¹³³: “*los trabajadores portuarios establecieron un periodo de aprendizaje antes de poder conseguir el grado de maestro. Para llegar a ser miembro del gremio de wijnschroders, uno tenía que hacer un meesterstuk*”. (Traducción literal de *meesterstuk* «obra maestra»; en otras palabras, una tarea al final del aprendizaje para probar que uno es digno de la posición de maestro en el gremio)

La especialización no solo hacía referencia al personal, sino también al tipo de materias primas susceptibles de ser manipuladas en cada puerto, por ejemplo¹³⁴: “*Las materias primas baratas y voluminosas normalmente llenaban barcos*

llegaban a Marsella. Servían a las nuevas compañías de barcos de vapor, de gran extensión y capital. Cuando empezaron a funcionar en 1864, la *Compagnie des Docks* empleó a trabajadores no cualificados, sobre todo inmigrantes italianos y venció decisivamente a la corporación de trabajadores, dando entrada así a una nueva configuración de mano de obra portuaria ocasional en Marsella”.

¹³² *Íbidem*. Pág. 42. “Para conseguir un día de trabajo, el estibador temporal tenía que presentarse en un mercado de mano de obra, donde tenía que captar la atención de un capataz que le contratara para el día. Las buenas relaciones con un capataz o la pertenencia a una cuadrilla con una buena reputación de trabajar duro aumentaban sus probabilidades de ser contratado. Como el trabajo era escaso y los periodos de trabajo alternaban con otros de desempleo, los estibadores tenían que trabajar muchas horas seguidas cuando había trabajo. sólo los trabajadores más privilegiados, miembros de las mejores cuadrillas, podían contar con un empleo permanente, o casi permanente”.

¹³³ *Íbidem*. Pág. 38.

¹³⁴ *Íbidem*. Pág. 50.

enteros, lo cual hacia provechoso cargar en un puerto pequeño cerca del lugar de producción”.

Así pues, gracias a este cambio de planteamientos, potenciando una clara especialización del personal en determinados sectores, las organizaciones de trabajadores pudieron sobrevivir en casi toda Europa durante el siglo XIX y parte del XX. En este periodo comienzan aparecer, también, los primeros sindicatos de trabajadores de carácter local. Su función era similar a la iniciada con los gremios: limitar la competencia de trabajadores, delimitando un número de empleados que pudieran realizar las labores portuarias. Esta idea llevo a muchos sindicatos a convertirse en empresas, cuyo objetivo era organizar a sus trabajadores en el transporte de mercancías. Como ejemplos podemos analizar el caso de los *naties* en Bélgica y de los *vemen* en Holanda. Siguiendo el estudio realizado por LEX HEERMA VAN VOSS y MARCEL VAN DER LINDEN¹³⁵:

“Un puesto como miembro de un «natie» de Amberes llego a ser tan valorado que los trabajadores compraban un puesto en uno de ellos y después intentaban inscribir a sus hijos u otros miembros de la familia. El precio de entrada de los «naties» en Amberes subió diez veces entre el principio del siglo XVII y el final del XVIII. (...). Uno de los privilegios que hacían atractiva la pertenencia a estos grupos era beneficiarse del empleo de personas de fuera y pagarles poco. Incluso en 1860 el puesto en algunos «naties» podía comprarse como inversión y otra persona podía ser empleada para hacer el trabajo real.”

Este tipo de organización también beneficiaba a los comerciantes, dado que, tanto los *naties*, como los *vemen*, se responsabilizaban de las mercancías que tenían a su cargo.

Aun a pesar de los intentos de los gremios tradicionales por mantener la situación, a lo largo del siglo XX la situación se complicó con la aparición de intermediarios que controlaban a los inmigrantes. Los empresarios de los buques querían reducir al máximo los costes de carga y descarga de los buques, por ese motivo en muchos casos querían mano de obra barata. Como era muy difícil que un

¹³⁵*Ibidem.* Pág. 40.

empresario individual contactara con trabajadores, comenzaron a surgir los intermediarios, que se dedicaban a reclutar en las zonas más pobres de la ciudad o en pueblos hombres dispuestos a trabajar en el puerto¹³⁶. Estos intermediarios con el tiempo formaron mafias en torno a los barrios de las cercanías del puerto. Como ya hemos enunciamos al inicio de esta tesis doctoral esta situación fue magistralmente plasmada en la película de Elia Kazan, basándose en el trabajo periodístico de Malcolm Jonson¹³⁷ sobre la situación en los muelles de Nueva York. Como ejemplos se pueden citar cuatro artículos recogidos de la obra de Malcolm y publicados en el “*The New York Sun*” con titulares tan gráficos como estos:

- *The New York Sun. Monday, November 8. 1948. “Mobsters, Linked to Vast Internacional Crime Syndicate, Rule New York Piers by Terror, Reaping Untold Millions”.* (Gangsters, relacionados con el sindicato del crimen internacional, controlan los muelles de New York desde el terror, obteniendo millones).
- *The New York Sun. Wednesday, November 10. 1948. “Annual Cargo Losses From Organizad Thefts Put at \$50 Million”.* (Las pérdidas de cargamento anuales atribuidas a robos organizados se estimaron en 50 millones de dolares).
- *The New York Sun. Thursday, November 11. 1948. “Truckes Being Torced by Tretas to Pay Toll to Loading Racketeers”.* (Los transportistas son obligados bajo amenazas a pagar una cuota a los cargadores mafiosos).
- *The New York Sun. Wednesday, November 17. 1948. “Racketeers Tighten Gripon Piers by Taking Over Truck Unloading”.* (La mafia se asegura el control de los muelles al encargarse de la descarga de camiones).

¹³⁶Ob.cit. VAN VOSS, LEX HEERMA y VAN DER LINDEN, MARCEL “*Estibadores: configuraciones 1790-1970*”. citando en la nota a pie de Página nº 60 la obra de W.H.SEWELL “*Unuven development*” Pág.60. “Cuando escaseaba el trabajo en otros sectores, los trabajadores acudían en masa a los puertos para encontrar trabajo en ellos. En 1916 H.A.Mess informaba en su investigación sobre la mano de obra en los muelles de Londres, donde la demanda era particularmente fuerte en diciembre, enero y julio, pero mucho menos al final del verano. Apuntó ejemplo de trabajo temporal que cruzaba las fronteras de los oficios concretos: «Obreros de la construcción acuden a los muelles en invierno cuando es temporada baja en su propio oficio»”.

¹³⁷ Ob.cit. JOHNSON, MALCOLM. “*On the Waterfront*”.

La situación en Europa era muy similar a la descrita en Nueva York, como ejemplo podemos analizar el caso del Puerto de Hamburgo, donde existía una alta tasa de criminalidad¹³⁸. Ante esta complicada situación, para tratar de paliar la intermediación del crimen organizado, a finales del siglo XIX se constituyeron los primeros sindicatos de trabajadores del puerto de alcance nacional¹³⁹, con el propósito de ser ellos quienes negociaran directamente con las grandes compañías que fletaban los barcos de vapor.

Entre las bazas para negociar con la que contaban los sindicatos de trabajadores, era el hecho, de que el trabajo temporal, si bien era más barato, no aseguraba una **regularidad**, y podían darse situaciones en las que finalmente los trabajadores temporales no se presentaran el día de la carga o descarga del buque, porque habían encontrado una oferta mejor. Los sindicatos también podían ofrecer a las empresas, estibadores cualificados, en contraposición a los estibadores temporales, que generalmente desconocían el oficio. Sin embargo, aun a pesar de estos intentos por regularizar la situación de los trabajadores estibadores portuarios, el trabajo temporal de mano de obra barata fue una constante a lo largo de este periodo, sin que las autoridades públicas realizaran ningún tipo de intervención, pues consideraban que esta era una cuestión que afectaba estrictamente al ámbito privado mercantil.

No será hasta pasada la segunda guerra mundial cuando los gobiernos deciden intervenir en el desarrollo de las condiciones laborales de los muelles. En este periodo tras la contienda, se constata, como ocurre en otros muchos ámbitos de la economía, la necesidad de la intervención pública, y los puertos, en concreto, como ya ha quedado remarcado en anteriores ocasiones, son claves para el desarrollo de la economía de un país. En particular, por lo que respecta a los

¹³⁸ EMSLY, CLIVE. “*Crime History and Histories of crime. Studies in the Historiography of crime and criminal Justice in Modern History*”. L. A. Knafla. 1996. Pág.112.

¹³⁹ HOBBSAWM, ERIC. “*Los sindicatos nacionales en las zonas portuarias*”. (1964) Trabajadores. Estudios de historia de la clase obrera. Critica. Barcelona. 1979. Pág. 215. Trabajo citado por JORDI IBARZ GELABERT “Oficios y cualificaciones en el trabajo portuario. El caos de Barcelona en la primera mitad del siglo XX”. *Historia Social*, nº 45. 2003. Págs. 119-137. “The example of the Hamburg docks underlines the growing stratification of the working class and the efforts of social-democratic working-class organizations to enforce orderliness among their members. With these strategies, the unions tried to gain from employers and city authorities an official recognition in labor disputes. Orderliness in this context meant that high levels of union membership correlated with low levels of criminality on the docks”.

estibadores, las compañías de los barcos navieros abogaron finalmente, por una **estabilización laboral y un control en el trabajo portuario**, dada la trascendencia económica de unas eficientes operaciones de carga y descarga de los buques, y las graves pérdidas económicas que podía ocasionar tanta irregularidad en la ocupación de trabajadores portuarios. Como se analizará a lo largo de esta tesis, esta continua siendo la prioridad de todas las negociaciones entre los sectores implicados: garantizar una estabilidad laboral; beneficiando tanto empresas navieras, autoridades portuarias y lógicamente, a los trabajadores del sector.

La intervención del Estado, tras la segunda guerra mundial, consiguió de este modo garantizar mano de obra cualificada en los muelles, por medio del establecimiento de planes de estabilidad laboral. Consecuentemente, esta estabilidad en el personal estibador facilitó la introducción de la nueva tecnología. Un ejemplo de esto, lo encontramos en el texto de LEX HEERMA VAN VOSS Y MARCEL VAN DER LINDEN¹⁴⁰: *“La estabilización abrió el camino a la introducción del contenedor, lo cual suponía una fuerte inversión, una reducción en el número de estibadores y un cambio fundamental en el carácter del trabajo en los muelles”*.

Por tanto, con los procesos de estabilización laboral, si bien es cierto, que se redujo el número de trabajadores, principalmente, aquellos de más baja categoría y con menos calificación, por el contrario, se consiguió mejorar la actividad portuaria a través de la introducción de nueva tecnología como el uso del contenedor. Hasta que se produjo este cambio, las actividades de carga y descarga, convertían a los muelles en el epicentro de toda la actividad portuaria, la carga se pesaba allí mismo, para después ser empaquetaba, la misma operación se realizaba con la descargar, al tener que desempaquetarse para posteriormente ser desplazada. Con el uso de los contenedores, como unidad de carga, a comienzos de la década de los años 60, todas esas funciones que tradicionalmente se realizaban en torno a la estiba y desestiba de mercancías, desaparecen. Como consecuencia de la contenerización, surge una nueva técnica, el transporte intermodal, que consiste en asegurar un servicio *“puerta a puerta, sin*

¹⁴⁰ Ob.cit. VAN VOSS, LEX HEERMA y VAN DER LINDEN, MARCEL “Estibadores: configuraciones 1790-1970”. Pág. 48.

manipulación de los materiales transportados, De este modo, se podía asegurar que las operaciones de trasbordo de mercancías se realizan de una forma más rápida y más eficaz.

Con estos nuevos planteamientos, el puerto pasa a ser única y exclusivamente una zona de tránsito, lo que posibilita una mayor actividad, dado que, podía realizarse un movimiento continuo de carga y descarga de buques. Debido a esa generalización del uso de los contenedores, en todos los puertos, se hizo necesario acometer una reforma de las instalaciones portuarias para adaptarse a las nuevas condiciones.

Seguidamente, se hará un estudio de la materia en España durante los siglos XIX y XX, mediante el análisis de las reformas de las instalaciones portuarias, su ejecución, financiación y puesta en funcionamiento, dada la necesidad de acotar el objeto de estudio de esta tesis se analizará únicamente el prisma de los puertos españoles. No obstante, por el interés que puede suscitar el análisis del Derecho comparado, de cara a una equiparación, se citarán brevemente algunos supuestos muy concretos, como es el caso de los puertos ingleses, en los que se realizó de forma muy temprana una total liberalización de los servicios portuarios.

Los puertos ingleses habían sido escenario de múltiples huelgas a lo largo del siglo XIX y XX, como ejemplo la crónica que se hacía en España de estas revueltas¹⁴¹:

“Desde hace poco días la huelga de los dockers, de Londres, parece haber tomado un giro desfavorable para los patronos, a los que su propia obstinación hace perder 50 millones por semana. (...). Pero el hecho más notable ocurrido en esta lucha que durante siete meses vienen sosteniendo el capital y el trabajo, es que la Iglesia de Inglaterra, toda ella, ha tomado definitivamente su posición. El Gran Consejo de la Iglesia anglicana, reunido en Westminster ha votado por unanimidad la siguiente orden del día presentada por el Obispo de Birmingham: «Convencido de que el espíritu de malestar que reina actualmente en la vida industrial de Inglaterra es debido al triste deseo que experimentan los trabajadores de

¹⁴¹ Biblioteca Nacional de España. Archivo digital. “El eco de la construcción”.

obtener una mayor estabilidad en el trabajo y mejores condiciones de existencia, el Consejo expresa su ardiente voto de ver todos los hombre de la Iglesia cooperar activamente a la realización de ese justo deseo por todos los medios en concordancia con los principios cristianos y el bienestar de toda la comunidad». Entre los aplausos de la asamblea, el obispo de Winchester declaró que la situación que al presente existe en el puerto de Londres es un escándalo y una vergüenza para la civilización”.

3.2 El servicio de estiba y desestiba en los puertos españoles durante los siglos XIX y XX.

a. Consideraciones generales.

El siglo XIX en España, por lo que se refiere al entorno portuario, está marcado por la creación en 1832 del Ministerio de Fomento General del Reino, el cual propició el nacimiento de una verdadera **Administración portuaria en España**. Con el Ministerio se asumieron por el Estado las funciones propias de la construcción y la administración de los puertos, para ello se tuvo que despojar de competencias sobre la materia a las corporaciones locales, que la habían ostentado tradicionalmente. La intención de acometer una cierta innovación tecnológica como consecuencia de la industrialización que se estaba produciendo en toda Europa, propició que el Estado se diera cuenta que debía acometer directamente las obras necesarias para la modernización del país. JORDANA DE POZAS, divulgó entre la doctrina española al clasificar la acción administrativa, a esta implicación del Estado, como acción de fomento, entendiéndolo por tal, la actuación de la Administración dirigida a promover aquellas actividades que den lugar a la satisfacción de necesidades públicas.

En los siguientes apartados de este trabajo se analizará con más detalle si el servicio de estiba o desestiba entra dentro de los denominados servicios públicos, pero lo bien es cierto, es que en el siglo XIX se acometieron una serie de reformas por parte de las Administraciones públicas que pueden ser consideradas como el germen de nuestro actual sistema portuario.

Esta nueva política requería de innumerables infraestructuras en particular, JAVIER DE BURGOS como ministro del ramo se interesó por promover la

construcción de caminos y canales, pero también prestó atención a los puertos. En concreto, con la Ley de Presupuestos de 26 de Mayo de 1835, las competencias de las obras portuarias pasaron del Ministerio de la Marina, a la Dirección de Caminos, Canales y Puertos dependiente del citado Ministerio de Fomento¹⁴².

La actuación del Ministerio de Fomento se instrumentalizó a través de las llamadas Juntas de Obras¹⁴³ con funciones administrativas y de gestión, en cuya composición estaban representadas la Dirección General de Obras Públicas, las Cámaras de Comercio y las asociaciones de navieros. Con el tiempo este mecanismo no supuso más que una descentralización de la Administración del Estado, en congruencia con los principios que inspiraron la política relativa a los bienes demaniales, tal y como, señala SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER¹⁴⁴: “*la facultad de administrar los bienes de demanio estatal, responde siempre, en última instancia, a una misma fuente: el Estado. Y tal administración sólo puede llevarse a cabo por el Estado mismo o por otra entidad en su nombre*”.

Entre la normativa más destacada de la época podemos referirnos al Real Decreto de 17 de diciembre de 1851 (al que posteriormente siguió un Reglamento de ejecución de 30 de enero de 1852), en él se puede ver como se estableció una diferenciación entre los puertos españoles en dos categorías: los de interés general y los de interés local¹⁴⁵. En los primeros la gestión correspondía en exclusiva a la Administración general del Estado.

¹⁴² DEL MORAL RUIZ, JOAQUÍN. “*Estado y territorio en España, 1820-1930: la formación del paisaje nacional*”. (Coords. Juan Pro Ruiz y Fernando Suárez Bilbao). Los libros de la Catarata. 2007. Pág. 297.

¹⁴³ Ob.cit. COSCULLUELA MONTANER, LUIS. “*Administración Portuaria*”. Pág. 49. “Su origen era muy anterior y había constituido una de las fórmulas clásicas de colaboración entre la administración estatal y la local. Hasta esta época, sin embargo, dicha colaboración se limitaba fundamentalmente, por parte del Estado, a las aportaciones financieras o la fijación de tributos adscritos a la construcción de obras”. Mas en detalle la nota a pie de Página nº 34 aporta un ejemplo concreto relativo al Puerto de Barcelona: “Así, la primera Junta del puerto de Barcelona puede considerarse compuesta por cinco Consellers y 18 prohombres elegidos por el Consell de Cent en base al Privilegio del Rey Alfonso V, de 8 de diciembre de 1438. Esta Junta se organizó en 1477. Sin embargo, la primera Junta que integro representantes de la Administración del Estado, de la Ciudad y del Comercio se creo en 1742”

¹⁴⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN. “*De las Administraciones autónomas de las aguas públicas*”. Universidad de Sevilla. Instituto García. Oviedo.1960. Pág. 38

¹⁴⁵ Ob.cit. DEL MORAL RUIZ, JOAQUÍN. “*Estado y territorio en España, 1820-1930: la formación del paisaje nacional*”. Pág. 297.

La red portuaria de la época en España contaba con 140 puertos, aunque la mayoría del tráfico se concentraba en: Barcelona, Gijón, Bilbao, Cádiz, Avilés, Valencia, Sevilla y Santander¹⁴⁶. El tráfico marítimo de estos puertos todavía en 1875 era de barcos de vela, estos representaban más del 80%, pero hacia 1882 los barcos de vapor superaron en tonelaje a los barcos de vela, tal y como, había ocurrido anteriormente en otros puertos Europeos. A finales del siglo XIX el uso de la navegación a vapor se generalizó, y como consecuencia, se acometieron obras portuarias como la construcción de nuevos muelles, diques, dársenas, y faros, de gran importancia estos últimos para favorecer un buen sistema de señalización marítima de las costas. Un ejemplo de la precariedad de las instalaciones portuarias, es precisamente, que durante los siglos XVI-XVII el sistema de iluminación en los puertos españoles consistía en el uso de fogatas de leña encima de las torres cercanas a la costa.

Por lo que se refiere propiamente a los trabajadores portuarios, durante los primeros años del siglo XX se va producir un importante cambio: el abandono progresivo del modelo gremial. El periodo anterior había estado caracterizado por un bajo nivel tecnológico, una oferta de trabajo con poca mano de obra y consecuentemente unas remuneraciones altas. Por el contrario, a lo largo del siglo XX se produjo un cambio de modelo como consecuencia del aumento de la mano de obra dispuesta al trabajo portuario, además de un gradual avance en la mecanización del trabajo, provocando una bajada en los salarios¹⁴⁷.

Historiadores como JORDI IBARZ GELABERT han analizado el trabajo de los estibadores, en concreto en el entorno del puerto de Barcelona, durante la primera mitad del siglo XX, la situación se puede extrapolar a otros pueblos españoles, las características principales del trabajo de carga y descarga eran la irregularidad en el empleo y la especialización¹⁴⁸:

“La irregularidad en la ocupación, resultado directo de la discontinuidad del tráfico marítimo, era acentuada por la escasa mecanización existente.

¹⁴⁶ “Estadísticas Históricas de España. Siglos XIX-XX”. 1989.

¹⁴⁷ IBARZ GELABERT, JORDI. “Oficios y cualificaciones en el trabajo portuario. El caos de Barcelona en la primera mitad del siglo XX”. Historia Social, nº 45. 2003. Pág. 121.

¹⁴⁸ IBARZ GELABERT, JORDI. “Disciplina, rendimiento, resistencia y acomodación. Los estibadores portuarios de Barcelona en la II República y el primer Franquismo (1930-1947). Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 3. Editorial Complutense. Madrid. 1993. Págs. 51-63.

Los periodos de inactividad se alternaban con otros de demanda extraordinaria de mano de obra a la llegada de los barcos. (...) El crecimiento del volumen del tráfico marítimo facilitó su especialización y por ende la de las tareas de carga y descarga. A la vez que los distintos muelles eran dedicados con exclusividad al tráfico de determinadas cargas, también aparecieron patronos y trabajadores especializados en determinadas mercancías, como en el carbón, la madera o el algodón y otros que contrataban y realizaban tareas específicas, los de a bordo o los de tierra.”

Ante esta situación para los trabajadores, dado que no existían sistemas de previsión social, la reserva de puesto de trabajo era la manera más habitual de garantizar un nivel regular de ingresos a partir de un trabajo único en el entorno portuario, en esta época se empezaron los intentos por la implantación del **sistema de turnos rotatorios**¹⁴⁹. Consecuentemente, esta situación producía numerosos conflictos, que aun se recrudecían más en situaciones de escasez de trabajo, no se debe olvidar que entorno a los años treinta se produce una gran depresión económica internacional.

b. El caso particular de las huelgas de estibadores del Grao de Valencia durante el siglo XIX.

Estos cambios en el tráfico marítimo fueron trascendentales para el servicio de estiba y desestiba, desencadenándose en los puertos españoles idénticas situaciones a las descritas en el apartado anterior en relación a los puertos europeos, produciéndose numerosas revueltas de trabajadores. Un ejemplo bien documentado es la Huelga de estibadores del Grao de Valencia, en Noviembre de 1842¹⁵⁰, por la repercusión que tuvo en la época un bloqueo en el comercio marítimo.

Los estibadores del Grao formaban parte del Gremio de Mareantes de San Telmo, que ostentaba un privilegio exclusivo, para que solamente sus miembros pudieran

¹⁴⁹ *Íbidem*. Pág. 53. “El más ostensible de los conflictos planteados en el Puerto de Barcelona en la década de los treinta fue la lucha por la implantación del turno rotatorio de trabajo, procedimiento considerado por la mayoría de los estibadores como el mejor sistema para solucionar el problema generado por la escasez de trabajo existente. De acuerdo con esta norma, no se permitía la contratación de ningún trabajador hasta que no hubiesen trabajado todos los demás”.

¹⁵⁰ ORTEGA DE LA TORRE, EDUARDO. “*En torno a los orígenes del movimiento obrero en Valencia: La huelga de los estibadores del Grao en noviembre de 1842 y sus antecedentes*”. *Estudis D’Història Contemporània del País Valencià*. Facultat de Geografia i Història. Universitat de Valencia, nº 8. 1990. Pág. 133-158.

efectuar las labores de carga y descarga de los barcos que llegaban hasta el puerto de Valencia, pero en 1834 el Ministerio de Fomento aprobó un Real Decreto por el que se extinguían “*las asociaciones gremiales destinadas a monopolizar el trabajo*”. De este modo, los comerciantes podían libremente contratar el personal que consideraran necesario para las labores de carga y descarga. Aun así, el Gremio de San Telmo continuó aplicando su privilegio e impidiendo el ejercicio libre de la actividad. Ante esta situación la Junta de Comercio presentó una reclamación formal ante el Gobierno Civil¹⁵¹, alegando que no existía justificación para el mantenimiento de privilegios de la época medieval, en un contexto de liberalización de estos servicios en casi toda Europa tal y como propugnaba la revolución burguesa.

Tal y como señala el estudio de EDUARDO ORTEGA DE LA TORRE, es muy difícil conocer los entresijos de la Cofradía de San Telmo, porque prácticamente no existen estudios, así que, el propio análisis de este autor se remite al trabajo de CAVANILLES¹⁵² sobre la sociedad valenciana de la época, para hacer una analogía con la situación de los estibadores del Grao. El contexto era una situación económica muy precaria, donde los portuarios veían como su único medio de subsistencia radicaba precisamente en las barcas, que utilizaban, tanto para pescar, como para el negocio de la carga y descarga de barcos. De este modo, el hecho de que la cofradía ostentara el monopolio de la actividad portuaria, cobrando un arancel a los comerciantes, garantizaba una fuente de ingresos fija, al contrario que la pesca.

La conclusión que expone el trabajo de EDUARDO ORTEGA DE LA TORRE, es que existían claramente dos visiones confrontadas, mientras por un lado, los comerciantes (miembros de la burguesía) abogaban por una total liberalización de la actividad portuaria, pudiendo fijar el arancel de salarios según la disponibilidad

¹⁵¹ “*Informe de la Real Junta de Comercio por mayor de Valencia de 6 de marzo de 1834*” incluido en el Expediente para la extinción de la Cofradía del Barco y de San Telmo de El Grao, instado por varias compañías y comerciantes de Valencia al considerar abusivos los aranceles y el monopolio que impone en los trabajos de carga y descarga de buques del puerto. Localizable en el Archivo de la Diputación Provincial de Valencia (ADPV), Sección Industria y Comercio (1834-35), Expediente E-10174, Leg. 8. (Olim. E-10, Leg.4), folio 2. Citado por EDUARDO ORTEGA DE LA TORRE, *Íbidem*.

¹⁵² CABANILLES y PALOP, ANTONIO JOSÉ. “*Observaciones sobre la historia natural, geografía, agricultura, población y frutos del Reyno de Valencia*”. Imprenta Real. Madrid. 1795. Citado por EDUARDO ORTEGA DE LA TORRE, *Íbidem*.

de mano de obra. No debemos olvidar, que al igual que ocurría en el resto de puertos europeos, era muy sencillo encontrar trabajadores inmigrantes de las zonas rurales, dispuestos a trabajar por un salario inferior. En cambio, los estibadores del *Grao* luchaban por el mantenimiento de ciertos monopolios como única manera de asegurar una cierta seguridad económica. Por lo tanto, es fácil entender que no es que los estibadores lucharan contra el progreso, solo defendía el mantenimiento de sus precarias economías, cosa que por otro ha estado detrás de todas las reivindicaciones laborales desde la industrialización. No se debe olvidar que en lo político, esta situación se produce en un contexto donde el proletariado, entre los que evidentemente podemos encuadrar al colectivo de estibadores, defendía sus propios postulados, primordialmente, evitar la proletarización de su oficio, y modo de subsistencia durante años.

Finalmente, tras años de resistencia, que dieron lugar a importantes pérdidas económicas a los empresarios que pretendían operar en el puerto de Valencia, los estibadores se vieron obligados a ceder, ante la imposibilidad de medios para subsistir, y el previsible uso de la fuerza que podían ejercer las autoridades públicas. El Gremio de estibadores del *Grao* se vio obligado aceptar un sistema de matrícula, por el que los estibadores debían inscribirse en la Junta de Comercio: *“hasta el número de cien individuos, a quienes o se les señalará un diario por su servicio, o se les asignará todo el producto de la carga o descarga sin descuento alguno, y a cuya disposición se dispondrán las barcazas y demás efectos del extinguido gremio”*.¹⁵³

Así pues, los componentes del Gremio de estibadores perdieron el control sobre la cantidad que debía cobrarse por el trabajo realizado, y la exclusividad, consecuentemente, el aumento del número de personas dispuestas para el trabajo portuario hizo que los comerciantes bajaran los aranceles. Estos cambios han sido una constante en el entorno portuario, cuando se ha perdido la capacidad de negociar como colectivo, las condiciones laborales se han visto alteradas, ocasionando una pérdida de status a los trabajadores.

¹⁵³ Ob.cit. ORTEGA DE LA TORRE, EDUARDO. *“En torno a los orígenes del movimiento obrero en Valencia: La huelga de los estibadores del Grao en noviembre de 1842 y sus antecedentes”*. Pág. 154.

c. La huelga de los obreros en el Puerto de Alicante. 1932.

La Tesis Doctoral del profesor SALVADOR FORNER MUÑOZ¹⁵⁴ recoge el ejemplo de la huelga que se produjo en el puerto de Alicante, con trascendencia para todos los sectores de la economía alicantina. La huelga se ocasionó como consecuencia de la reivindicación de los obreros portuarios de mejoras laborales, un jornal diario y garantías de jubilación. Se inició el 29 de febrero de 1932 y afectó a todo el personal de carga y descarga, la primera consecuencia fue que muchos buques abandonaron la escala de Alicante y buscaron otros puertos. Esto supuso para los representantes del comercio y la industria grandes pérdidas. La Tesis señala un ejemplo de cómo la prensa local de la época recogió el sentir de la burguesía republicana (El Luchador 4 de marzo de 1932):

“El puerto es la vida de Alicante, cerrado el puerto, el comercio y la industria será cosa muerta. Nadie tiene derecho a segar de esta manera la vida de una población que quiere vivir, que no cometió otro delito, si acaso, que ser demasiado considerada para todos.

Consideramos que con un poco de seriedad se puede llegar inmediatamente a reanudar las actividades del puerto indispensables para que no se agoten las energías industriales que ya agonizan. Puede muy bien en nuestro concepto- un concepto sereno y patriótico- volverse el trabajo, mientras una junta o comisión arbitral, busca la armónica solución que satisfaga a todos”.

La Cámara de Comercio abogaba por liberalizar la contratación y el trabajo en el Puerto como única medida para solucionar el conflicto. Finalmente tras días de huelga se llegó a una solución consensuada entre las partes, se fijó un salario diario, así como un proyecto de jubilación para todos los trabajadores mayores o incapacitados.

3.3 El régimen jurídico de los servicios de estiba y desestiba durante los siglos XIX-XX.

La situación descrita con los estibadores en los puertos valencianos fue una constante en muchos puertos europeos a principios del siglo XX. Se produjo una

¹⁵⁴ FORNER MUÑOZ, SALVADOR. Tesis Doctoral de la Universidad de Alicante 1980. “Industrialización, clase obrera y movimiento obrero en Alicante. 1932-1936”. Págs. 441-445. Disponible en: www.ua.es.

fuerte oposición de los trabajadores portuarios a la pérdida de sus tradicionales modos de vida. Ante este escenario las autoridades públicas se vieron obligadas a intervenir para evitar un colapso en el tráfico marítimo. El mecanismo más utilizado, tal y como, se describe en el caso valenciano, fue el establecimiento de registros donde debían inscribirse todos aquellos trabajadores portuarios que quisieran desempeñar su trabajo en el puerto¹⁵⁵.

La significación de esta intervención estatal trajo varias consecuencias, en primer lugar, dio lugar a un reconocimiento de las diferentes categorías laborales dentro del trabajo portuario, asimismo, sirvió también, para estabilizar la oferta de mano de obra en toda Europa¹⁵⁶. Solamente, aquellos que estaban inscritos podían desempeñar las labores de carga y descarga. Se consiguió que descendieran las mafias que intervenían para facilitar mano de obra barata; como ejemplo el puerto de Alicante, en 1993 se contabilizada en torno a 1300 trabajadores portuarios dispuestos a trabajar, pero solo había trabajo diario para unos 400.

En particular por lo que respecta al servicio de estiba y desestiba portuaria a lo largo del siglo XIX, no encontramos ninguna normativa exclusiva sobre la materia¹⁵⁷, dado que, se consideraba que estas actividades afectaban únicamente a la esfera de lo privado. Las operaciones de carga y descarga se realizaban generalmente, como ya se ha expuesto, por el personal de los gremios, que eran los encargados de estipular las retribuciones que debían pagar los mareantes.

¹⁵⁵ IBARZ GELABERT, JORDI. “Oficios y cualificaciones en el trabajo portuario. El caos de Barcelona en la primera mitad del siglo XX”. *Historia Social*, nº 45. 2003. Pág. 121. “Así, se establecieron registros donde debían estar adscritos todos aquellos que deseaban trabajar en los puertos y además se realizó una clasificación de los trabajadores portuarios en función de determinadas categorías profesionales. Entre los años 20 y 30 del siglo XX, los gobiernos fascistas europeos protagonizaron dicha regulación, realizada por motivos militares, económicos e ideológicos. Así, fue bajo regímenes de este signo cuando se estableció esta normativa en Italia, Alemania, Francia, Grecia y España.

¹⁵⁶ MANKELOW, ROY. “*The port of London. Port Report*”. *Comparative International History of Dock Labour*. Conference at the International Institute of Social History. Amsterdam. 13-15, November. 1997. En la Nota a pie de Página nº 13 se da el siguiente dato: “Así, se calcula que hacía finales del siglo XIX más de 22.000 hombres buscaban trabajo diariamente en los muelles de Londres cuando solo existía ocupación regular para unos 16.000”.

¹⁵⁷ NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL “*Régimen jurídico-administrativo de los puertos*”. Marcial Pons. 2000. Pág. 231 “En definitiva, no encontramos en el siglo XIX normativa que discipline de manera directa la prestación del servicio de estiba y desestiba, en paralelismo con otros países como Italia, país en el que, como ha dicho LAURIA, va a resultar decisiva, ya en el presente siglo, en orden a la regulación y ordenación del servicio de carga y descarga la acción de los sindicatos en defensa de los intereses de los trabajadores portuarios”. [La referencia citada es F. LAURIA “*Le compagnie portuali nel Diritti interno e Comunitario*”]

Las únicas normas relativas a la cuestión se refieren al establecimiento de gravámenes sobre la actividad: al realizar las operaciones de carga y descarga se debían pagar por los barcos los *impuestos de fondeadero y carga y descarga*¹⁵⁸, creados por el Real Decreto de 17 de diciembre de 1851.

Estos impuestos tenían una clara vocación recaudadora para la financiación del mantenimiento y conservación de las instalaciones portuarias. Por lo que respecta al impuesto de *fondeadero*, suponía un gravamen sobre el tonelaje desembarcado en puerto. De otro lado, el impuesto de *carga y descarga*, se aplicaba a los barcos del siguiente modo: “*por quintal de efectos cargados o descargados, pagando el doble los buques extranjero que los nacionales. Se reconocía así el llamado «derecho preferencial de bandera» a los barcos españoles, consolidando una pauta aduanera de tipo proteccionista, acorde entonces con la defensa de los intereses comerciales e industriales nacionales*”¹⁵⁹.

No será hasta la promulgación de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, donde por primera vez se pueda observar una verdadera ordenación del servicio, declarando expresamente, que las labores de carga y descarga de los buques constituyen un **servicio público de titularidad estatal**. En concreto, el Art. 22 de la Ley disponía:

“El servicio de los puertos se divide en dos clases: una que se refiere al movimiento general de embarcaciones, entradas, salidas, fondeo, amarraje, atraque y desatraque en los muelles, remolque y auxilios marítimos, la cual compete a la Autoridad de Marina; otra que comprende la ejecución y conservación de las obras, edificios, las operaciones de carga y descarga en los muelles, la circulación sobre los mismos y en su zona de servicio, y todo lo que se refiere al uso de las diversas obras destinadas a las operaciones comerciales del puerto, que compete al Ministerio de Fomento”.

La justificación para adoptar tal medida está en la importancia que definitivamente se le otorgó a estas operaciones portuarias, valoradas en el

¹⁵⁸ MARTÍNEZ-ALCUBILLA, MARCELO. Voz “Puertos” en Diccionario de la Legislación española, tomo IX, 5ª. Ed. Madrid. 1894.

¹⁵⁹ Ob.cit. DEL MORAL RUIZ, JOAQUÍN. “Estado y territorio en España, 1820-1930: la formación del paisaje nacional”. Pág. 297.

conjunto del tráfico portuario para la consecución de un eficiente comercio. En definitiva, como señalaba MIGUEL NAVAJAS REBOLLAR¹⁶⁰, a finales del siglo XIX el Estado, por fin, fue consciente del “importante valor estratégico” que tenía el establecimiento de un buen sistema portuario, y para ello, era absolutamente necesario establecer una regulación sobre la mano de obra que desempeñaba estas funciones, garantizando con la intervención pública que no se producirían situaciones de inestabilidad en su acometida.

¹⁶⁰ Ob.cit. NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL “*Régimen jurídico-administrativo de los puertos*”.

SEGUNDA PARTE

**NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO DE ESTIBA Y DESESTIBA
PORTUARIA.**

CAPÍTULO PRIMERO.

FORMULACIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN EL ÁMBITO PORTUARIO.

I. INTRODUCCIÓN.

1. Las características tradicionales de la actividad de servicio público.

Al respecto de la actividad de servicio público sostiene SANTIAGO MUÑOZ MACHADO¹⁶¹ que: “*el servicio público es el corazón del Estado*”, por lo tanto, prácticamente todos los estudios jurídicos relativos a la actuación pública, de una manera u otra, acaban haciendo una mención a esta categoría jurídica. En el caso de ese trabajo, está justificado el detenimiento, los servicios de estiba y desestiba portuaria son actividades en las que, aun hoy, cuando imperan las nuevas corrientes liberalizadoras, subsisten algunas de las notas características del tradicional servicio público.

Los orígenes del concepto de servicio público en Europa, casi con toda probabilidad, tienen acento francés, los gobiernos galos han considerado, tradicionalmente, que era necesario un fuerte intervencionismo por parte de los poderes públicos en la economía del país. Desde Luís XIV, Napoleón, e incluso en tiempos más recientes Mitterrand, las políticas francesas han implementado un amplio conjunto de instancias públicas, por medio de organismos administrativos, entidades públicas y compañías propiedad del Estado, que han llevado a término la prestación de servicios.

Igualmente, en la construcción de algunas de las ideas centrales del Derecho Administrativo, dos insignes juristas franceses han sido determinantes, HAURIU¹⁶² y DUGUIT¹⁶³, cuyas ideas colaboraron a la construcción del

¹⁶¹ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO “*Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*”. Editorial Civitas. 1998. Pág. 17. “Pero el servicio público es el corazón del Estado, de modo que una variación de las reglas toca el centro de la organización. Se justifica, por ello, la alarma, cada vez que se mueve la tierra debajo de la clave de bóveda de los modernos sistemas políticos europeos”.

¹⁶² HAURIU, MAURICE. “*Précis élémentaire de Droit Administratif*”. Paris. Sirey. 1930.

Derecho Administrativo y en particular a la noción de servicio público. Mientras que para el primero, el concepto de servicio público consistía en una parte de la propia función administrativa, para DUGUIT, el concepto abarcaba toda la actividad administrativa, llegando incluso a mantener que el Estado podía llegar a ser considerado como una cooperativa de servicios públicos. DUGUIT es considerado como el fundador de la denominada Escuela de Burdeos, para los que el análisis del Derecho Administrativo debe estar en torno a la propia noción de servicio público.

ADOLFO POSADA¹⁶⁴ al establecer en la *Enciclopedia Jurídica Española*, una definición del vocablo jurídico “Servicio Público”, alude a las palabras de DUGUIT al indicar:

“La noción del servicio público, escribe el profesor de Burdeos, substituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho Público. Seguramente, añade, esta noción no es nueva. El día mismo en que bajo la acción de causas muy diversas...se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados, y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público. Lo nuevo es el lugar preferente que la noción ocupa en el campo del derecho, y la transformación profunda que, por tal camino, se produce en el Derecho moderno”.

Como idea central esta tesis partirá de la consideración de los servicios públicos, configurados desde un punto de vista finalista, como aquellos que dan satisfacción de una necesidad de interés general. A lo largo de este texto no se analizarán con detenimiento las clásicas teorías del servicio público; pero si se considera

¹⁶³ DUGUIT, LEÓN. *“Las transformaciones del Derecho Público”*. Pamplona. Anacleto Editorial D.L. Edición de 2006. Este libro es la recopilación de diversas conferencias que se impartieron por el autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

¹⁶⁴ POSADA, ADOLFO. Voz *“Servicio Público”* en *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XXVIII. Francisco Seix. Publicación autorizada por R.D. de 4 de junio de 1910. En alusión a una traducción efectuada por Jaen y Posada de la obra *“Las Transformaciones generales del Derecho Público”* de DUGUIT.

necesario hacer una breve mención a las mismas, y a su contexto histórico, para comprender como los servicios portuarios de estiba y desestiba, de forma clara, se han ajustado a los parámetros que han regido tradicionalmente a los servicios públicos.

Aunque sus orígenes fueran franceses, el devenir del concepto de servicio público en Europa ha estado claramente influenciado, desde mediados del siglo XX, por las nuevas corrientes nacidas al amparo de la Unión Europea. Los Estados europeos han ido perdiendo poder en favor de los organismos supranacionales comunitarios, en los que siempre han soplado con más fuerza las ideas liberalizadoras. Surgió, por lo tanto, la pregunta que se formulaba FERNANDO GARRIDO FALLA¹⁶⁵: *¿Entró el servicio público en crisis?*. Existe desde entonces numerosa literatura jurídica al respecto, con más o menos, agoreros augurios sobre la imperiosa necesidad de encargar la esquila de los servicios públicos.

Lo cierto es que mientras existan necesidades colectivas que atender en el seno de una sociedad, los Estados, al menos tal y como los conocemos ahora, deberán tratar de atender dichas necesidades. De no ser así, la historia está plagada de grandes conflictos en las que el ser humano, de una manera u otra, ha tratado de luchar por su supervivencia. Como apuntaba JOSÉ LUIS VILLAR PALASI¹⁶⁶, el Estado no está ya enfrentado a la realidad social, como ocurría en otras épocas, sino precisamente su actividad debe centrarse en conformar un orden social, y en esa labor juega un importante papel el mantenimiento de los servicios públicos.

En el fondo, esas fueron las causas por las que nació la técnica del servicio público: asegurar que determinadas prestaciones estaban garantizadas para el común de la sociedad. Por ese motivo se considera que no ha perdido vigencia el concepto de servicio público, se podrá denominar de muchas formas: servicios de interés general, servicio universal, servicios básicos, pero la esencia es la

¹⁶⁵ GARRIDO FALLA, FERNANDO. “*¿Crisis de la noción de servicio público?*”. Estudios de Derecho Público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer. (Coord. Luís Cosculluela Montarner). 2003. Págs. 441-456.

¹⁶⁶ VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. “*La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*”. Revista de Administración Pública, nº 3. 1950. Págs. 53-130.

misma. A lo largo de esta tesis, se comprobará que se comparte la idea de FRANCISCO SOSA WAGNER¹⁶⁷:

“En cualquier caso, para los juristas, al menos los juristas formados en añejas doctrinas y en las convicciones proporcionadas por una cultura jurídica que ya es centenaria, el renacimiento de la sensibilidad hacia los valores de justicia y de solidaridad, que la noción del servicio público acoge, no puede producir sino satisfacción”.

Así pues, mientras existan ciudadanos que puedan resultar excluidos, cuyas necesidades no resulten cubiertas por las reglas del libre mercado, en el marco de un Estado social, las Administraciones Públicas deberán hacerse cargo. Se deberán articular para ello nuevas maneras de actuar, que no pasan necesariamente por la prestación directa de los servicios, pero sí por garantizar su cobertura, y dar de este modo, virtualidad a los principios de justicia y solidaridad.

Probablemente, lo más sensato a juicio de esta autora, es pensar que el concepto de servicio público, no ha muerto, sencillamente se ha tenido que reinventar, cosa por otro lado de lo más necesario, pues nada debe perdurar inmutable. La ciencia jurídica debe estar al devenir de los cambios sociales, y en la actualidad, poco o nada, queda ya de aquellas Administraciones Públicas prestadoras de servicios de forma monopolística. Si bien es cierto, que en algunas áreas, tales como la sanidad y la educación, el Estado debe garantizar que todos los ciudadanos tenga acceso a ellas, en otras, entre las que podemos incluir los servicios portuarios, las Administraciones Públicas deben adoptar nuevas formas para garantizar la universalidad y la accesibilidad a las prestaciones, sin necesariamente ser prestadoras directas.

Dentro del análisis de las nuevas formas de actuación, se tendrá ocasión de analizar a lo largo de este capítulo, la interesante aportación a la que hacía mención LUIS JORDANA DE POZAS¹⁶⁸, al establecer la categoría denominada:

¹⁶⁷ SOSA WAGNER, FRANCISCO. *“La gestión de los servicios públicos locales”*. Thomson Civitas. 6ª Edición. 2004. Pág. 78.

¹⁶⁸ JORDANA DE POZAS, LUIS. *“Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”*. Revista de Estudios Políticos, nº 48.1949. Pág. 41-54. Sobre el origen del concepto: “La acción consistente en proteger, estimular, auxiliar o fomentar las actividades particulares mediante las cuales se satisfacen necesidades o conveniencias de carácter general,

“actividad administrativa de fomento”, conectada en esta ocasión con la actuación de la Administración portuaria. En el logro de la satisfacción de las necesidades generales, se puede hacer uso de una gran variedad de medios, que este autor agrupaba en cuatro grupos: legislación, policía, fomento y servicio público. Entendiendo a la acción de fomento, como: *“la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”*.¹⁶⁹

Con el paso del tiempo en el sector portuario, la diferencia entre la actividad de fomento y la tradicional de servicio público, ha estado claramente evidenciada. El hecho de que la Administración realice directamente con sus propios medios los fines perseguidos, ha ido perdiendo virtualidad, en aras a un mayor protagonismo de los estamentos públicos en la denominada actividad de fomento. Por medio de esta se estimula a los particulares, para que sean ellos los que desarrollen determinadas actividades básicas, cumpliendo de esta forma indirecta con los fines que la Administración persigue.

En el capítulo anterior, relativo a los orígenes del servicio público, se ha podido analizar la importante contribución que supuso para el sector portuario español la teoría del fomento, con la referidas aportaciones realizadas por el ministro JAVIER DE BURGOS en 1826. Esta nueva concepción dio lugar a la construcción de múltiples infraestructuras, consiguiendo de este modo, dar virtualidad a la finalidad pública de la época: *“la prosperidad del Reino”*.

Dejando al margen concepciones ideológicas de corte liberal o no, la realidad es que la prestación de algunos servicios, ha necesitado tradicionalmente de la colaboración del sector privado, principalmente por su inversión. Los Estados, a lo largo de la historia, en muchos casos no han estado en condiciones de asumir el endeudamiento que suponen, la construcción y el mantenimiento de determinadas infraestructuras, necesarias para la prestación de actividades básicas, tal y como

tiene en nuestro idioma, según tradición administrativa de más de un siglo, el nombre de *Fomento*. *Fomento* viene del latín *fomentum*, contracción de *fovimentum*, que significa la acción de calentar, recalentar o abrigar.” Pág. 50.

¹⁶⁹ *Íbidem*. Pág.46.

ocurre en el ámbito portuario. Por este motivo se han articulado técnicas como la concesión; JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO¹⁷⁰ indica que el origen histórico de la concesión se encuentra, precisamente, en la obra pública, señalando que: *“la falta de liquidez del Estado para afrontar la construcción de obras público determinó la necesidad de apelar a la colaboración del capital privado para efectuar tal labor pública”*.

Pero igualmente, no puede dejarse en manos de la iniciativa privada, una vez realizada la inversión, la responsabilidad de atender a todas las necesidades en condiciones de igualdad; dado que el sector privado no se rige necesariamente por criterios de buena voluntad, sino de rentabilidad. Debido a esto, los Estados deben actuar, haciendo uso de las prerrogativas concedidas, como garantes de unas condiciones básicas e igualitarias para todos los sectores de la sociedad. Es justamente en esta idea donde sigue vigente la concepción de la actividad de fomento de la Administración, la función del Estado debe ser estimular a los particulares para que realicen determinadas actividades, que cumplan indirectamente con el fin que la Administración pretende. Sin perjuicio de hacer uso de las otras clásicas prerrogativas de la actividad de la Administración, la legislación y la policía. En el primer caso, para proceder a una reglamentación de los servicios, y en último extremo, actuar de forma coactiva si la actividad de los particulares no se ajusta a las satisfacciones de las necesidades colectivas.

JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA¹⁷¹ remarca la idea de la importancia de la confluencia de los interés privados y los intereses públicos, a lo largo de los siglos anteriores, en particular a lo largo del siglo XIX, donde la Administración va acometer la prestación de servicios de naturaleza económica, y para ello se afianza la idea del servicio público desde perspectivas distintas a las conocidas hasta la época. En particular respecto de la técnica concesional señala:

“Pues bien, la institución del servicio público, gestionando siempre en esta fase mediante contratista privado interpuesto, y por ende la concesión, van a resolver esa tensión entre las necesidades sociales e históricas y la

¹⁷⁰ MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO. *“La extinción de la concesión de servicio público”*. La Ley. 1992. Pág. 24.

¹⁷¹ SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M^a. *“La actividad de la Administración y el servicio público”*. Editorial Comares. Granada. 1998. Págs. 50-51.

ideología dominante en términos de una operatividad social y jurídica sin precedentes. La concesión, como solución técnica de compromiso, permitió que la explotación económica de la actividad fuera realizada, asumiendo el « aleas económico», por la empresa privada (el concesionario), y al tiempo que la Administración concedente incorporara la titularidad sobre la actividad en tanto que «servicio público». La institución, por lo demás, iba a resultar ventajosa para el Estado no sólo en lo ideológico sino también en lo financiero, toda vez que el servicio público se conceptuó originariamente ligado a la obra pública (carreteras, ferrocarriles, etc.) en tanto que apertura de ésta, una vez terminada, a su aprovechamiento general con cesión de su explotación al contratista que así podía resarcirse de la inversión realizada en su construcción”.

Este es el punto de partida de esta tesis doctoral, tratar de contextualizar los servicios portuarios de estiba y desestiba, analizar si aún hoy persisten las condiciones que justificaron en su día, que las Administraciones Públicas valoraran que dichas actividades eran susceptibles de ser consideradas como un servicio público. Asimismo, se analizará que margen de actuación tienen las Administraciones públicas, a través de los otros medios típicos de la actividad pública, la legislación, la policía, y el fomento, con especial incidencia en los denominados títulos habilitantes. Es importante establecer la diferenciación entre concesión y autorización que el Derecho Administrativo viene matizando; si bien la concesión confiere el traslado de una facultad administrativa pública al ámbito privado, en el caso de la autorización solamente se habilita para el ejercicio de un derecho preexistente, previa comprobación de que el derecho se ejercerá en las condiciones normativas preestablecidas. La diferencia pues estriba en que por medio de la concesión sí que se otorga un derecho a favor del concesionario, y por el contrario, en el caso de la autorización únicamente la Administración realiza un acto declarativo de un derecho subjetivo.¹⁷²

¹⁷² STS de 29 de octubre de 1982 en la que se realiza una diferenciación entre autorización o licencia: “una declaración de voluntad de la administración pública con la que permite a otro sujeto público o privado el ejercicio de un derecho, del que ya era titular, previa valoración de la legalidad de tal ejercicio, con relación a aquella zona del orden público que el sujeto autorizante debe tutelar, por lo que la licencia no implica transferencia de derecho del ente público al sujeto

2. La justificación de la intervención pública en las actividades de estiba y desestiba portuarias.

Para valorar si perduran las originales condiciones, que justificaron la actuación de la Administración en el sector portuario de la estiba y desestiba, no se debe olvidar, como se ha tenido ocasión de analizar en el capítulo anterior, que en sus orígenes ésta era una actividad totalmente liberalizada, cualquiera con su barcaza podía ayudar en la descarga de un buque en alta mar.

Con el tiempo, la falta de control puso en peligro la correcta prestación de un servicio necesario, como es el tránsito de mercancías por vía marítima. Los buques no contaban entre su tripulación con personal especializado en estas labores, lo que les avocaba necesariamente a contar con los servicios de los trabajadores locales. De este modo, los dueños de los buques se encontraban al llegar a puerto con la obligación de contratar personal, al que pagaban importantes sumas de dinero para cargar o descargar sus mercancías lo antes posible, esto generó un suntuoso negocio, que en algunos casos fue a parar a manos de las mafias. Las autoridades públicas se vieron entonces en la necesidad de actuar, teniendo en cuenta, que lo que estaba en juego era precisamente el tráfico de productos básicos para la actividad comercial.

Resumiendo, podemos diferenciar tres motivos que propiciaron la intervención pública en las actividades de carga y descarga:

- El control sobre la profesionalidad de los trabajadores que realizaban estas labores. Teniendo en cuenta la necesaria especialización del personal, que debía conocer perfectamente las condiciones físicas de cada puerto, y disponer de los utensilios necesarios.
- Existía la necesidad de garantizar que siempre habría personal a disposición de los buques para realizar la carga y descarga de sus mercancías. Dado que, aun a pesar que el dueño del buque debiera tener en cuenta los costes de carga y descarga una vez en puerto, siempre sería un menor coste, que tener una cuadrilla fija de estibadores dentro de su propia

privado, sino la simple eliminación de unas cortapisas establecidas previamente en el ordenamiento, al objeto de que ejercicio de ciertos derechos por el particular no pueda tenerse sin un cierto control.”

tripulación, que además, no estaba especializada. Con este sistema, el dueño del barco tampoco tenía que hacer frente al mantenimiento de la maquinaria necesaria para la carga y descarga.

- Desde el punto de vista del Estado era fundamental garantizar el abastecimiento de la población, y para ello, el tránsito marítimo de mercancías ha sido tradicionalmente el medio más usado. Pero no solo se trata de abastecer a la sociedad, también de garantizar la exportación de productos, activando de este modo la economía de un país.

Así pues, estos fueron los tres principales detonantes que produjeron la intervención pública en el servicio de manipulación de mercancías en puerto. Sin perjuicio, como se analizará a lo largo del trabajo, de otras cuestiones, tales como el dominio público al que están afectos los puertos, que evidentemente también han sido claves en el estudio de la materia. De este modo, algunas de las preguntas que se tratarán de responder a lo largo de este Capítulo, versan en torno a estos primigenios argumentos: ¿subsisten en la actualidad estos motivos?, ¿existe una verdadera justificación para el mantenimiento de condiciones de servicio público, en la actividad de carga y descarga portuaria?, ¿nos llevaría una total liberalización del sector, a nefastas situaciones vividas en el pasado, como la falta de profesionalización?.

Seguidamente, se expondrán de forma sucinta las clásicas teorías del servicio público y su contexto histórico, a través del análisis se intentará contextualizar que papel juegan en la actualidad, las autoridades públicas en la cobertura de las necesidades básicas que una sociedad requiere. El hecho de que los servicios portuarios son prioritarios para el sostenimiento de un Estado, no genera dudas, lo importante será ver el papel que deben representar los estamentos públicos en estos momentos, teniendo en cuenta que las tradicionales reglas del juego parecen obsoletas ante los nuevos planteamientos, y en particular en el sector objeto de análisis en esta tesis, que tiene por delante el reto de confeccionar una nueva regulación acorde a los nuevos postulados, principalmente, los comunitarios.

II. LA CONSTITUCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO Y SU EVOLUCIÓN.

1. El contexto histórico en Europa sobre la evolución de la actividad prestacional de la Administración.

La idea de servicio público, en sí mismo, debe ser por principio intemporal, es decir válido para cualquier tiempo, pero evidentemente el contexto histórico, jurídico y económico de cada época ha delimitado, y delimitaran, la propia noción de esta categoría jurídica.

Por este motivo, he considerado el Antiguo Régimen como el punto de partida del análisis histórico, prescindiendo del estudio de la alta y la baja Edad Media por considerar que son escasos los ejemplos que podrían aportar significación al objeto de análisis de este estudio. Al respecto, indicar que la Edad Media se caracteriza por ser una época en la que imperó el feudalismo clásico; los estamentos clericales y la nobleza dominaban a las clases sociales más bajas, y no existía una verdadera actuación del poder más allá de las conquistas bélicas.

Así pues, para contextualizar el estudio del concepto de servicio público, esta tesis se centrará particularmente en la Edad Contemporánea, teniendo en cuenta que la intervención pública en los servicios, y en concreto en el servicio de estiba y desestiba, se produce con mayor intensidad a partir de esta época. Se tratará en los epígrafes siguientes de este capítulo, a través del análisis de la evolución del concepto, de ofrecer una noción de servicio público, dejando para el final el análisis de las técnicas de liberalización y desregulación que han caracterizado los inicios del siglo XXI.

1.1 La cuestión en el Antiguo Régimen. Algunos ejemplos de la actuación regia en la Península Ibérica y América, en el tráfico de mercancías en el ámbito portuario.

TOCQUEVILLE¹⁷³ señaló que la Revolución francesa con el término “*Antiguo Reino*”, había bautizado aquello que abolía, al mencionar: “*Estaba convencido de que, sin saberlo, habían retenido del Antiguo Régimen la mayoría de los sentimientos, de los hábitos y aun de las ideas con cuya ayuda condujeran a la Revolución que lo destruyó; y de que, sin quererlo, se habían servido de sus escombros para construir el edificio de la sociedad nueva.*”

¹⁷³ TOCQUEVILLE, ALEXIS. “*El Antiguo Régimen y la Revolución*”. Istmo. Edición de 2004. Pág.74.

Las palabras de TOCQUEVILLE puede que solo tengan un toque nostálgico, pero lo cierto, es que muchos de los cimientos de lo que posteriormente se consideraría el intervencionismo estatal, se encuentran en esta época. No es objeto de este trabajo analizar la historia, así que sencillamente se expondrán seguidamente las mínimas nociones que ayuden a la comprensión de los cambios políticos y jurídicos de la época.

Esta etapa se sitúa durante los siglos XV al XVIII, algunos de los hitos históricos fundamentales fueron el descubrimiento de América y la aparición de la imprenta. Desde el punto de vista económico y político, el feudalismo continuó siendo el sistema imperante, y se consolidaron las monarquías absolutas. El monarca pasa a ejercer el poder político y la fuerza. El motivo de este afianzamiento se encuentra en ostentar un ejército propio y una burocracia, en concreto, una hacienda con la que hacer frente a los gastos de mantenimiento. Por lo que se refiere a la legislación de estos años, se puede calificar como la época de las recopilaciones¹⁷⁴, las monarquías absolutas pretendieron la exclusividad de sus textos legales tratando de terminar con otras fuentes del derecho. Sin embargo, habrá que esperar hasta la constitución del Estado liberal para poder hablar de un Estado suficientemente fuerte, como para conseguir que sus Leyes se impongan sobre las demás formas jurídicas.

Desde el punto de vista de las actuaciones públicas no existía una libertad económica, los Gremios (en el caso de los estibadores, como se ha podido constatar en el capítulo anterior, con una gran hegemonía en toda Europa) controlaban el comercio, y la producción de bienes y servicios.

En algunos casos el poder real ejerció de agente económico, como ocurrió en España en relación con el comercio con América¹⁷⁵, en la producción de manufacturas reales, como por ejemplo para atender a necesidades militares, o por

¹⁷⁴ Ob.cit. PESET, MARÍANO y otros autores. *“Historia del Derecho”*. Pág. 185. “Creo que se le ha dado demasiada importancia a esos textos, tan usuales en la edad moderna. LALINDE ha llegado a caracterizar la edad moderna como la época de las recopilaciones, con evidente exageración y atención a los aspectos más externos del derecho. Porque la recopilación es, simplemente, un instrumento para que mejor se conozca y se apliquen las leyes, pero no un cambio sustanciales que transforme el ordenamiento”.

¹⁷⁵ Entre las compañías privilegiadas en España destacan la Real Compañía Guipuzcoana de Caracas, y la Compañía de la Habana, claves en la exportación de materias primas americanas, como el cacao o el azúcar.

medio de las denominadas **compañías privilegiadas**. Respecto de estas últimas, MARIA JESUS MATILLA QUIZA¹⁷⁶, señala el modelo aplicado en las compañías holandesas y británicas tras fundar varios establecimientos en las Indias Orientales, como el modelo sobre la que se construyó el sistema en España.

El planteamiento era el siguiente: se establecía una compañía mercantil privilegiada a solicitud de un grupo de interesados, una vez otorgada la calificación, se obtenían una serie de privilegios, los más importantes de carácter fiscal, como por ejemplo la exención de derechos para que la Compañía importara determinadas materias primas. Los beneficios que obtenía la Corona al otorgar este calificativo eran que la Compañía se comprometía al pago a las arcas regias de determinadas cantidades, así como, el compromiso de mejorar infraestructuras en el interior del reino, o armar y construir los navíos, fundamentales para la defensa. A pesar de las ventajas que suponía para ambas partes, este modelo de compañía que disfrutaba en régimen de monopolio de sus tráfico, con el tiempo fue desapareciendo, al crecer el número de partidarios que abocaban por una liberalización del comercio.

Esta incipiente actuación del Estado interviniendo en la economía será posteriormente el germen de muchas políticas públicas y de muchas técnicas administrativas. No obstante, el mayor problema de esta época será tratar de contrarrestar la importancia que había llegado alcanzar el sistema gremial. Con el paso de los años surgieron corrientes antigremialistas, en concreto en España, como las defendidas por JOVELLANOS¹⁷⁷, CAMPOMANES o CAPMANY, al señalar que muchos de los extranjeros que nos visitaban, y que pretendían realizar actividades comerciales, se encontraban con dificultades para establecerse dadas las restricciones de los gremios¹⁷⁸.

¹⁷⁶ MATILLA QUIZÁ, M^a JESÚS. “*Las Compañías privilegiadas en la España del Antiguo Régimen*”, (Coord. Miguel Artola “La economía española al final del Antiguo Régimen”), vol. IV. Alianza Editorial. Madrid. 1982. Págs. 323-401. Según esta autora la ayuda de la Corona a determinadas empresas expresa la postura de un estado mercantilista, que justifica su actuación de intervención en función del principio de subsidiariedad.

¹⁷⁷ Sobre la obra de Jovellanos ver la Revista de Economía Política, nº 29 septiembre-diciembre 1961, en la que se analiza la repercusión de sus textos en las ideas del pensamiento ilustrado en España.

¹⁷⁸ ESCOLANO BENITO, AGUSTÍN. “*Elogio y revisión de Carlos III*”. Historia de la educación: Revista Interuniversitaria, nº 7. 1988. Pág. 7-18.

Se intentó fomentar en España una gran industria por medio de la creación de compañías comerciales y de fábricas reales¹⁷⁹, invirtiendo grandes sumas de capital, centradas principalmente en el comercio con Indias, aunque finalmente en las últimas décadas del siglo XVIII fueron desapareciendo a causa de las ideas liberalizadoras.

En primer lugar, como ejemplo de la actuación regia hacer una referencia al gran número de regulaciones que impedían el libre tránsito de bienes y servicios, por medio de aduanas y derechos de paso propios de cada reino. El profesor SANTIAGO MUÑOZ MACHADO¹⁸⁰ alude, en cuanto a materia portuaria, a numerosos ejemplos de la España de aquellos tiempos donde imperaban técnicas tan diversas, como en el sistema aduanero castellano la institución de los “*puertos secos*”, los “*diezmos de la mar*”, o el “*almojarifazgo de indias*”. La característica común es que se trataba de gravámenes relativos al tránsito de mercancías y su paso por diversos territorios, que dificultaban no solo el comercio interior, sino también exterior.

Otra de las características del Antiguo régimen en cuanto a la actividad de las monarquías reinantes es la regulación de la comercialización de productos básicos. Se interviene esta actividad con la finalidad de garantizar el abastecimiento de la población, por lo que se refiere a productos básicos tales como la carne, la leña o incluso el vino. Las autoridades locales, por medio de sus ordenanzas municipales o fueros, eran las encargadas de regular el comercio local en ferias y mercados, que subsistían desde la época romana.

¹⁷⁹ Por citar algunas de las fábricas reales se puede hacer mención a la Real Compañía de Comercio y Fábricas de Zaragoza, Real Compañía de Comercio y Fábricas de Extremadura.

¹⁸⁰ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*”. Madrid. Iustel. 2011. Pág. 879. “El sistema aduanero castellano estaba integrado por instituciones y prácticas muy variadas, entre las que destacan los puertos secos (eran los pasos de fronteras terrestres de Castilla por Navarra, Aragón y Valencia, que tienen origen en el reinado de Enrique III y se consolidan en el de Juan II. Variaban las tarifas según la temporada y los productos), los diezmos de la mar (gravaban las importaciones que entraban y salían de Castilla a través del mar, señaladamente por las provincias vascas y Galicia), los almojarifazgos (era el nombre de los derechos de aduana que en Andalucía, Murcia y los territorios del antiguo reino de Granada; el mantenimiento del nombre árabe refleja cómo se conservó el viejo sistema aduanero de los monarcas musulmanes), y el almojarifazgo de indias (lo pagaban las mercancías traídas de América o embarcadas con destino a América; esta renta fue creada por Carlos V en 1543).”

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO¹⁸¹, ciñéndose de nuevo al comercio español, en concreto al comercio hispanoamericano, menciona el fracaso de la política monopolista de los monarcas españoles. En un intento de reservar el comercio para España, como país descubridor, se trató de centralizar todo el tráfico en el puerto de Sevilla, por medio de la *Casa de Contratación*, creada en 1503. Finalmente, imperaron las reglas del libre comercio y en 1788 se publicó el *Reglamento y Aranceles para el comercio Libre de España e Indias*, que trajo consigo la apertura de 12 puertos españoles y veinticuatro americanos.

Tras el fracaso de las Compañías de Comercio y las Reales fábricas¹⁸² la política económica en España comenzó a favorecer las Sociedades Económicas del País o sociedades patrióticas¹⁸³. Se trataba de organismos no estatales, que tenían por objeto tratar de favorecer a diversos sectores como la pesca, la agricultura, la industria, el comercio exterior e interior, y que contaban con licencia real. Se puede considerar a CAMPOMANES con su “*Discurso sobre el fomento de la Industria popular*”, como uno de los ideólogos de esta nueva corriente imbuida por las ideas provenientes de la Ilustración.

Por lo que se refiere a los orígenes de la Administración Portuaria en esta época, puede decirse que hasta la segunda mitad del siglo XVIII, no puede hablarse propiamente de una regulación. Hasta ese momento la visión que se tenía de los puertos era básicamente militar e impositiva, como fuente de recaudación, dado el carácter de los puertos como lugares de tránsito obligado tanto para las

¹⁸¹ *Ibidem*. Pág. 883. “La organización del monopolio del comercio con América se trató de imponer centralizando el tráfico en un solo puerto. El de Sevilla sería el elegido. Desde allí operaría la Casa de Contratación, creada en 1503, como única entidad encargada de regular el comercio, aplicar los tributos y gestionar el sistema de navegación. La Casa de Contratación pasaría a depender del Consejo de Indias en 1524. Los barcos que salían para América o volvían tenían que registrarse necesariamente en la Casa de Contratación. Allí se hacía constar en las relaciones correspondientes la clase de barco de que se trataba, la compañía fletadora, y la carga que transportaba, con destino a América o de retorno a España. (...) Este esquema monopolista del tráfico americano tardó poco en saltar por los aires, quebrantado por el fraude fiscal y el contrabando, por las acciones de corsarios y piratas, por el deterioro progresivo y no renovación de las embarcaciones y, sobre todo, por la debilidad de la economía de la metrópoli de aquel tiempo: los extranjeros llevaron a los colonos americanos ofertas mejores y satisfacían más acertadamente las demandas que aquellos planteaban, de modo que el monopolio comenzó a presentar brechas por las que penetrar.”

¹⁸² GÓMEZ ZORRAQUINO, JOSÉ IGNACIO. “*El fracaso de las compañías y fábricas privilegiadas en Aragón*”. *Studia histórica. Historia Moderna*, nº 17 1997. Pág. 217.

¹⁸³ Surgidas en la segunda mitad del siglo XVIII, la primera en constituirse fue la Sociedad Vascongada de Amigos del País, fundada por el Conde de Peñafiorida en 1756, posteriormente, se constituirá la Real Sociedad Económica de Madrid

mercancías como para las personas, más si cabe tras la conquista de América. PABLO ACERO IGLESIAS¹⁸⁴ subraya esta idea:

“Es en la segunda mitad del siglo XVIII, donde podemos situar el origen de la Administración Portuaria, pero dentro del contexto histórico que marca el nacimiento de lo que hoy entendemos como «Administración Pública», en el sentido moderno; es decir, la aparición de la Administración Portuaria no se produce como consecuencia de una especial preocupación por esta materia por parte del Estado, sino que es una consecuencia más del revulsivo que para el concepto del Estado, de sus actividades y funciones, supone el espíritu de la Ilustración y particularmente del «espíritu de fomento» de la actividad económica, que es una de sus más destacables manifestaciones.

Así pues, el denominado Antiguo Régimen decae ante el claro predominio de las ideas liberalizadoras. Con los gobiernos ilustrados reformistas del siglo XVIII, el Estado adquiere una nueva dimensión, las actividades económicas, las obras públicas pasan a ser prioritarias. El pensamiento económico encuentra su base en las teorías de ADAM SMITH, a las que se aludirá más adelante. A partir de ese momento se van aboliendo las restricciones al libre mercado, en la ferviente convicción de que la competencia es la única manera posible de alcanzar el pleno desarrollo.

1.2 La actividad de la Administración en las ideas ilustradas españolas.

Una de las citas de JOVELLANOS¹⁸⁵: *“Creo que una nación que se ilustra puede hacer grandes reformas sin sangre, y creo que para ilustrarse tampoco sea necesaria la rebelión”*, entraña parte de la filosofía imperante en esta época. Se pretendía acometer una gran reforma, dejando a un lado las guerras que tradicionalmente habían asolado a las naciones. Probablemente, en España las ideas ilustradas no consiguieron hacerse tanto eco como en otras partes de Europa, principalmente Francia, porque no existía, como sí ocurrió en otros países, una significativa clase media aburguesada dispuesta a adoptar las nuevas ideas.

¹⁸⁴ ACERO IGLESIAS, PABLO. *“Organización y régimen jurídico de los puertos estatales”*. Thomson Aranzadi. 2002. Pág. 44.

¹⁸⁵ JOVELLANOS, GASPAR MELCHOR. *“Obras”*, tomo 50. BAE. Madrid. 1910. Pág. 366.

Aun así pueden señalarse ejemplos a lo largo del siglo XVIII, que muestran un cierto auge de las ideas reformistas o de los llamados “*novatores*”. El monarca Carlos III¹⁸⁶ trató de planificar proyectos que reflataran la maltrecha economía de la época, basada en la producción de manufacturas anticuadas, y con una casi total carencia de redes de comunicación, para ello, fomentó la industria y el comercio privado, aunque de manera muy incipiente. Una de las medidas adoptadas por el monarca fue la *Real Cédula de 18 de marzo de 1783 por la que se declaraba honorable el trabajo de los artesanos*. Considerada como una de las Leyes más importantes de la política social ilustrada, mediante esta norma se liberalizó tímidamente el ejercicio de artes y oficios. No obstante, los intentos por reformar el país chocaron con la presión que ciertos estamentos, como la Iglesia, que aunque habían visto mermado sus poderes aun ejercían mucha oposición. Un ejemplo, es el caso de la enseñanza, en este ámbito la Iglesia nunca renunció a ejercer su *status*.

A finales del Reinado de Carlos III se comprobó que la mayor parte de las reformas (agraria, industrial, la liberalización del comercio o el fomento de los establecimientos industriales, etc.), no se acometieron, por la presión que ejercieron las viejas y arcaicas estructuras sociales arraigadas desde el Antiguo Régimen.

Pero finalmente el poder del Estado fue incrementándose en detrimento del de la Iglesia. Uno de los errores de estos gobernantes ilustrados es que pretendieron ejercer el poder desde arriba sin contar con el consentimiento de toda la sociedad, es por ello que se les conoce con el nombre de “*déspotas ilustrados*”. Por este motivo, lo que la Sociedad percibía es que detrás de las buenas intenciones, el poder seguía ejerciéndose como había estado haciéndose durante años, por la Iglesia y la Nobleza, controlando la vida de los súbditos. Por este motivo se generó la percepción social de que era necesario conquistar la libertad como individuos frente al poder opresor ejercido durante décadas, ideas que culminaron en la Revolución Francesa.

1.3 Historiografía del tránsito entre la Edad Moderna y la Contemporánea.

De nuevo Francia es el punto de origen de una nueva concepción, tras la Revolución Francesa, se pasó de una monarquía absolutista a una República. Las

¹⁸⁶ Ob.cit. ESCOLANO BENITO, AGUSTÍN. “*Elogio y revisión de Carlos III*”.

personas pasan a ser consideradas como ciudadanos y no como súbditos, y la sociedad deja de estar capitaneada por el clero, dejando paso a una burguesía ávida de cambios. Los aspectos fundamentales del Estado cambian, se abandonan las viejas estructuras del Antiguo Régimen, aparecen las asambleas de representantes, germen de los actuales parlamentos democráticos.

Respecto al tema de este trabajo, los primeros servicios públicos surgidos en el seno de la Francia revolucionaria, fueron la educación y la beneficencia social. De este modo, el Estado se convierte en el titular que garantiza a “la ciudadanía” un orden que garantiza su existencia.

Pero además de la importancia de la Revolución Francesa de 1789, en el resto de Europa a lo largo de estos años, también se habían venido produciendo acontecimientos históricos que marcarían un punto de inflexión en el final de los tradicionales postulados. Un ejemplo es la firma de los Tratados de Paz que se conocen como la Paz de Westfalia de 1648, por la que se consagró el concepto de soberanía nacional de los Estados Europeos. Poniendo de este modo fin a conflictos bélicos como la Guerra de los ochenta años que enfrentó a España con los Países Bajos.

Igualmente, habían ido surgiendo nuevas ideas de pensadores como FRANCIS BACON (1551-1626), ISAAC NEWTON (1642-1727) o RENÉ DESCARTES (1590-1650). Éstos fueron construyendo un nuevo modo de aprehender el saber: *“la intuición razonada, de la esencia y de la idea, que forzosamente le ha de conducir a una fundamental y definitiva convicción de la realidad”*¹⁸⁷. Los principios fundamentales pasan a ser: la preeminencia de la razón y el valor del liberalismo. Para este último, fueron fundamentales las teorías de ADAM SMITH¹⁸⁸, publicadas en 1776 en su obra *“La riqueza de las naciones”*¹⁸⁹. Este

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ SANZ, AMABLE. *“La ilustración española. Entre el reformismo y la utopía”*. Anales del Seminario de Historia de la Filosofía, 10. Editorial Complutense. Madrid. 1993. Pág.62.

¹⁸⁸ OTTESON, JAMES R. *“Adam Smith y la Libertad”*. Estudios públicos, nº 104. 2006. Pág. 73. *“...entonces aquellas limitaciones estructuras institucionales que, según ha demostrado la investigación empírica, conducen a la generación de riqueza, pueden ser incluidas dentro del ámbito propio del Estado. ¿Cuáles son esas instituciones en opinión de Smith? (Seguidamente este autor cita al propio SMITH en su libro la Riqueza de las naciones. IV.ix.51) Conforme con el sistema de la libertad natural, el soberano tiene solo tres obligaciones que cumplir, tres obligaciones de gran importancia en verdad, pero obvias y comprensibles para el común*

autor plantea un nuevo orden para la actividad económica estatal, las encomiendas del Estado quedan reducidas a las simples funciones de protección de la sociedad, y el mantenimiento de ciertas obras públicas que no entrañen interés para el sector privado.

La conjunción de estos factores abrirá paso a una nueva concepción de la actuación de la Administración, si bien es cierto que el sentir general considera a ADAM SMITH como el padre del capitalismo, no es menos cierto, que en su obra pueden encontrarse múltiples aspectos de la vida social humana, que podrían implicar un cierto intervencionismo, aunque reducido áreas muy concretas.

1.4 El papel de los Estados a partir de la Edad Contemporánea.

Una vez avanzadas estas primeras ideas básicas, indicar, siguiendo con la evolución histórica de los servicios públicos, que durante el Siglo XVIII, el Estado además de realizar una actividad de policía -limitando las conductas de los particulares- y una actividad de fomento -impulsando y protegiendo la actividad empresarial de los sujetos privados- , comienza a funcionar como un prestador de servicios públicos, produciendo bienes y servicios encaminados a satisfacer necesidades de la población. Esta última fase no se culminara efectivamente hasta mediados del siglo XIX.

Estas primigenias actividades prestaciones de los Estados destinadas a satisfacer las necesidades de los denominados usuarios, pueden catalogarse en varias fases.

- En un primer momento, se reestablecen algunos servicios de tipo asistencial, como la beneficencia, que ya habían existido durante el Antiguo Régimen, y cuya responsabilidad había correspondido entonces a instituciones religiosas o sociales de diverso carácter, pero que con el auge de las tendencias liberales estos servicios habían sido suprimidos.

*entender. La primera, la obligación de **proteger a la sociedad** de la violencia e invasión de otras sociedades independientes. La segunda, la obligación de proteger, tanto como sea posible, a cada individuo de la injusticia u opresión por parte de cualquier otro miembro de la sociedad, o la **obligación de establecer una administración cabal de la justicia**. Y la tercera, la **obligaron de erigir y mantener ciertas obras e instituciones públicas que nunca serán producto del interés de un individuo o de un pequeño grupo de individuos**, ya que su utilidad nunca compensará el gasto de ese individuo o grupo de individuos, pero que frecuentemente pueden hacer mucho más por la sociedad como un todo”.*

¹⁸⁹ Título original en inglés: “*An Inquiry into the nature and Causes of the Wealth of Nations*” publicada en 1776. Edición consultada Biblioteca Cinco Días. Los clásicos de la economía. 1996

Asimismo, en esta primera etapa surgen otros servicios de tipo social, relacionados con la salud y la educación. Un ejemplo es el principio de la Revolución Francesa por el que pasó a manos del Estado, la enseñanza general y obligatoria. En Francia en relación con la educación, se crearon instituciones como la *École Normale*, el *Institut de France*, determinantes en la formación de investigadores y docentes. En España serán los Ayuntamientos las administraciones encargadas, en la mayoría de los casos, de acometer estos primeros servicios. En concreto, todos los relacionados con el abastecimiento de la población, servicios sociales y de seguridad, un ejemplo de estos últimos es el establecimiento de los serenos ya en el siglo XVIII.

- En un segundo momento el Estado comienza a intervenir en la creación de infraestructuras, creando la base material de futuros servicios. El ejemplo más gráfico, las obras hidráulicas, la creación de embalses y canales que posteriormente, conllevaran la creación del servicio de abastecimiento de aguas. Los problemas que se cernían sobre esta intervención era su elevado coste, es en esta etapa, en la que aparece la figura de **la concesión**, mediante esta figura la Administración conservaba la titularidad del servicio, pero dejaba en manos de la iniciativa privada la explotación económica. En materia portuaria, tal y como se tendrá ocasión de analizar más adelante, esta etapa fue crucial para el desarrollo de las grandes infraestructuras que han ido dando lugar a diversos servicios portuarios.
- Por último, a lo largo del siglo XIX y XX, las administraciones públicas comenzaron con la creación de empresas mercantiles, realizando por gestión directa la producción de bienes y servicios. De esta época destaca la producción y distribución de la electricidad y el servicio telefónico; estas nuevas actividades se conciben desde el principio como monopolios.

En todo caso, es importante matizar que las actividades primordiales de las que se harán cargo los Estados, hasta la primera mitad del siglo XIX, serán las actividades de policía y fomento. El ideario de la Revolución Francesa había sentado sus bases: en la propiedad y en la libertad de comercio e industria. De este modo, los ciudadanos eran los responsables de la ordenación de la economía y la

producción de bienes y servicios, en atención a sus necesidades. No obstante, como ya se ha matizado, desde el primer momento el Estado surgido tras la Revolución entiende que debe hacerse cargo de los servicios relacionados con la educación y la asistencia social, para SANTIAGO MUÑOZ MACHADO¹⁹⁰ a esta primitiva actividad prestacional del Estado, se debe sumar la actividad de orden público.

En la ejecución de estas primeras obras públicas (el ferrocarril fue la principal infraestructura que se acometió en los primeros años del siglo XIX) surgen diversos modelos, que van desde la ejecución directa por parte de las Administraciones Públicas, la ejecución por parte de empresas privadas, o formas mixtas de colaboración entre ambas. Estos diversos modelos subsisten hasta finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Para DAVID BLANQUER CRIADO¹⁹¹ algunas de las primeras manifestaciones del incipiente intervencionismo administrativo, por medio de las denominadas concesiones demaniales, se sitúa en el siglo XIX, un ejemplo fue la *Real Orden de 14 de marzo de 1846, que obligaba a la obtención de una concesión administrativa para el aprovechamiento de las aguas de titularidad pública*. La concesión administrativa fue concebida en sus orígenes más en relación a los bienes de dominio público y fue con los años cuando el concepto se trasladó también a los servicios públicos.

1.5 Los inicios del siglo XX y los servicios públicos tras la Segunda Guerra Mundial.

A finales del siglo XIX las concepciones tradicionales que sustentaban el Derecho Público sobre la base del poder, exponentes de estas corrientes son autores como IHERING o JELLINEK, comienzan a perder influencia. La creciente industrialización requirió de la intervención del Estado para tratar de paliar los desequilibrios sociales. Así pues, surgen concepciones nuevas que sustentan la necesidad de que el Estado no base su capacidad en el poder, sino en el Derecho,

¹⁹⁰ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO “*Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*”.Pág. 49.

¹⁹¹ BLANQUER CRIADO, DAVID. “*La concesión de servicio público*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2012. Pág. 57

implicándose en las relaciones sociales. La nueva concepción del Estado debe sustentarse principalmente en la idea de solidaridad, y en esta visión es fundamental el concepto de servicio público.

Alude a DUGUIT de nuevo SANTIAGO MUÑOZ MACHADO¹⁹², para remarcar la importancia de la idea de servicio público, en la construcción del nuevo orden jurídico, surgido como consecuencia del creciente intervencionismo de los Estados:

“Los actos de los gobernantes se imponen a los gobernados no porque son la expresión de un poder del Estado o de un derecho de mando, sino que se imponen en la exclusiva medida en que se corresponden con las normas jurídicas surgidas de la conciencia social; estas normas las llama DUGUIT «el derecho objetivo». En el centro mismo del derecho objetivo, en su corazón, está la idea del servicio público. El papel de los gobernantes consiste en trabajar para la realización y el desarrollo de la solidaridad social, tomando a su cargo actividades de interés general indispensables para la vida colectiva. En esta medida el servicio público constituye «el fundamento y el límite del poder de los gobernantes».”

Otro de los autores importantes de principios de siglo XIX que contribuyeron a la construcción del nuevo Derecho Público fue HAURIUO, con la publicación en 1927 de su obra *“Précis de Droit administratif”*¹⁹³. Este autor sostiene, igualmente, que la limitación del poder viene en gran medida condicionada por el concepto de servicio público, dado que este ha sido creado para la satisfacción de

¹⁹² Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO *“Servicio Público y Mercado. I Fundamentos”*. Pág. 103.

¹⁹³ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A. *“M. HAURIUO Obra escogida”*. Instituto de Estudios Administrativos. 1975. Pág. 127. “Es cierto que se aduce en contra la paradoja económica que considera a los gobernantes y a las administraciones como órganos improductivos y parasitarios, como formas temibles de explotación del hombre por el hombre. Pero con el tiempo, esta paradoja se ha superado. Esto puede ser cierto para las administraciones rudimentarias o para las que se constituyeron como consecuencia de anexiones violentas y colonizaciones remotas, pero no lo es en absoluto para las administraciones de los grandes Estados modernos. Estas tienen sus imperfecciones, pero en su conjunto se orientan hacia el bien común y, en consecuencia, sus esfuerzos convergen con los de los administrados y de esta acción paralela puede surgir una sociedad. Por lo demás, si esta apacible sociedad no estuviera establecida, si la Administración hubiera conservado la actitud de un opresor y el administrado la de un rebelde, ¿cómo hubiera podido extenderse continuamente los servicios públicos, abordarse operaciones cada vez más delicadas cuya ejecución regular exige la buena voluntad del administrado tanto como la del funcionario?”

las necesidades colectivas. En palabras de este autor el Derecho Administrativo debía, precisamente, centrar su atención en la gestión de los servicios públicos, al señalar¹⁹⁴:

“No creo incurrir en un error de observación al considerar que el actual Derecho Administrativo está orientado más hacia la gestión de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades de los administrados que hacia el ejercicio de la policía pura, que admite con progresiva amplitud indemnizaciones pecuniarias por los daños causados y la remuneración en dinero por los servicios prestados; que, por consiguiente, ha pasado de las regiones del poder puro y de la política, de donde surgió, a las de las necesidades y el comercio de los cambios.”

De este modo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, el Estado adquiere un mayor protagonismo, derivado en gran medida por la necesidad de reconstruir Europa tras el conflicto bélico, y también como consecuencia, unos años antes, de la crisis económica de 1929 en Estados Unidos¹⁹⁵.

Desde el punto de vista de las ideas económicas, tuvieron gran influencia las ideas de KEYNES¹⁹⁶, al sostener que el liberalismo económico, imperante en las ideas del “*laissez-faire*”, debía adecuarse a las nuevas necesidades sociales de inicios

¹⁹⁴ *Íbidem*. Pág. 71.

¹⁹⁵ Con el único fin de contextualizar la situación precisar, que en 1929 la economía Norteamericana llegó alcanzar una tasa de desempleo del 22%, con los costes sociales añadidos que esta situación genera. La situación llegó a su punto más caótico con la caída del sistema financiero, conocido popularmente como el “*crack del 29*”. Se produce entonces la caída del mercado de valores de la Bolsa en Estados Unidos.

¹⁹⁶ ORDUÑA DÍEZ, LUIS. “*Las ideas de Keynes para un orden económico mundial*”. Revista de Economía Mundial, nº 16. 2007. Págs. 195-223. Este autor al analizar las teorías keynesianas alude al papel del Estado, por lo que se refiere a las funciones económicas en el marco del intervencionismo, indicando: “Por otra parte, en tanto en cuanto el intervencionismo hace referencia al estado, debemos tener claras cuales son las funciones económicas que incumben al estado. El estado en cuanto es, por definición, la síntesis de los derechos de todos los ciudadanos (Vecchio, 1969:400) y el defensor de estos derechos mediante la promulgación de un estado de derecho tiene entre sus funciones fundamentales la de coordinar las actividades subjetivas de carácter político, económico y social en pro del bien común. De ahí, que deba entenderse que el estado está obligado a coordinar su acción con otros estados nacionales para legislar adecuadamente, con vistas a la solución de los problemas económicos y sociales en todos los ámbitos de la convivencia. Está obligado también a vigilar y controlar el cumplimiento de estas leyes y, después, a facilitar los servicios generales que la comunidad necesita, así como también a incentivar y premiar las actuaciones correctas o desalentar y castigar aquellas actuaciones que no corresponden al bien común. En definitiva, ha de crear un conjunto de instituciones ordenadas hacia la justa organización del trabajo, la eficiente creación de riqueza y el logro de la equitativa distribución de esa riqueza entre todos los miembros de la sociedad, tanto a corto como a largo plazo”.

de siglo. En su obra publicada en 1936 *“Teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero”*¹⁹⁷, analizó las causas de la gran depresión mundial, concluyendo que una potente intervención del Estado daría equilibrio a la oferta y la demanda global. Consideraba que activar la política de inversiones estatales en obras públicas, era la clave para estimular la actividad económica. Sus ideas tuvieron una clara plasmación en las políticas estadounidenses del presidente F.D.ROOSEVELT, con una serie de disposiciones para reactivar la economía, que se conocen con el nombre de *“New Deal”*.

En Europa, y en concreto en materia portuaria, como se ha tenido ocasión de analizar, desde principios del siglo XX se requirió de la intervención pública, regularizando las condiciones laborales de los trabajadores. Más adelante en capítulos posteriores se analiza esta cuestión con detenimiento. Como ejemplo mencionar que en Francia se instauró mediante la Ley de 6 de septiembre de 1947, codificada en el Libro V del Código de Puertos, un estatuto particular para los trabajadores portuarios para algunos puertos.¹⁹⁸ Por medio de esta regulación se establecía un organismo paritario, de naturaleza pública encargado de gestionar la mano de obra del puerto.

Como conclusión, siguiendo a SANTIAGO MUÑOZ MACHADO¹⁹⁹ a finales del siglo XIX, los Tribunales franceses y la doctrina habían llegado a la conclusión de un concepto unitario de servicio público. Sus características se resumían en tratarse de una actividad administrativa, que se regía por un régimen singular, distinto del Derecho ordinario, de titularidad, en todos los casos, de la Administración, y con un contenido prestacional, destinado a ofrecer bienes y servicios a los ciudadanos. Con el tiempo a lo largo del siglo XX, en palabras del mismo autor, esta unanimidad en la definición del concepto fue perdiendo efectividad:

“La doctrina francesa ha coincidido en concluir, examinando la gran variedad de situaciones y los diferentes regímenes de servicio público que ha contemplado la jurisprudencia, que no existe una noción unitaria de

¹⁹⁷ Título original de la obra: *“General Theory of Employment, Interest and Money”*.

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, PATROCINIO TERESA *“La relación laboral especial de los estibadores portuarios”*. Editorial Trotta. Madrid. 1997. Pág. 48.

¹⁹⁹ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO *“Servicio Público y Mercado. I Fundamentos”*. Pág. 85.

servicio público que tenga validez universal. No se caracteriza el servicio público por ser una actividad monopolizada por la Administración, ni por corresponder su titularidad siempre a una entidad pública, ni tan siquiera por exigir de modo inevitable que el régimen jurídico de la actividad este sometido a reglas peculiares distintas de las Derecho ordinario”.

No ha existido a lo largo de la historia un consenso claro sobre lo que debe entenderse por servicio público, pero si ha existido, y sigue vigente la consideración de que los poderes públicos no deben cesar en su búsqueda del bien común. Es por esto que todas las instituciones jurídicas deben ponerse al servicio de tan loable encomienda, y no existe mejor institución que el servicio público para garantizar la continuidad y la universalidad de los servicios necesarios que cubran las necesidades esenciales de la colectividad. El Estado debe proporcionar la cobertura universal de aquellas prestaciones que tienen el carácter de irrenunciables y fundamentales.

Tampoco existen necesidades del Estado y necesidades de la sociedad, sino que las necesidades del Estado son las de la sociedad a la que representa, si bien es cierto, esas necesidades son cambiantes según el devenir de los tiempos. Por este motivo se debe constantemente replantear y reformular la idea de servicio público. Como concepto jurídico indeterminado que debe ser, teniendo en cuenta que la naturaleza de las circunstancias delimitará su alcance, no puede constreñirse de antemano una única delimitación del concepto.

Probablemente, más que las propias teorías sobre el servicio público, la mayor contribución del pensamiento jurídico a la procura del bien común, como ideario de las obligaciones de los Estados, ha sido la idea del Estado social que se analizará seguidamente. Por medio de sistemas constitucionales se ha elevado al rango normativo supremo, la obligación del Estado de intervenir en la vida económica y social, garantizando de este modo, la solidaridad y la igualdad entre todos los ciudadanos.

1.6 El tránsito del Estado Liberal al Estado Social.

La intervención estatal descrita hasta ahora se llevó a término sin previsiones constitucionales que la avalaran. Como ya se ha mencionado, el desarrollo

económico y la industrialización del siglo XIX abocaron a los Estados (de la Europa Occidental y Norteamérica) a una intervención pública para paliar los conflictos sociales generados como consecuencia del desarrollo industrial. Igualmente, la expansión del comercio requirió de una política de creación de infraestructuras, que necesitaban de la intervención pública, debido al dominio público sobre el que se asentaban estas infraestructuras.

Así pues, otro de los hechos fundamentales para entender este cambio de posicionamiento de los Estados se puede delimitar, en la segunda mitad del siglo XIX, con el origen del Estado social. El hito histórico que marca el tránsito del estado liberal al estado social, y con ello el nuevo papel de los Estados, está en ese paso a la sociedad industrial. Se generan nuevas clases sociales, que tienen que coexistir con la burguesía dominante en el estado liberal, y que demandan que el Estado asuma nuevas responsabilidades. CARL SCHMITT²⁰⁰ analizó el paso del Estado liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, del siguiente modo:

“El Estado se convierte en «autoorganización de la sociedad». Desaparece entonces, como ya hemos indicado, la consabida distinción entre Estado y sociedad, Gobierno y nación, desde el momento en que todos los conceptos e instituciones (Ley, presupuesto, autonomía administrativa) construidos sobre dicha premisa comienzan a plantear problemas. Pero, al mismo tiempo, se opera una transformación más vasta y más profunda. Organizase la sociedad misma en Estado: el Estado y la sociedad deben ser fundamentalmente idénticos. Con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre zonas concretas político-estatales y apolítico-sociales. Todas las antítesis que resultan de la premisa del estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción, cesan por completo. (...) La sociedad convertida en Estado, se transforma en Estado económico, Estado cultural, Estado previsor, Estado bienhechor, Estado benéfico; el Estado resultante de la autoorganización de la sociedad no puede ya separarse realmente de ella y abarca todo lo social, es decir, todo aquello que guarda relación con la convivencia humana. En él no existe ya sector alguno frente

²⁰⁰ SCHMITT, CARL. “La defensa de la Constitución”. Editorial Tecnos. Madrid. Edición de 1983. Págs. 135-136.

al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención”.

Los primeros ejemplos constitucionales de esta nueva visión del Estado, se encuentran en la Constitución de Weimar de 1919, y en la Constitución Española de 1931. En relación con esta última, es clara la referencia a la promulgación de la economía social. El Art. 44 declara que la riqueza está subordinada a los intereses nacionales, se constitucionaliza la idea del Estado interventor y social, con capacidad incluso para expropiar bienes si con ello se salvaguardaba el supremo interés social: *“Artículo 44. Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la económica nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante la adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada. Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes.”*

El jurista alemán HERMANN HELLER recogió el significado de todas estas referencias constitucionales, bajo la denominación del *“Estado social”*²⁰¹. Tras el ascenso al poder de Hitler, HELLER huye a la España Republicana donde murió en 1933, dejando su propia doctrina sobre la nueva concepción que debía adoptar el Estado, por la cual, el Estado desarrollaría esencialmente una *“actividad humana y social”*. De este modo dotaba al Estado no solo de un sometimiento al Derecho, sino también de un contenido social.

Si bien, es cierto que los problemas relacionados con la sociedad industrial dieron lugar a que se intensificaran la actuación de los Estados hacía consideraciones de

²⁰¹ TREVES, RENATO. (Traducción de Ramón Pulido Granata y Francisco Giacobello). *“La doctrina del Estado de Hermann Heller”*. Disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx.

tipo social, las dos guerras mundiales fueron, verdaderamente, los acontecimientos históricos que más contribuyeron al desarrollo de las teorías intervencionistas. Desde el punto de vista jurídico estas transformaciones tienen, tras la segunda guerra mundial, su plasmación en textos constitucionales²⁰², tales como la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución italiana de 1948²⁰³.

Las notas características del Estado social, recogidas en los textos constitucionales, están claramente influenciadas por el modelo occidental del Estado del Bienestar, que surgió en el seno de la sociedad industrial, es lo que en inglés se conoce como *The Welfare State*. El estado providencia es otra de las denominaciones que recibe este fenómeno social -(del francés *L'Etat Providence*)- surgido como contraposición al denominado *Minimum State* propio del liberalismo decimonónico, que propugnaba la doctrina del *Laissez faire*²⁰⁴. Expresión francesa que literalmente significa “dejar hacer”, y que se emplea en economía para indicar una posición totalmente opuesta al intervencionismo estatal, y que se analiza más adelante.

Por lo que respecta al denominado Estado del Bienestar, su germen se encuentra en la denominada “*cuestión social*”, los movimientos obreros tomaron conciencia, a medida que se producía el crecimiento industrial, de sus precarias condiciones de trabajo, exigieron entonces que a los gobiernos que cambiaran las legislaciones.

En el entorno portuario fueron muy frecuentes las protestas desde principios desde el siglo XIX. En Inglaterra en referencia al trabajo portuario, ya en la época

²⁰² LÓPEZ GUERRA, LUIS. “*Introducción al Derecho Constitucional*”. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994. Pág. 159.

²⁰³ *Íbidem*. Pág. 162. “Esta tendencia constitucional se hizo aún más evidente tras la II Guerra Mundial. Las Constituciones aprobadas en la segunda posguerra admiten expresamente un papel relevante del Estado en la configuración del orden económico y social. El Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 contiene una amplia proclamación de las tareas, económicas y sociales, que el Estado ha de llevar a cabo. La Ley Fundamental de Bonn, de 1949, proclama a Alemania como un Estado federal, democrático y social; la Constitución italiana de 1948 dedica un título a las « relaciones económicas». A partir de ese momento, la inclusión de cláusulas en los documentos constitucionales dedicadas a prever la acción del Estado en los más diversos aspectos de la vida económica y social se ha convertido en una característica común a todos los países. Sobre todo, tales cláusulas se centran en cuatro apartados: la regulación de las relaciones entre individuos; el establecimiento de derechos prestacionales; la regulación del estatuto de la propiedad, y la actividad de los poderes públicos como sujetos económicos.”

²⁰⁴ MARIN DÍAZ, NICOLÁS. “*Sobre el uso incorrecto del término Laissez faire, laissez passair en la Antigüedad*”. Memorias de Historia Antigua, nº 4 1980. Págs. 19-26.

victoriana, encontramos algunos ejemplos de incipiente intervención del Estado, por medio de la “*Harbours, Docks and Piers Clauses Act*”²⁰⁵ de 1847. Por medio de esta norma se autorizó para a la redacción de normas estatutarias que regularan las condiciones de los trabajadores en los puertos, estas, además, debían publicarse.

Posteriormente, a lo largo del siglo XX en Inglaterra se dictaron las denominadas “*Schemes*”, que en sus orígenes tenían una base convencional, y que tras la Segunda Guerra Mundial fueron objeto de una importante intervención estatal, a través de las “*Orders*”. Dicha intervención culminó en 1946 con la aprobación de la *Dock Workers (Regulation of Employment) Act*. Por medio de esta última se consiguió dotar al trabajo de los portuarios de una mayor regularidad, no debemos olvidar que el empleo de los estibadores ha estado marcado durante todas las épocas por ser claramente esporádico.

Tras la Segunda Guerra Mundial se consolidó la idea del Estado del Bienestar. Para NORBERTO BOBBIO la aparición de actividades características del Estado del bienestar, en diferentes países, tiene como fundamento la corrección de las irregularidades cometidas por el mercado autorregulado, siendo este posicionamiento contrario con las exigencias del principio de igualdad. Así pues, no puede seguir defendiéndose la no intervención del Estado, si nos encontramos con una sociedad que requiere de la actuación pública, para garantizar que todos los ciudadanos puedan gozar de sus derechos políticos y sociales formalmente reconocidos.

LUCIANO PAREJO ALFONSO²⁰⁶ señala que este Estado social, es fundamentalmente un **Estado administrativo**: “*cuyo centro de gravedad radica en la ejecución de las políticas públicas formalizadas legislativamente*”. En la propia base de la división de poderes podemos encontrar un principio organizativo

²⁰⁵ Ob.cit. CABEZA PEREIRO, JAIME “*La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido*”. Pág. 559.

²⁰⁶ PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “*El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» y los servicios públicos*”. Revista de Administración Pública, nº 153, septiembre-diciembre. 2000. Pág. 220. Respecto del problema de la legitimación del Estado social en tanto que Estado Administrativo, este autor expone: “En la medida en que el Estado social implica una intervención pública para la consecución de la igualdad real y, por tanto, un papel estatal activo de configuración social, que demanda la legitimación de éste también y especialmente en la eficacia, se presenta inevitable y principalmente como Estado Administrativo.”

de la actividad del Estado, como poder encargado de la función ejecutiva. De este modo puede llegar a justificarse la capacidad de actuación de los entes públicos en la esfera empresarial. Se parte de la idea de que la función constitucional de ejecución, referida a la Administración, constituye una habilitación para la producción de bienes y servicios, por el propio Estado, siempre que vengan referidos a la satisfacción de los intereses generales.

Concluyendo, el Estado social ha sido la piedra angular de la intervención pública. Al respecto, las sociedades de los siglos XIX y XX, tiene poco que ver con la sociedad de hoy en día, de este modo, se hace necesario precisar: ¿los esquemas clásicos de actuación de la Administración son válidos en la actualidad para satisfacer las nuevas necesidades?. Es decir, determinar si los cimientos del Estado social, construido en siglos pasados, aun hoy son lo suficientemente sólidos para sostener el modelo actual. A lo largo de este trabajo, centrado en el servicio público de estiba y desestiba, se tratará de dar respuesta a si las condiciones que justificaron el establecimiento de determinados servicios públicos, siguen subsistiendo hoy en día. Por ese motivo, seguidamente, se analizarán algunos de los aspectos jurídicos básicos que delimitan el concepto de servicio público

2. El mito del *laissez-faire* y su ulterior implicación en la concepción de los servicios públicos.

La delimitación del contexto histórico en el que aparece el término *laissez-faire*, se puede concretar durante el siglo XIX en el marco del liberalismo filosófico, y cuya traducción más literal, como ya se ha mencionado, sería “*dejar hacer*”. El objetivo de esta corriente se centró en la idea de que el principio fundamental de la actividad económica debía ser la garantía de la libre competencia, como generadora del equilibrio social y económico.

Una de las obras clásicas de la literatura “*El Leviatán*” de THOMAS HOBBS, escrita en 1651, sienta las bases del autoritarismo. Posteriormente, sus ideas serán acogidas por los partidarios del liberalismo político a lo largo del siglo XIX, al entender que la búsqueda del beneficio individual produce beneficios sociales colectivos. Entre los detractores del concepto se encuentra KEYNES²⁰⁷, este autor

²⁰⁷ PILLING, GEOFFREY . “*The crisis of Keynesian economics: a marxist view*”. London. Croom Helm. 1987.

defiende que el viejo capitalismo sustentado en la no intervención y en la plena garantía de la competencia, en la práctica no podía garantizar la estabilidad social. En su obra “*La Teoría General*” planteó:

“Por lo tanto, aunque la ampliación de las funciones del gobierno, relacionadas con la tarea de ajustar mutuamente la propensión a consumir y el estímulo a invertir, le parecería a un publicista del siglo XIX o aun financiero estadounidense contemporáneo una invasión terrorífica del individuo, yo la defiendo, en cambio, tanto como la única manera factible de evitar la destrucción de las formas económicas existentes en su totalidad y como la condición para el funcionamiento satisfactorio de la iniciativa individual. (TG: 380)”

KEYNES debe ser analizado como uno de los propulsores de la economía política del siglo pasado, y curiosamente, hoy en día, ante la situación económica que vive el siglo XXI, algunos reclaman el renacimiento de las ideas Keynesianas.²⁰⁸ Seguramente, estas ideas nunca han dejado de tener vigencia, para BOBBIO las ideas de KEYNES condujeron al fin de la política del *laissez-faire*, y al nacimiento de una nueva implicación económica de los Estados, a través de nuevos mecanismos fiscales y la socialización de las inversiones.

En el modelo español, tal y como señala SANTIAGO MUÑOZ MACHADO²⁰⁹, el mito del *laissez-faire* no llegó aplicarse plenamente en ningún momento. Los pensadores ilustrados de comienzos del siglo XIX, fueron partidarios de las ideas de SMITH, por las que el Estado debía de seguir acometiendo las obras públicas

²⁰⁸ Uno de los pensadores económicos con más repercusión en la actualidad es el Premio Nóbel de Economía de 2008 Paúl Krugman que dice de si mismo ser un fiel discípulo de las ideas Keynesianas al respecto ver: GALINDO MARTÍN, MIGUEL ÁNGEL. En su artículo “*Paul Krugman: Un Keynesiano partidario del mercado*”. (Ejemplar dedicado a: Regulacion monetaria y crisis financiera en EEUU. Krugman: Un Nobel Keynesiano). Boletín económico de ICE. Información Comercial Española, nº 2954. 2008. Págs. 25-32.

²⁰⁹ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*”. Pág. 912. “En la práctica española, durante todos los primeros años del siglo XIX, (...), el Estado no renuncia a mantener servicios sociales de diferente carácter, a mantener industrias militares, monopolios fiscales, o retener la titularidad y la gestión de las minas o los montes. Aunque el pensamiento liberal si se acoge a la pretensión de los economistas clásicos, que habían recibido los mejores ilustrados españoles (JOVELLANOS, como han analizado detenidamente LLOMBART y FUENTES QUINTANA entre otros, repite y aplica las ideas de SMITH sobre las funciones del Estado y aconseja la realización de muchas obras públicas para superar los estados físicos de la naturaleza: desecar terrenos, encauzar ríos, cuidar bosques, hacer caminos, canales y **puertos**, etc.) que se dirige fundamentalmente a desmontar el viejo aparato de la económica, con sus privilegios y monopolios, regulaciones y regimenes especiales que impedían la creación de riqueza”.

de envergadura, y que fueran necesarias para el desarrollo de la nación, entre estas infraestructuras destacan lógicamente, las instalaciones portuarias. En particular, en 1851 se decide atribuir al Estado la titularidad de los puertos de la Península e Islas²¹⁰. Asimismo, con el Real Decreto de 17 de diciembre de 1851 se establece una clasificación de los puertos, según estos fueron de titularidad del Estado o de los entes locales con la finalidad de determinar quién debía acometer la ejecución de las necesarias obras de infraestructura. El propio Art. 3 de este Real Decreto establecía: “*Las obras y limpias de los puertos de interés general (los puertos considerados más importantes) serán costeadas en su totalidad por el Estado; las de los de interés local, por el Estado y la localidad*”.

Así pues, a modo de conclusión señalar que el denominado *laissez faire* nunca llegó a ser considerado como un principio general regulador de las relaciones económicas a largo plazo. Solamente, en un sistema capitalista puro, podría coyunturalmente ser considerado dicho principio.

3. Algunas consideraciones previas sobre la noción de necesidades públicas.

Desde hace siglos, los autores convienen en las complicaciones que supone obtener una única definición de la noción de servicio público. El punto de partida de cualquier teoría de servicio público es la efectiva consecución de los intereses públicos, entendiendo que estos abarcan las necesidades individuales (*uti singuli*) de todos los seres humanos. Si difícil es definir servicio público, precisar que se consideran intereses públicos no es menos arduo, porque evidentemente, es una idea que está muy condicionada a un momento histórico y a unas concepciones ideológicas, políticas, e incluso culturales. Tal y como apuntaba JOSÉ LUIS VILLAR PALASI²¹¹, el Derecho Administrativo trata de discriminar que necesidades deben recibir el carácter de públicas, teniendo en cuenta que las necesidades son múltiples y muy variadas, pero existen, no obstante, un número de ellas que son universales (*uti universi*) y que las convierten en básicas.

El papel que el Estado debe desempeñar, precisamente, es saber conjugar las necesidades individuales con el orden social, entendido este último como la

²¹⁰ Ob.cit. NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL “*Régimen jurídico-administrativo de los puertos*”. Pág. 28.

²¹¹ Ob.cit. VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. “*La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*”. Pág. 56.

consecución del bienestar público. Así pues, el Estado aplicará una serie de coeficientes al concepto de necesidad, tales como el desempleo o los conflictos sociales, que le llevarán a la calificación de una determinada necesidad como pública.

En algunos casos las reglas del libre mercado, han servido para que los propios ciudadanos conformen un sistema en el que dar cobertura a las necesidades individuales, y con ello la consecución del interés público. Una de las citas más famosas de la obra *“La Riqueza de las Naciones”* de ADAM SMITH²¹² alude precisamente a esta cuestión: *“No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés. No invocamos sus sentimientos humanitarios sino su egoísmo; ni les hablamos de nuestras necesidades, sino de sus ventajas”*.

¿Pero qué ocurre cuando las reglas del libre mercado no son capaces de cubrir todas las necesidades? En ese caso el Estado debe valorar si la satisfacción de las mismas, a través de su propia actuación, no implica mayores ventajas a la comunidad. En muchos casos la actuación del Estado no estará ligada a resultados económicos, sino a fines públicos, tales como la redistribución de la riqueza. Incluso las teorías de ADAM SMITH, firme defensor del liberalismo, planteaban que el Estado debía realizar aquellos trabajos que no tuvieran interés para el sector privado, pero si fueran necesarios para la colectividad.

Igualmente, las necesidades públicas varían a lo largo del tiempo, lo que obliga al Derecho Administrativo, como instrumento del Estado, a idear nuevos medios idóneos para la consecución de las finalidades públicas. De este modo se han ido construyendo las clásicas teorías de actuación de los poderes públicos.

En origen los Estados se limitaban a la denominada *ius politiae*, la Administración realizaba una mera actividad de policía, consistente en garantizar la seguridad pública. Pero a medida que las sociedades demandaban más servicios, los Estados debieron adoptar una posición activa, realizando una actividad administrativa de gestión de servicios, bien con una prestación directa o indirecta por medio de concesionarios, sobre los que podía ejercer un control, **es en ese momento en el que surge la noción de servicio público.**

²¹² Ob.cit. Capítulo II.

En la mayoría de los casos la primigenia actuación pública estaba relacionada con los abusos ocasionados por el libre mercado, incapaz de proporcionar unas reglas de igualdad en el acceso a los servicios de todos los ciudadanos. JORDANA DE POZAS señala entre las notas típicas del servicio público, lo que él denominó el “régimen de cola”²¹³, como una manifestación del “principio de igualdad”, garantizando que un mismo servicio, tenga el mismo precio en todo el país, cualquiera que sea el lugar y el coste de producción.

JORDANA DE POZAS²¹⁴ señalaba respecto al concepto de necesidades públicas:

“La acción administrativa tiene como finalidad general la de satisfacer las necesidades públicas. Por necesidad entiendo todo deseo o utilidad que, de no ser satisfecho, produce graves males. Las necesidades varían muchísimo en su número y en su clase. Un reducido número son universales y constantes. Las demás aumentan, por lo común, con la cultura. En un Estado absolutista colectivista y totalitario todas las necesidades comunes a un grupo o de carácter general serían públicas. Por el contrario, en los Estados que aceptan el orden individualista solamente se estiman públicas aquellas necesidades que las personas no pueden satisfacer libremente por sí solas. El límite que separa el campo de las necesidades pública varia constantemente. Una de las funciones políticas más importantes es la de discernir cuanto antes qué necesidades se han convertido en públicas y cuales han perdido ese carácter.”

Otro exponente de nuestra doctrina jurídica ADOLFO POSADA²¹⁵ al definir el propio concepto de servicio público, recurre a la idea de necesidades, al señalar:

“Es decir, que un servicio público puede definirse como aquella necesidad de carácter general, que se satisface, y en cuanto se satisface, por un procedimiento especial, a saber, el procedimiento propio y característico de

²¹³ ARIÑO ORTIZ, GASPAR. “Principios de Derecho Público económico. (Modelo de Estado, gestión público, regulación económica)”. Editorial Comares. 1999. Ver para más estudio sobre el denominado “régimen de cola”.

²¹⁴ Ob.cit. JORDANA DE POZAS, LUIS. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”. Pág. 41.

²¹⁵ Ob.cit. POSADA, ADOLFO. Voz “Servicio Público” en Enciclopedia Jurídica Española. Pág. 619.

la actividad del Estado –el que llamamos procedimiento administrativo- de servicio público que dice M. JEZE: un servicio público, entraña, pues, estos momentos: 1º, aquel en el cual la necesidad general por la fuerza misma de su intensidad o por la estimación social lograda, ó por cualquier otro motivo –verbigracia, razones fiscales, generadoras de un monopolio de Estado, ó maniobras de gobernantes- determina ó impone una acción de Estado ó una cooperación necesaria que diría WILSON.”

El concepto de necesidades y su delimitación ha llevado a condicionar las llamadas “*funciones públicas*”, como aquellas de las que no puede prescindir una sociedad. Entre estas podemos destacar, la justicia, la defensa nacional, la actividad educativa, los transportes, etc. El hecho de que estas básicas funciones no se lleven a término directamente por el Estado, como en tiempos pasados, sino por mediación de los particulares, no hace desaparecer su carácter de funciones públicas. De este modo, se puede afirmar que las tradicionales funciones públicas han cambiado su *modus operandi*, pero no su virtualidad. La doctrina italiana (ZANOBINI, GIANNINI) se han encargado, no obstante, de establecer una diferenciación entre los conceptos de servicio público y función pública, entendiendo que esta última abarca una manifestación más amplia de la noción de actividad administrativa. Más adelante, en el estudio del derecho positivo español, se analizara la posible distinción entre ambos conceptos.

4. La intervención del Estado en las primeras actividades prestacionales.

En una primera etapa se produce el auge de la actividad de la administración, con predominio de la obra pública frente al servicio público. Posteriormente, para justificar una mayor intervención se recurrirá a la relación de algunos servicios con el dominio público. De este modo, el título habilitante que justifica determinadas actuaciones públicas, no estará en el propio servicio sino en su concurrencia sobre un dominio público; en el caso concreto de los servicios portuarios, la referencia al dominio público portuario es clara.

Así pues, en sus inicios el servicio público no era un título habilitante de la intervención de la administración, que justificara por sí solo que una determinada actividad se detraía del tráfico privado y se reservada en manos de la Administración, sin perjuicio de que posteriormente pudiera ser objeto de

concesión a los particulares. No será hasta años más tarde, cuando se realizan las primeras declaraciones formales de servicio público, en relación con los servicios de agua, gas y electricidad, cuando verdaderamente, el servicio público pasa a ser en sí mismo un título habilitante.

Es lo que JOSÉ LUIS VILLAR PALASI²¹⁶ acuñó como la *publicatio*. En resumen el término significaba, que en los casos en los que la Administración quería proceder a la contratación de la gestión de servicios públicos, antes debía proceder a la declaración expresa de que la actividad, objeto del contrato, “*quedaba asumida por el Estado como propia*”. Por medio de dicha declaración se establecía que dicha actividad, era considerada como indispensable para la vida de la sociedad, y se detraía del tráfico privado, impidiendo todo título privado para actuar sobre la misma. Los particulares, únicamente, pueden actuar sobre el sector como concesionarios o usuarios, sometidos a las prerrogativas de ordenación de la Administración. En cambio las potestades de la Administración se refieren aspectos tan diversos como, el establecimiento de las tarifas, la potestad sancionadora, etc.

Retomando la inicial ideal sobre la vinculación de los servicios públicos con las obras públicas, TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ²¹⁷ señala que los primeros servicios públicos están íntimamente ligados a la idea de una intervención del Estado por razón de su titularidad sobre el dominio público. En palabras del propio autor:

“Ello explica perfectamente un hecho que, contemplado desde nuestros días y con nuestros propios ojos, puede, quizá, parecer sorprendente: la estrecha conexión de conceptos hoy netamente diferentes como los de obra pública, dominio público y servicio público, que se caracteriza como ninguna otra cosa esta fase inicial de formación del Derecho Administrativo. El dominio público es, sin duda, el motor inicial del proceso de construcción dogmática de la disciplina, el primero de los títulos habilitantes al que la

²¹⁶ Ob.cit. VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS. “*La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*”.

²¹⁷ FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN “*Las obras públicas*”. Revista de Administración Pública. nº 100-102, enero-diciembre de 1983. Págs. 2431 y ss.

Administración de esta primera época acude para justificar sus intervenciones (...).

*No podía ser de otro modo, evidentemente, dadas las ideas de la época, contrarias a toda intervención. El concepto de dominio público evoca en primer término la idea de uso general, de uso público, y su beneficia, en consecuencia, del incontestable prestigio que le proporciona el Derecho Romano y, entre nosotros, el Derecho de Partidas. Por otro parte, la idea de dominio público permite resucitar también los viejos títulos regalianos en base a los cuales es posible intentar, sin causar grave alarma social ni suscitar oposiciones insuperables, una primera organización de ciertos servicios públicos que la realidad social iba demandando, operando *ope proprietatis*''²¹⁸*

Al respecto de estas cuestiones, se incidirá con detenimiento en páginas sucesivas de esta tesis al analizar el enfoque de los servicios públicos en el Ordenamiento Jurídico Español, y en especial los servicios portuarios de estiba y desestiba. Solamente adelantar una puntualización, ante los nuevos escenarios que plantean los mercados competitivos, los tradicionales títulos habilitantes que han sustentado la idea de servicio público, principalmente la técnica concesional, han quedado obsoletos. Tal vez sea más idóneo el planteamiento de una potestad regulatoria de la Administración como JOAQUÍN MARÍA NEBREDÁ PÉREZ²¹⁹ para el sector de las telecomunicaciones:

“En el supuesto de que la Administración tenga una potestad regulatoria, sobre una determinada actividad, aquella estará dirigida tanto a garantizar que la actividad se orienta en la dirección que normas de carácter general establezcan, como a reprimir las infracciones que eventualmente se cometieran, pudiendo llegar a la revocación de la autorización originaria y, desde luego, a asumir una posición de pleno imperio sobre la actividad regulada, cuando circunstancias excepcionales así lo aconsejen, por poner en grave riesgo los intereses generales dignos de singular protección”.

²¹⁸ *Íbidem*. Pág. 2430.

²¹⁹ NEBREDÁ PÉREZ, JOAQUÍN MARÍA. “Títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones”. La Ley. 2000. Pág. 70.

Es interesante incidir en el hecho de que la actividad de la administración debe desarrollar nuevos mecanismos, que se fundamenten en gran medida en su actividad de policía, controlando *a posteriori* la realización de la actividad. Este es precisamente, el nuevo rol que han adoptado las Autoridades Portuarias, en nuestro Ordenamiento Jurídico en relación con los servicios de estiba y desestiba, y sobre el que deberán seguir profundizando su renovación. El abanico de posibles actuaciones administrativas en este sector es muy amplio, tanto de control como de regulación, puesto que las administraciones públicas no solo deben tener presencia para otorgar las originarias autorizaciones públicas que habilitan para prestar un servicio, también deben desarrollar una actividad *a posteriori* removiendo posibles vulneraciones a los intereses públicos que puedan derivarse del ejercicio de la actividad autorizada.

5. Técnicas de liberalización y privatización, que han caracterizado los inicios del siglo XXI. El fenómeno de la desregulación y la huida del Derecho Administrativo.

5.1 Marco de referencia europeo: las determinaciones económicas del Derecho de la Unión Europea.

Tras la Segunda Guerra mundial se produce un auge de la actividad administrativa en la prestación de servicios. Surgen numerosas empresas públicas, al amparo de políticas de nacionalizaciones o por la creación *ex novo* por parte del Estado. El ejemplo constitucional más gráfico, es la Constitución Francesa de 27 de octubre de 1946 al enunciar en su preámbulo: “*todo bien, toda empresa, cuya explotación tenga o adquiera los caracteres de un servicio público nacional, o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad*”.

En los años ochenta este esquema empezó a ser cuestionado, se generalizó una gran hostilidad hacía las empresas públicas, que en opinión de algunos, aglutinaban un importante poder que dificultaba la actuación del sector privado. En ese momento comienzan alzarse ideas, que propugnan que los poderes públicos deben reducir su influencia en la economía, y dejar en manos del libre mercado, la capacidad de autorregularse, y así conseguir una mayor eficacia económica.

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO²²⁰ señala que aquellos que postulan por una progresiva disminución de las competencias estatales, albergan la idea de que: “*La competencia y el mercado serían el lugar donde la sociedad autoabastecería sus necesidades de cualquier orden*”. Este mismo autor mantiene en su obra “*Servicio público y mercado*”, publicada a finales de los años noventa, la idea de que esta incipiente liberalización se refiere únicamente a los servicios públicos de carácter económico, quedando en manos del Estado aquellos servicios que implican ejercicio de la autoridad, así como, los de carácter social. Por lo que parece injustificado hablar de que las corrientes liberalizadoras, no acabarían con los servicios públicos. Pues bien, unos cuantos años después, en la actualidad, estamos asistiendo a un nuevo giro en las políticas públicas. Muchos de los tradicionales servicios públicos de carácter social, están hoy en un claro riesgo de ser totalmente liberalizados, sin garantizar que toda la sociedad estará en condiciones de poder tener acceso a los mismos en condiciones de igualdad. En el caso concreto de los servicios de estiba y desestiba, matizando su carácter de servicios públicos de carácter social, tampoco está plenamente garantizado que una completa liberalización del servicio, como postulan algunos, pueda asegurar el correcto funcionamiento.

Así pues, la tendencia liberalizadora, auspició un nuevo ídolo, la competencia. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ²²¹, destaca que en este cambio de referentes se encuentra, en el ámbito europeo, la puesta en marcha de Acta Única Europea de 1986 de un mercado único sin fronteras interiores, en el que se desarrolla la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales. Ante este nuevo panorama comunitario, los antiguos monopolios estatales son vistos como un obstáculo que dificulta la efectiva competencia de operadores. Esta nueva corriente liberalizadora propiciada por las instancias comunitarias, y que será estudiada con

²²⁰ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO “*Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*”. Pág. 24. “En el contexto de una economía globalizada, el mundo entero quedaría convertido en un enorme mercado, en el que tendría difícil cabida cualquiera de los servicios públicos tradicionales, organizados, además, en ámbitos territoriales ridículamente pequeños comparados con las magnitudes universales de los flujos económicos.”

²²¹ FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN “*Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*”. Revista de Administración Pública, nº 150, septiembre-diciembre 1999. Pág. 68. “Así es, me parece, si se tiene presente cuál ha venido a ser el desenlace del proceso de cambio iniciado a mediados de los ochenta: el paso del servicio público a las obligaciones del servicio público que, en el marco de la normativa comunitaria, las legislaciones nacionales han venido a imponer a las empresas que operan en los sectores liberalizados para preservar los intereses públicos cuya adecuada satisfacción es irrenunciable y no puede esperarse del libre juego de las fuerzas del mercado”.

detenimiento más adelante, debía conjugar las tradicionales concepciones de servicio público que mantenían los Estados miembros.

Por este motivo el problema se complicó desde sus inicios, dado que, las reglas del mercado, no son capaces de suplir todas las necesidades generales que las sociedades demandan, y que durante siglos han significado **“conquistas sociales del individuo”**. Es en ese momento en el que los Estados, y las instituciones europeas como ente supranacional, decidieron agudizar su ingenio para crear nuevas concepciones jurídicas capaces de conjugar los nuevos postulados liberalizadores, con la supervivencia del Estado Social.

La técnica jurídica ideó entonces el supraconcepto de **“servicios de interés económico general”**, en el que trata de englobar las diferentes técnicas jurídicas de todos los Estados miembros. La Comisión en una Comunicación de 1996²²², determinó al respecto:

*“La solidaridad y la igualdad de trato en el contexto de una economía de mercado abierta y dinámica, constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad Europea. Los servicios de interés general contribuyen a la consecución de estos objetivos. Los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles. Para muchos de ellos, estos servicios de interés general suponen **auténticos derechos sociales** y participan en gran medida en la cohesión económica y social.”*

En apartados posteriores se contextualizaran los servicios públicos en el Derecho Comunitario, para tratar de enmarcar las transformaciones que han acontecido en los tradicionales servicios de estiba y desestiba. La evolución que ha supuesto la adaptación de los servicios públicos a las reglas sobre libre competencia, ha generado como señala SANTIAGO MUÑOZ MACHADO²²³: *“una transformación radical de muchos de los principios de organización y régimen jurídico que han disciplinado su funcionamiento en la tradición continental europea”*.

²²² Diario Oficial C 281 de 26.09.1996.

²²³ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *“Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho”*. Pág.1154.

5.2 El sistema jurídico estadounidense como referente de las políticas en defensa de la competencia.

Existe una gran diferencia entre los posicionamientos jurídicos europeos y norteamericanos sobre la cobertura de las prestaciones sociales. Mientras los Estados Unidos se han constituido sobre la idea de un “*Estado mínimo*”, en el que la intervención pública ha perseguido la protección de la competencia, como mecanismo garantizador de un alto nivel de vida de la sociedad; los países europeos, en una primera etapa, crearon un sólido sistema de intervención pública directa en el mercado, con la producción de bienes y servicios, cuya máximo exponente fue Francia. Posteriormente, los países europeos han optado por un modelo más parecido al americano, pero dicha transición no ha sido fácil. Probablemente en la actualidad, el convulso contexto económico que padece Europa sea debido, en gran medida, a las dificultades para adaptarnos a un nuevo marco económico, en el que conjugar el mantenimiento del modelo social logrado tras la Segunda Guerra Mundial.

Uno de los ideólogos de esta nueva corriente fue el economista americano MILTON FRIEDMAN, según él la completa liberalización económica conduciría irresolublemente a una mayor democratización. Es interesante, y alusivo al tema objeto de este estudio, un ejemplo citado por el propio autor²²⁴:

“Unos pocos ejemplos clarificarán la naturaleza del problema. Examinemos el programa de gobierno para favorecer a la marina mercante mediante subsidios a la construcción de barcos y operaciones, y limitando gran parte del tráfico de cabotaje exclusivamente a barcos bajo bandera americana. Para el contribuyente, el costo estimado es alrededor de US\$ 600 millones al año, o US\$ 15.000 al año para cada una de las 40.000 personas ocupadas activamente en la industria. Los dueños de buques, sus operadores, y sus empleados, tienen fuertes incentivos para obtener y mantener estas medidas. Ellos gastan gran cantidad de dinero en cabildos y contribuciones políticas. Por otro lado, US\$ 600 millones divididos en una población de alrededor de 200 millones de personas resultan en US\$ 3 al año por persona; US\$ 12 para una familia de 4 personas. ¿Cuántos de nosotros votarían en contra de un

²²⁴ FRIEDMAN, MILTON y FRIEDMAN, ROSE. “*La corriente se revierte.*” Estudios Públicos, nº 1. 1980. Págs. 160-184.

candidato al Congreso que nos impone este costo? ¿Cuántos de nosotros considerarían rentable gastar dinero para anular estas medidas, o aún gastar tiempo en informarnos sobre estas materias? ”.

Puede parecer un ejemplo menor, considerarse incluso, una proclama populista, pero en la ideología económica de los Estados Unidos, ejemplos como este han creado una fuerte concepción, de que solo en el seno de la libertad política y económica se potencia la capacidad de los hombres, en aras a una sociedad más eficiente. Pero olvidan en este postulado: ¿Es una sociedad justa la que crea el mercado? ¿Se puede garantizar la igualdad de acceso de toda la sociedad a los servicios?.

Estos planteamientos están muy alejados de la tradición europea sobre el mercado. En nuestro contexto aquellas actividades consideradas esenciales, se han detraído de las reglas del libre mercado, siendo objeto de una profusa intervención pública. Dicha intervención se justifica en Europa desde la idea del “interés público”, como un interés superior a la suma de los intereses individuales. En Estados Unidos la posible intervención pública, por medio de la regulación, solamente encuentra justificación, en la corrección de los posibles fallos que pueda tener el Mercado.

Las teorías americanas que podrían equiparse a la noción, en nuestro Derecho, de servicio público, se aglutinan en torno a la idea de las *public utilities*. Para que una empresa sea considerada bajo el epígrafe de *public utility*, y asimilar que realizan una actividad de interés general, puede hacerse alusión a diferentes condicionantes: bien porque realicen una actividad considerada fundamental para la sociedad, o porque la empresa ostenta respecto del usuario una situación de superioridad, que puede ser susceptible de protección para evitar abusos.

En la resolución del asunto *Munn v. Illinois*²²⁵ se sentaron las bases del equilibrio entre los intereses particulares de los usuarios, y las empresas que producen bienes y servicios. De este modo, en contraposición a las autoridades administrativas del entorno europeo, las tradicionales funciones de vigilancia,

²²⁵ *Munn v. Illinois*, 94. U.S. 113. (1876). Cito texto recogido en la obra de SENDIN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL. “Regulación y servicios públicos”. Comares. Granada 2003. “La propiedad se ve investida por un interés público cuando es usada de modo que tiene repercusiones públicas y afecta a la comunidad en general. Cuando, por tanto, una persona dedica su propiedad a un uso en el que la Comunidad tiene un interés, él, de modo efectivo, está garantizando al público su interés y debe aceptar ser controlado por el público por el bien común.”

reglamentación, control y arbitraje, en los Estados Unidos, se llevan a término por medio de las *public utilities*, que suponen una cierta regulación tendente a asegurar, entre otras cuestiones, la continuidad y disponibilidad del servicio a los ciudadanos.

La defensa de la competencia llevó al sistema jurídico americano a la aplicación de las denominadas normas *antitrust*. Posteriormente, el Derecho Comunitario acogió esta filosofía, y ha ido adoptando diversas normas relativas a los acuerdos y prácticas comerciales contrarios a la competencia, y a los abusos de posición dominante. Al respecto, tanto las instituciones comunitarias, en concreto la Comisión, como las autoridades nacionales pueden imponer fuertes multas a las empresas que desarrollen prácticas comerciales ilegales. Este es, para muchos, el nuevo papel que deben adoptar los estamentos públicos respecto a los servicios públicos: ser los guardianes de la libre competencia. En la firme convicción de que las reglas de mercado harán todo lo demás.

ORIOI MIR²²⁶ denomina a esta transformación el cambio del Estado prestador al Estado *garante*, señalando que la pérdida de poder de los Estados, no se encuentra únicamente a favor de los organismos supranacionales, sino también en beneficio de los mercados. Aunque, como matización, hoy en día, la alusión a “*los mercados*”, es hacer referencia a un ente difuso al que todos nos referimos, pero pocos en realidad saben su significado. La única cuestión que se conoce es que el Mercado es, probablemente en la actualidad, más gestor de los designios de las economías nacionales que los propios mandatarios públicos.

Así pues, el nuevo concepto de Estado garante se contrapone al tradicional Estado gestor, al que hacía referencia LUIS MARTÍN REBOLLO²²⁷. En tanto que, este último no participa activamente en la producción de servicios, pero si conserva la

²²⁶ MIR PUIG, ORIOI. “*Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*”. Civitas. Madrid.2004. “De ahí el nuevo equilibrio alcanzado entre Estado y sociedad: el Estado, por así decirlo, pierde la prestación directa de bienes y servicios, pero gana, a cambio, un enorme poder de regulación y vigilancia de los mercados. El Estado deja de ser un Estado prestador y se convierte en un Estado *regulador-controlador*, **un Estado garante**. O visto desde la perspectiva de la sociedad: la sociedad gana nuevos espacios, se permite (e incluso estimula) su actuación en ámbitos antes reservados a la iniciativa pública, pero a cambio debe soportar una muy intensa regulación y control por parte de la administración, del Estado”. Pág.112.

²²⁷ MARTÍN REBOLLO, LUIS. “*De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*”. Revista Administración Pública, nº 100-102, enero-diciembre 1983.Pág. 2501.

capacidad de corregir los desequilibrios del mercado: “*El Estado social de Derecho significa un Estado gestor que distribuye, produce y asegura la producción, impulsándola, controlándola, en su caso, y armonizando con mejoras sociales las disfunciones del mercado con la finalidad política última de perpetuar el sistema.*”

En cuanto al cambio de planteamientos que ha dado lugar al ferviente seguidismo en Europa de las políticas americanas, un primer ejemplo se puede encontrar en el Reino Unido, con el gobierno conservador de la Señora THATCHER a principios de los años ochenta. En el caso particular, de los servicios portuarios de estiba y desestiba, el modelo inglés fue el primero que los liberalizó. La justificación del Ejecutivo británico se sustentó en aras a una mayor libertad de actuación por parte de los empresarios, que permitiera ofrecer los servicios al menor coste posible, y poder de este modo ser competitivos con otros puertos europeos.²²⁸

Posteriormente, las instituciones comunitarias siguieron el mismo dogma de liberalización de la actividad económica, fomentando la libre competencia de la iniciativa privada, en contraposición a las tradicionales concepciones de servicios públicos que muchos estados miembros arraigaban. Este cambio de posicionamientos se debe en gran medida a factores como: la caída del muro de Berlín, los cambios tecnológicos, y la inaptitud de los Estados para adaptarse a ellos, lo que ha dificultado la capacidad de control por parte del Estado social tradicional, y principalmente, el endeudamiento de los Estados. En muchos casos generado dicho endeudamiento por una ineficiente gestión del gasto público, cuestión de la que deberían responder muchos responsables políticos, y que ha generado una ingente cantidad de medidas tendentes a la reducción del gasto público.

A lo largo de estos años se han ido instaurando políticas comunitarias contra las ayudas públicas a empresas nacionales y el establecimiento de medidas

²²⁸ Ob.cit. CABEZA PEREIRO, JAIME “*La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido*”. Pág. 567. “Ante la postura sindical, los empresarios dirigieron sus expectativas al Gobierno, en la esperanza de que unilateralmente introdujera una legislación que supusiese **la derogación de todas las especialidades jurídico-laborales del sector de la estiba y desestiba portuaria**. La receptividad del Ejecutivo de Mrs. THATCHER, como cabía esperar, fue mucho mayor que la de las «*trade unions*» del sector, y el 6 de abril del 1989 publicó el libro, varias veces citado, «*White Paper .Employment in the Port: The Dock Labour Schemes*». En él, la actividad legislativa se justificaba en dos grandes líneas de argumentación: la inminencia del Mercado Único Europeo y las distorsiones que había producido el mantenimiento hasta entonces del Écheme”.

antidumping²²⁹ y antisubvención²³⁰, permitiendo de este modo intervenir a la CEE en aquellos casos, en los que parte de la iniciativa privada se pudiera ver perjudicada, por el establecimiento de medidas compensatorias por parte de algún estado miembro a sus operadores nacionales. Sin embargo, esta situación no siempre ha sido así, en los primeros Tratados constitutivos se admitía la posibilidad de establecer ayudas públicas para el sostenimiento de determinados servicios públicos, en concreto, respecto a la materia de transportes. Un ejemplo lo podemos encontrar en el Reglamento CEE nº 1107/70 relativo a las ayudas concedidas en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable²³¹.

En la actualidad estamos asistiendo a un cambio de planteamientos, los grandes objetivos macroeconómicos son: la reducción del déficit y de la deuda pública. Consecuentemente, estos nuevos postulados acarrear un cambio en el tradicional Estado social, el devenir de estas nuevas políticas es incierto, lo que sí es seguro es que habrá un nuevo marco de referencia para los servicios públicos.

5.3 El fenómeno de la desregulación y la huida del Derecho Administrativo.

Los postulados más liberalizadores propugnan que el mercado no regulado debe ser la norma, la regulación por parte del Estado solamente está justificada, en aquellos

²²⁹ GUTIÉRREZ SOLSONA, FERNANDO. “*Medidas antidumping. Instrumento del Neoproteccionismo*”. Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Complutense de Madrid, nº 34. 1994. Pág. 2. “Un productor de un país concreto práctica dumping cuando vende un bien a los compradores externos a un precio que es más bajo (neto de coste de transporte, aranceles y demás) que el precio que se carga a los clientes nacionales por el mismo bien (o por uno comparable)”.

Esta definición se ajusta bastante bien a la definición del dumping que se recoge en el Art. VI del GATT de 30 de Octubre de 1947. En este artículo se amplía sin embargo un poco más el concepto de dumping, considerándose también como tal, en caso de no ser representativa la comparación de precios, la venta a un país a precios inferiores al de las exportaciones a un tercer país o también la venta a precios de exportación inferiores al coste de producción. Así pues desde la óptica del país importador, este considerará que se le está haciendo dumping cuando es objeto de una discriminación de precios”.

²³⁰ Disponible en: www.comercio.mityc.es. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Medidas de Defensa Comercial. La Guía instrumentos defensa comercial para exportadores define el concepto Antisubvención como: “Medida de defensa comercial aplicables cuando un suministrador extranjero goza de ayudas directas o indirectas no permitidas por la OMC, por parte de las autoridades de su país. La investigación sobre la posible subvención se inicia a requerimiento de las empresas afectadas y es llevada a cabo por la Comisión Europea. Durante el periodo de investigación, la Comisión puede imponer derechos provisionales, de forma que los importadores deben depositar una garantía para el pago de los correspondientes derechos. Estas garantías se harán efectivas en el caso de que el Consejo de Ministros de la UE acordara la imposición de derechos compensatorios definitivos, cuya validez suele ser, generalmente, de cinco años.”

²³¹ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu>.

casos en los que se compruebe que dicha regulación conduce a un mejor objetivo, que el mercado por sí solo no podría lograr.

Las causas de esta desregulación tienen su base en la convicción que se ha ido cimentando en el seno de la sociedad, no sin razón en muchos casos y en otra absolutamente falta de argumentos, de que la gestión pública únicamente atiende a criterios de clientelismo político, sin ajustarse su actuación a criterios de eficiencia y rentabilidad. En este punto surge el descrédito de los servicios públicos, y la idea de la ineficacia de los poderes públicos en hacer un buen uso de los recursos públicos. Estas cuestiones generan, en gran parte de la ciudadanía, la convicción de que los servicios públicos son sencillamente un derroche.

No son conceptos sinónimos la liberalización económica, las privatizaciones, o la desregulación, pero si pueden enmarcarse como fenómenos que han marcado un nuevo posicionamiento de los poderes públicos y que han provocado sustanciales cambios en las tradicionales instituciones y técnicas jurídicas, y como no podía ser de otro modo, en la concepción de los servicios públicos. Tal y como recuerda GERMÁN FERNÁNDEZ FARRÉRES²³², al reseñar el libro “*Servicio Público y Mercado*” del profesor SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, aludido en varias ocasiones a lo largo de este trabajo: “*la aplicación a los servicios públicos de carácter económico de las reglas sobre la libre competencia supone una profunda mutación de los principios de organización y régimen jurídico que han ordenado su funcionamiento. Pero esa transformación no equivale a su desaparición.*”.

Planteamiento que a juicio de esta autora sigue siendo plenamente válido, no solo por la autoría de quien lo pronuncia, sino por la propia realidad de la actuación de los poderes públicos. Podrá denominarse de múltiples formas, adoptar diversas técnicas jurídicas, pero la actuación de los poderes públicos en el entorno europeo sigue siendo fundamental en el tráfico económico. Todo ello a pesar del empeño titánico de las instancias comunitarias por tratar de copiar el modelo americano de una economía liberalizada. La realidad europea, construida sobre el modelo francés de Estado prestador de servicios, está firmemente arraigada en algunas de las

²³² FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. Reseña al libro “*Servicio Público y Mercado*” de Santiago Muñoz Machado. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 53, mayo-agosto 1998. Págs. 347-358.

sociedades del acervo comunitario (en los países mediterráneos en mayor medida), lo que dificulta la plena consecución de las políticas liberalizadoras.

Así pues, el objetivo, al igual que lo pretende SANTIAGO MUÑOZ MACHADO en su citada obra, es la conciliación de las exigencias del mercado y de la competencia, con las exigencias del servicio público, tales como: la igualdad de acceso de todos los ciudadanos a los servicios, la creación de infraestructuras, la garantía de la continuidad en la prestación de los servicios (fundamental, en el caso de los servicios de estiba y desestiba), así como, la constante modernización de los servicios para adaptarse a las nuevas necesidades que las sociedades demandan.

Ante estos cambios el Derecho Público, y como máximo exponente el Derecho Administrativo, han debido adaptarse a las transformaciones. El profesor ALEJANDRO NIETO²³³ señala acertadamente:

“La evolución permanente del Derecho Administrativo es una consecuencia necesaria de su naturaleza de fenómeno social. Cada sociedad se expresa en un determinado Derecho y las transformaciones sociales arrastran inevitablemente una alteración de la superestructura jurídica; aunque, como puede suponerse, el proceso de arrastre o influencia no es mecánico, sino muy sutil.”

Al operar el Derecho Administrativo en un contexto social determinado que condiciona su margen de actuación, los nuevos postulados liberalizadores de la economía, han hecho tambalearse a las estructuras jurídicas, que han sido desvirtuadas, es entonces cuando se produce la llamada “*huida del Derecho Administrativo*”. Respecto de este fenómeno hacer alusión a dos vertientes:

- Una huida de los poderes públicos hacía el Derecho privado²³⁴ en la regulación de su actividad industrial o comercial.

²³³ NIETO, ALEJANDRO. “*La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*”. Revista Administración Pública, nº 76. 1975. Págs. 9-30.

²³⁴ LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS. “*La renuncia de la administración pública al Derecho Administrativo*”. Revista Administración Pública, nº 136, enero-abril.1995. Pág. 205. “De ahí que la sumisión de la Administración pública al Derecho privado resulte sumamente problemática. Desde los presupuestos de nuestro ordenamiento jurídico –como a continuación vamos a ver- la

- La huida de los entes públicos, principalmente, en la adjudicación de contratos públicos, que las instituciones Comunitarias se han encargado de perseguir, en aras a lograr una efectiva competencia de todas las empresas de la Unión en las licitaciones.

Ejemplos de la primera vertiente han sido: la creación de entes públicos creados *ad hoc* y la importante contratación de personal laboral (sujeto al régimen general) en la Administración. La supuesta finalidad de este cambio es dotar a la actuación pública de una mayor eficacia y eficiencia. Pero la realidad es que se ha pretendido, en muchos casos, huir de los procedimientos administrativos de contratación, para poder adjudicar con más libertad y evadir los controles del gasto público, así como, proceder a la colocación de personal sin proceso selectivo previo, lo que propicia el clientelismo.

Esta separación de la actuación pública del Derecho Administrativo coloca en un grave riesgo la propia encomienda de los poderes públicos: la satisfacción de las necesidades generales o “*procura existencial*” enunciada por FORSTHOFF bajo el término “*Daseinsvorsorge*”²³⁵. Según expresaba SEBASTIAN MARTÍN-RETORTILLO²³⁶ el Derecho Administrativo ha constituido históricamente un “*cauce fundamental para racionalizar el poder –racionalizarlo, en el término más weberiano del término-, y para garantizar a los ciudadanos la cobertura de sus derechos e intereses frente a ese mismo Poder*”. La proliferación de órganos *ad hoc* no ha resultado ser el mejor cauce para tan loable propósito. La proclive tendencia hacia Derecho privado ha puesto en riesgo, la propia imagen de los

elección de las formas y regímenes jurídico-privados no permite garantizar los principios públicos necesarios en toda actuación de la Administración, o lo que es lo mismo, no es garantía suficiente de que la actuación de la Administración sólo va a perseguir los intereses generales, dentro del respeto a los derechos y legítimos intereses de los particulares y, muy especialmente, a los derechos fundamentales. El peligro es, por tanto, que la Administración se refugie en el Derecho privado para escapar de las vinculaciones que el Derecho público específicamente ha creado para ella.”

²³⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO. “*La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de «Daseinsvorsorge»*”. Revista Administración Pública, nº 38, mayo-agosto.1962. Pág. 37. “Dicho término es un conglomerado de tres raíces distintas: la palabra *Sorge* significa cuidado, atención, dedicación; el termino *vor* es una preposición que encierra la idea de precedencia o anterioridad, ya sea en el tiempo o en el espacio. Antepuesta aquí al término *Sorge*, viene a expresar conjuntamente el significado de preocupación, procuración, cuidado preventivo, prevención, etc. La palabra *Dasein*, por fin, sirve para denominar la propia existencia humana”.

²³⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN. “*Las empresas públicas: Reflexiones del momento presente*”. Revista Administración Pública, nº 126, septiembre-diciembre 1991. Pág. 70.

poderes públicos, que han obviados las exorbitantes prerrogativas que le concede el Derecho Administrativo, en defensa de las mejores condiciones en la prestación de los servicios, para poder satisfacer sus propios intereses partidistas, dejando atrás la senda de la vocación de servicio público (en la acepción más amplia del término) que debe pregonar siempre la actuación pública.

Pero no solo se ha puesto en tela de juicio la propia imagen de los poderes públicos, también los ciudadanos hemos visto mermados nuestros derechos fundamentales. El Derecho Privado no permite garantizar –como si lo hace el Derecho Administrativo- los principios públicos que garantizan que la actuación de la Administración se ajustará a los intereses generales, y muy en particular los derechos y legítimos intereses de los particulares²³⁷. A juicio de esta autora, no es válida la apelación a las normas sobre la competencia, porque el derecho a la libertad de empresa, no es el único derecho fundamental digno de protección. Un ejemplo, los principios de “*igualdad, mérito y capacidad*”, no pueden garantizarse cuando la contratación de personal se rige por criterios subjetivos y se ajusta a las reglas de la contratación laboral.

Así pues, debería perdurar la idea expuesta por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ²³⁸: “*El Derecho Administrativo, en cuanto Derecho común de las Administraciones Públicas, no está formado solamente por normas positivas, sino también por principios generales, que sirven para articular, interpretar y complementar esas normas, a las que acompañan, formando en torno a ellas un aura inseparable.*” De este modo, sin desdeñar los loables principios del Derecho privado en el marco regulador de las relaciones entre particulares, cabe señalar que la Administración no es un particular más, sino que es el titular de los intereses generales, y por esta cuestión no puede acogerse a las reglas del Derecho Privado sin más, dado que este no puede garantizar que la actuación de los poderes públicos siempre se adecue a los intereses generales.

²³⁷ CHINCHILLA MARIN, CARMEN. “*El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?. Reflexiones sobre el caso de la televisión*”. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor E. García de ENTERRÍA, tomo II. Civitas. Madrid.1991.Págs. 943 y ss.

²³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN “*Curso de Derecho Administrativo. I*”. Civitas. Madrid. Edición de 2002.Pág.44.

Por lo que se refiere a la segunda vertiente, relativa a la adjudicación de contratos públicos, son múltiples las Sentencias Comunitarias y las Directivas que han matizado cuando un ente público merece ser considerado poder adjudicador, y por tanto, sujeto a las prescripciones normativas comunitarias sobre contratos públicos. JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN²³⁹ señala respecto de esta idea: “*Las Directivas parten de una noción funcional de poder adjudicador, de la que deriva que no solo los entes públicos, formalmente tales, sino cualquier entidad de titularidad pública cae en el ámbito de las normas comunitarias, siempre que en la misma el ente público tenga influencia dominante y que se dedique a actividades de interés general, que tengan carácter mercantil*”. Durante años el legislador español ha transpuesto de forma incorrecta las Directivas Comunitarias en materia de contratación. Para obviar los principios de publicidad y concurrencia se han creado múltiples entes instrumentales²⁴⁰. Esta cuestión ha generado diversas reprobaciones por parte de las instancias comunitarias.

Respecto a las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado, la Ley de Contratos del Sector Público, actualmente recogida en el *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* (TRLCSP), establece en la Disposición adicional vigésima segunda²⁴¹, relativa al Régimen de contratación de ciertos Organismos,

²³⁹ BAÑO LEÓN, JOSÉ M^a. “*La figura del contrato en el Derecho Público: Nuevas Perspectivas y límites*.” La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo. INAP. Madrid. 2004. Págs.11-29.

²⁴⁰ BAÑO LEÓN, JOSÉ M^a. “*La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”. Revista Administración Pública, nº 151, enero-abril 2000. Pág. 15. “Para el Derecho comunitario, resulta una obviedad que cualquier forma jurídica que utilice el Estado u otro ente público es irrelevante si como consecuencia de su actividad y de su financiación y control efectivo cabe incluirlo dentro del concepto de poder adjudicador. En consecuencia, las piruetas jurídicas de la LCAP para excluir radicalmente a las sociedades de capital público, o el hecho de que expresamente no se incluyan en el ámbito de la Ley a otras formas jurídicas privadas cuando se utilizan por la Administración (fundaciones privadas constituidas por entes públicos), resulta indiferente para el Derecho Comunitario. Las fundaciones privadas controladas o financiadas por entes públicos o por otras fundaciones públicas o las personas privadas dominadas por un ente públicos quedan sujetas a las Directivas comunitarias de contratación cuando hayan sido creadas para satisfacer actividades de interés general.”

²⁴¹ BOE nº 276 de 16 de noviembre de 2011.

“Disposición adicional vigésima segunda. Régimen de Contratación de ciertos Organismos.

1. El régimen de contratación de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, el ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias será el establecido en esta Ley para las entidades públicas empresariales.

la consideración de estos como **entidades públicas empresariales** a efectos de su consideración como integrante del sector público. Igualmente se especifica que las instrucciones reguladoras de los procedimientos de contratación serán elaboradas y aprobadas por el Ministerio de Fomento.

Más adelante se analizará la situación normativa actual y se tendrá ocasión de estudiar, como la consideración como entidades publicas empresariales de las autoridades portuarias, en numerosas ocasiones, debe analizarse conjuntamente con regulaciones sectoriales. En relación con los servicios de estiba y desestiba pueden generarse controversias por lo que se refiere al establecimiento de contratos administrativos. El Art. 19 del TRLCSP parece aludir únicamente a las Administraciones Públicas la celebración de contratos administrativos, para seguidamente, especificar en el Art. 20 del TRLCSP que tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector públicos que no reúnan la condición de Administraciones Públicas. De este modo, los contratos celebrados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las disposiciones del TRLCSP.

Esta cuestión deberá ser puesta en relación con el Art. 101 del TRLPMM, que permite a las Autoridades Portuarias promover la construcción de obras públicas portuarias en régimen de concesiones administrativas. Así pues, cabría preguntarse si las Autoridades Portuarias, al no ser consideradas estrictamente Administraciones Públicas, pueden hacer uso de todas las potestades propias de las Administraciones Públicas en el desarrollo de los contratos administrativos de concesión de obra pública.

Como conclusión, las teorías clásicas del servicio público no deben ser vistas como muebles viejos que redecorar, sino como la base que no se debe olvidar. Es cierto que deben adaptarse al nuevo escenario económico, pero nunca ser desterradas; ha costado décadas y múltiples conflictos bélicos la conquista de las libertades sociales y del Estado social del que disfrutamos hoy los ciudadanos en gran parte de las sociedades. Seguidamente, se realizará un repaso a los servicios

2. Las instrucciones reguladoras de los procedimientos de contratación de las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado serán elaboradas y aprobadas por el Ministro de Fomento, previo informe de la Abogacía del Estado.”

públicos en el Ordenamiento jurídico español, partiendo del protagonismo adquirido por esta técnica tras la aprobación de la Constitución de 1978 hasta la situación actual en la que imperan las políticas para ajustar el déficit público, y que en la mayoría de los casos suponen en la práctica una merma de los servicios públicos.

III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. EN PARTICULAR LOS SERVICIOS PORTUARIOS DE ESTIBA Y DESESTIBA.

1. Preliminar.

Una vez analizado en el apartado anterior la noción de servicio público, se trata ahora de contextualizar en el Ordenamiento Jurídico Español la idea de servicio público en los servicios portuarios a los que se refiere esta tesis. Para ello, en primer lugar se repasará la evolución sufrida por el concepto desde la aprobación de la Constitución de 1978 (CE). Muchas de las ideas que se estudiarán a lo largo de las siguientes páginas son herederas de los postulados constitucionales consagrados en la maltrecha, y ahora reconocida, Constitución de 1812. En ella se consagran la libertad de comercio e industria, y como no, la propiedad, pero también se garantiza una intervención del Estado en la garantía de los derechos de todos los ciudadanos. En concreto, el Artículo 4 de la Constitución de Cádiz establecía: *“la nación está obligada a conservar y proteger por Leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”*.

En las páginas siguientes se expondrá un estudio sobre la noción de servicio público en relación a las labores de estiba y desestiba, así como, referencias al régimen jurídico de los servicios portuarios de estiba y desestiba, principalmente, desde la aprobación de la Ley de Puertos de 7 mayo de 1880. Esta norma se enmarca dentro de las Leyes relativas a las obras públicas que se llevaron a término durante el siglo XIX, entre las que destacan la *Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877*, y la *Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre* del mismo año. La reglamentación de estas actividades, aun siendo particularmente exhaustiva, no atribuyó propiamente la consideración de servicio público a estos servicios, se

limitó a su argumentación como “**actividad privada de interés público**”²⁴². De este modo se catalogaban una serie de actividades privadas que llevaban a término los particulares, que al estar vinculadas al interés público eran objeto de una intensa reglamentación administrativa.

No obstante, desde el Reglamento de Puertos de 1928 se contemplaba la posibilidad de que la Administración prestará directamente la actividad de estiba y desestiba, como por ejemplo con el arrendamiento de diversas infraestructuras del puerto grúas, carretillas, etc. Igualmente, años más tarde, la *Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios aprobada por Orden de 5 de diciembre de 1969*²⁴³ establecía en su Artículo 13, una matización para que el Servicio de Trabajos Portuarios, excepcionalmente, se hiciera cargo del servicio en defecto de que empresarios o Juntas del Puerto no lo realizarán.

Por lo que se refiere a la intervención pública en las actividades portuarias de estiba y desestiba, este trabajo se referirá a dos ámbitos de justificación:

- La relación que mantienen los servicios de estiba y desestiba con el dominio público marítimo titularidad de la Administración.
- La conexión de los servicios con el interés general de preservar el normal desarrollo del tráfico marítimo.

²⁴² GARRIDO FALLA, FERNANDO. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, vol. I. Parte General. Tecnos. 12ª Edición. 1987. Pág. 49. “En realidad, estos pretendidos actos administrativos de origen privado se han querido descubrir en los supuestos siguientes: 1) actos realizados por personas o entidades privadas encargadas de la gestión de un servicio público, o de actividades de interés público, y que han recibido por delegación poderes especiales para ello; 2) actos relativos a servicios públicos industriales o comerciales, o de la seguridad social, gestionados por personas jurídicas privadas”.

²⁴³ BOE nº 312 de 30 de diciembre de 1969.

Art. 13 “La intervención de la Sección de Trabajos Portuarios en la organización del trabajo quedará limitada a la vigilancia para el exacto cumplimiento de las disposiciones laborales vigentes en general, las específicas de esta Ordenanza y las del particular del puerto, dando cuenta a las autorizaciones correspondientes de cuantas deficiencias e irregularidades se observen.

En el caso de infracción de índole laboral, corresponderá a la Inspección de Trabajo levantar las oportunas actas, y a la Delegación de Trabajo el imponer las sanciones que procedan, de acuerdo con las normas de general aplicación y las especiales de esta Ordenanza.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, excepcionalmente podrá la Sección de Trabajos Portuarios proceder a la organización de determinadas operaciones o servicios, en defecto de empresarios o Juntas de Puerto que los realicen; en tal caso, su actuación se llevará a cabo en idénticas condiciones que las Empresas y las tarifas a aplicar no deberán ser superiores ni inferiores a las establecidas en cada puerto para las Empresas que ejecuten análogas operaciones o servicios.”

En cuanto a la conexión de los servicios, con el interés general de asegurar el tráfico marítimo, es muy significativa la argumentación realizada por JOSÉ M^a GONDRA ROMERO²⁴⁴ en 1970. Algunas de las reflexiones avanzadas por este autor llevarían, casi diez años más tarde, a la consideración de las actividades de estiba y desestiba portuaria, como un verdadero servicio público:

“La creciente tendencia que se observa en el Derecho comparado a la institucionalización administrativa de los servicios portuarios de carga y descarga se explica, independientemente del fenómeno general del intervencionismo cada vez más intenso del Estado en los diversos sectores de la actividad privada, por los grandes problemas que plantea el incremento constante del volumen del tráfico marítimo y la insuficiencia de superficie e instalaciones de los puertos. La satisfacción del fin público de asegurar la regularidad y la rapidez de estas operaciones de manipulación de las mercancías en los puertos exige que la Administración no se limite a ejercer una actividad de mero control sobre estas operaciones, ni siquiera de prestación directa pero con carácter supletorio, sino que realmente asuma entre sus fines propios la satisfacción de aquellas necesidades, atribuyendo institucionalmente el servicio a un ente público que lo explote en régimen de gestión directa o lo conceda a los particulares”.

De este modo queda patente la importante significación de las actividades portuarias, a las que alude esta tesis, en el tráfico marítimo, siendo éstas consideradas de interés público. Principalmente, la necesidad de asegurar una regularidad en la prestación del servicio, fue lo que llevó al legislador español de finales de los años ochenta, por primera vez, a la consideración de dichas actividades como servicio público.

Una ejemplificación de esta nueva concepción son las primeras líneas del *Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de los buques*. En esta normativa se alude en la Exposición a la importancia del tráfico marítimo de mercancías para la economía española: “ *La indudable importancia que las actividades portuarias de carga, descarga, estiba y*

²⁴⁴ Ob.cit. GONDRA ROMERO, JOSÉ MARÍA. “Régimen Jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo”. Pág.33.

desestiba de mercancías tienen para la economía española, habida cuenta el importante volumen de tráfico de mercancías que a través de los puertos se produce en nuestro país, justifica el tratamiento de dichas actividades en una norma con rango de Ley que contemple, mediante una regulación global y completa, los distintos aspectos de esta actividad, a partir de la consideración de la misma como un servicio público esencial de titularidad estatal”.

Pues bien, a lo largo de las próximas páginas se tratará de contextualizar la evolución sufrida por el Ordenamiento Jurídico tras la aprobación de la CE de 1978. La pretendida adecuación de la normativa relativa a los servicios de estiba y desestiba, anterior a la promulgación de la Constitución, tiene su base en diversos preceptos constitucionales relativos a la actuación de los poderes públicos, que posibilitaron una mayor intervención en la actividad económica.

2. Significación de los servicios públicos en la Constitución Española de 1978.

Una vez más somos herederos de la tradición francesa, al igual que los constituyentes de 1812 no podían dejar de tener como referente el ideario de la Revolución Francesa, acontecida años antes, los padres de la CE de 1978, tampoco pudieron obviar las corrientes venidas del país galo sobre el papel que debían desempeñar las Administraciones públicas en el seno de un Estado social, y muy especialmente las teorías sobre el servicio público. Como se ha tenido ocasión de analizar, en Francia históricamente la idea de servicio público fue adquiriendo cada vez más relevancia. En particular, con las resoluciones del *Arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873²⁴⁵, *Arrêt Terrier* de 6 de febrero de 1903, *Feutry* en 1908, y *Thérond* 1910²⁴⁶, por las que se consagra la idea de

²⁴⁵ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO “*Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*”. Pág. 85. En palabras de éste autor citando al Tribunal de Conflictos: “la responsabilidad que puede corresponder al Estado por los daños causados a los particulares por las personas que emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones entre particulares; dicha responsabilidad no es ni general ni absoluta; se rige por sus normas especiales que varían según las exigencias del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.

²⁴⁶ *Ibidem*. Pág.86. “ El *Arrêt Terrier* lo adopta el Consejo de Estado francés el 6 de febrero de 1903. El Conseil aceptó su competencia para conocer de una reclamación económica relativa al pago de primas debidas en un contrato para la eliminación de alimañas porque « de la admisión, por parte del Perfecto, de la reclamación presentada, nace entre las partes un litigio cuyo conocimiento pertenece al Consejo de Estado» (...) El *Arrêt Feutry* del Tribunal de Conflictos, de 29 de febrero de 1908, y el *Arrêt Thérond*, del Consejo de Estado, de 4 de marzo de 1910, utilizan también el criterio del servicio público en los términos más amplios para concluir, en el último caso, especialmente, que cualquier contrato que tenga por objeto la prestación de un servicio

servicio público. Éste pasa a ser considerado como la justificación de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, al tratarse de una actividad prestacional que lleva a cabo el Estado, en régimen de monopolio y que se somete al Derecho Público.

La concepción francesa del servicio público se fue paulatinamente traduciendo en la actividad de la Administración por medio de diversas técnicas, de este modo, en la elaboración de la CE de 1978 se trató de heredar algunas de estas técnicas. Como señala SANTIAGO MUÑOZ MACHADO²⁴⁷ son múltiples los ejemplos de artículos en los que, de una manera más expresiva o menos, se trata de salvaguardar la noción de servicio público que deben predicar las Administraciones Públicas.

Otro de los referentes de la CE de 1978 se encuentra en la Constitución de la II República en 1931²⁴⁸, matizando las divergencias entre una y otra, lo cierto es que pueden encontrarse algunos puntos de unión²⁴⁹, como es el establecimiento de Estado de Derecho. En ambas constituciones los principios constitucionales están por encima de la Ley, lo que condiciona a todo el Ordenamiento Jurídico; otro de los puntos de unión se encuentra en el hecho de que la CE de 1978 recobra la idea de la descentralización política de ciertos territorios.

público se considera sometido a reglas especiales, es un contrato administrativo, y conoce de él la jurisdicción contencioso-administrativa”.

²⁴⁷ *Íbidem*. Pág. 106. “La recepción del concepto en la Constitución de 1978 es expresa en algunos de sus preceptos. Por ejemplo, el artículo 27.4 se refiere a la enseñanza básica que impone como «obligatoria y gratuita». (...) El artículo 28.2 alude a los «servicios esenciales» que deben mantenerse en caso de huelga. (...) El Artículo 50 establece que los poderes públicos deben promover el bienestar de los ciudadanos mediante un sistema de «servicios sociales».

²⁴⁸ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “De la II Republica al Siglo XXI, las transformaciones del Derecho en setenta años”. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22, nº 66, septiembre-diciembre. 2002. Pág.97. “Si ponemos un poco de distancia del contenido concreto de cada una de estas previsiones constitucionales y medidas legislativas concretas, para buscar rasgos superiores que definan el espíritu constituyente de 1931 y la significación histórica de su labor, me parece que pueden sintetizarse, desde el punto de vista jurídico que atendemos, en lo siguiente: los constituyentes de 1931 renovaron el sistema jurídico español incorporando simultáneamente principios que procedían del constitucionalismo francés, y otros que no habían tenido ningún desarrollo en Francia, que habían empezado a implantarse tímidamente en algunos países europeos (...) Estas diferencias las rompe el constituyente español de un golletazo, y aprueba un texto constitucional que incorpora, con la máxima ambición, formas de organización jurídica y política sobre las que Europa apenas tenía experiencia”.

²⁴⁹ *Íbidem*. Pág. 104. “La Constitución de 1978 retoma la mayor parte de los argumentos que ya explayó la Constitución de 1931. Dejó fuera, desde luego, algunos de los que más tensión ideológica habían generado en los debates de ésta última, como la ardua cuestión de la intervención pública en la propiedad privada, las expropiaciones (que solo requerirían la «adecuada indemnización» y no un justiprecio estricto) y la socialización de la propiedad, asuntos todos estos regulados en un apretado artículo 44, que motivo una viva discusión...”

Centrando el estudio en la CE de 1978 el punto de partida es el propio Art., en él se establece que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, con todas las implicaciones, ya analizadas, que dicha proclama conlleva; dado que el establecimiento de un Estado Social lleva implícita una actuación de los poderes públicos en la actividad económica. Tradicionalmente ha existido una cierta controversia sobre si podía considerarse a la CE de 1978 una “*Constitución económica*”, entendiéndose por esta según MANUEL GARCÍA PELAYO²⁵⁰: “...*las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico*”. La realidad, tal y como, sostiene uno de los siete padres de la Constitución, MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN²⁵¹, es que tras la supuesta neutralidad económica de la Constitución de 1978, lo innegable es que si que se prevé la regulación de un determinado “*orden económico*”, que trata de hacer conjugar la actividad económica pública y la privada, dentro de un mismo contexto: el Estado Social.

El propio Tribunal Constitucional se ha encargado de señalar que si existen una verdadera constitución económica en la CE de 1978. En la SSTC 1/1982 de 28 de enero, Fundamento Jurídico I se indica:

“En la Constitución Española de 1978 a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica: el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse, con carácter unitario,

²⁵⁰ GARCÍA PELAYO, MANUEL “*Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la constitución*”. Estudios Constitución Española 1978. Librería Pórtico Zaragoza. 1979. Pág.31.

²⁵¹ HERRERO DE MIÑÓN, MIGUEL. “*La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración*”. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 57, septiembre-diciembre 1999. Pág.12. “El orden económico es claro que existe y su dimensión normativa-institucional es de grande importancia. Por eso, haya o no Constitución económica en sentido formal, si existe una Constitución económica material que es el fundamento constitución, cuanto menos tácito, del derecho de la economía en el más amplio de sus sentidos”.

unicidad que está reiteradamente exigida en la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo»”.

De este modo, las reglas de lo que podría entenderse como una Constitución económica, se asientan fundamentalmente, sobre tres artículos, el 38, el 128 y el 131. Es decir, el reconocimiento de la “*libertad de empresa*” (Art. 38), indicando que no se configura como un derecho fundamental, y la habilitación a la Administración para intervenir en la economía en aras a la defensa del interés público (Art. 128). El intento de armonizar ambos preceptos ha sido, y será, objeto de múltiples interpretaciones y controversias por parte de la doctrina, y como no, de los poderes públicos.

Con detenimiento se debe analizar el Art. 128.2 de la Constitución dado que este precepto no solo reconoce la plena legitimidad de la iniciativa pública en la economía, sino que también habilita para detraer mediante Ley la iniciativa de los particulares de determinadas actividades, reservándose la Administración la capacidad de actuación en exclusiva en un sector que pasa a ser considerado como servicio esencial. Como expresa DAVID BLANQUER CRIADO²⁵² al decir:

“Es la propia decisión formal de «publicatio» adoptada por el legislador, y la reserva de la iniciativa económica que comporta, la que permite hablar con rigor de un servicio que es de naturaleza y titularidad pública. Estamos ante un «concepto formal», en el sentido de que solo son auténticos servicios públicos los que han sido expresa y formalmente calificados como tales en una norma con rango o fuerza de Ley, dictada en relación a lo establecido en el Art. 128.4 CE”.

Este mismo autor cita como ejemplo un supuesto que alude a los servicios portuarios²⁵³:

“Por explicarlo con un ejemplo, lo determinante de la existencia de un servicio público no es que materialmente se trate de la prestación de un servicio de transporte de viajeros por carretera, por aire o por mar; la clave es que cualquiera de esos servicios de transporte esté formalmente

²⁵² Ob.cit. BLANQUER CRIADO, DAVID. “*La concesión de servicio público*”. Pág.306.

²⁵³ *Ibidem*. Pág. 307.

reservado por una ley a la iniciativa económica de la Administración, excluyéndose así la libertad de empresa de la iniciativa privada. En consecuencia, unas mismas prestaciones pueden ser en un determinado momento de la historia un auténtico servicio público, y sobrevenidamente perder esa calificación jurídica, al dictarse una ley posterior que suprime la reserva de titularidad a la Administración (como ya se ha apuntado, así ha sucedido en España con los servicios portuarios, en los que la «despublicatio» fue decidida por la Ley 48/2003”.

No se debe olvidar, por tanto, que tras la forma de interpretar el papel del Estado, subsiste una concepción ideológica. Así pues, los dirigentes políticos que han gobernado en España, según sean de una corriente política u otra, han implementado las políticas públicas más acordes a su ideario político. Fruto de esta alternancia política son los diferentes procesos de monopolio o privatización de diversos sectores de la actividad económica. Como no podía de ser de otro modo, los servicios de estiba y desestiba portuaria no han sido ajenos a estos cambios, pasando de una primera concepción como servicios públicos a finales de los ochenta, a ser actividades casi liberalizadas a principios del siglo XXI.

Seguidamente, se tratará de hacer una sucinta referencia a los preceptos constitucionales mencionados, partiendo en primer lugar del análisis del Art. 128 de la CE, dado que son múltiples los conceptos que pueden ser interpretados dentro de este precepto: “iniciativa pública en la actividad económica”, “reserva al sector público”, “servicios esenciales”, “monopolio”, “intervención de empresas”. Por lo que, en primer lugar, se tratará de dar una visión general, que será puesta en valor más adelante, al analizar en concreto la evolución de los servicios de estiba y desestiba portuaria.

En general en el ámbito de los servicios portuarios se ha producido un fenómeno de “despublicatio” que se estudiará con detenimiento al analizar el cambio en la legislación portuaria que supuso la Ley 48/2003; con esa norma la iniciativa privada paso a desarrollar la prestación del servicio. El hecho de que se produzca una “despublicatio” tiene como principal consecuencia que el servicio deja de estar reservado en exclusiva a la titularidad administrativa, y consecuentemente, se produce una falta de necesidad de utilizar como título habilitante la concesión

administrativa, porque no se cede ya la gestión de un servicio público sino que la Administración únicamente se limita a reconocer que la iniciativa privada puede ejercer su derecho de acceso a la prestación de servicios. Son numerosos los ejemplos al respecto de este proceso, dado que muchos servicios han sufrido esta misma transformación de desaparición de la reserva de titularidad de una actividad administrativa en manos de los poderes públicos, los servicios eléctricos, los funerarios, etc.

Al respecto del fenómeno conocido como «*despublicatio*» JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA²⁵⁴ analiza:

“Por ejemplo, si toda «publicación» de servicios conlleva la publicación de la actividad de que se trate, su «despublicatio» no implica la existencia o subsistencia de una actuación prestacional pública junto a los servicios análogos que a partir de aquella pueda prestar el sector privado. Ni esa «despublicatio» (privatización de la titularidad pública preexistente sobre una actividad considerada «in genere») tiene por qué verse acompañada de una transferencia de titularidades patrimoniales concretas desde el sector público al sector privado (por ejemplo, si la despublicación se hace efectiva sin más con la extinción o liquidación de las empresas públicas hasta ese momento existentes”.

En el caso concreto de la estiba en el año 2003 pasa de ser una actividad que prestaban las Autoridades Portuarias, y con la calificación de servicio público, a abrirse a la iniciativa privada, no obstante, aunque ya no debían prestar las autoridades portuarias el servicio, se establecieron las obligaciones de servicio público que debían cumplir las empresas privadas prestadoras del servicio. Dichas obligaciones están contenidas en el actual Art. 110 del TRLPMM. Tal vez, el fenómeno que plantea JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA en el caso de la estiba como se tendrá ocasión de analizar a lo largo de esta tesis no ha sido tan sencillo, en la práctica han perdurado estructuras monopolísticas aunque soterradas bajo una aparente liberalización del servicio, de no ser así no se explicaría la Sentencia del Tribunal Europeo de 11 de diciembre de 2014.

²⁵⁴ Ob.cit. SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M^a. “La actividad de la Administración y el servicio público”. Pág. 58.

2.1 Interpretaciones y controversias sobre el Art. 128. de la Constitución de 1978 y su trascendencia en la noción de servicio público.

Como ya se ha puesto de manifiesto uno de los preceptos más significativos, y más controvertidos, es el artículo 128, al señalar expresamente: “*1.Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés público*”. Como advierten algunos autores²⁵⁵, alguna otra Constitución del entorno europeo, como la Italiana, ya había hecho regulaciones similares, habilitando a los poderes públicos a la reserva de servicios públicos esenciales.

Son tantas las consideraciones que se pueden extraer de este artículo que es evidente que el constituyente no tenía la pretensión de dotar a la Constitución de un concepto único de servicio público, sino que una regulación tan amplia, abre la puerta a múltiples interpretaciones. A lo largo de este trabajo, se defiende la postura de SANTIAGO MUÑOZ MACHADO²⁵⁶ en relación a la constitucionalización del servicio público: “*...la ideología del servicio público está contitucionalizada y es estable. No lo son y admiten, en consecuencia, todas las variantes que jurídicamente sean posibles, las técnicas concretas a través de las cuales se organizan los servicios públicos*”.

²⁵⁵ LÓPEZ CANDELA, JAVIER EUGENIO. “*Sobre la necesidad de un concepto de servicio público*”. Consejo General del Poder Judicial. 2004. Pág. 24. “Sin embargo, verdadero realce tiene el art. 128.2 de la CE, inspirado en el art. 43 de la Constitución italiana, el cual consagra tres importantes potestades administrativa: la de intervención de empresas, la de reserva y la de iniciativa publica.”

En concreto, el Art. 43 de la Constitución de la Republica Italiana de 27 de diciembre de 1947 expresamente señala:

“La Ley podrá, con finalidades de interés general, reservar a título originario o transmitir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entes públicos o comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas, que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio y tengan carácter de interés general predominante”.

²⁵⁶ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO “*Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*”. Pág. 113.

Sin embargo, ha habido corrientes doctrinales, como la sostenida FERNANDO GARRIDO FALLA²⁵⁷, que abogan por una noción de servicio público tras la regulación de la CE de 1978, con unas características propias:

“El concepto de Service Public, como eje central del Derecho administrativo, es una construcción típicamente francesa y del Derecho francés fue importada en España por nuestra doctrina científica, legislación y jurisprudencia. Ahora bien, en el momento actual tiene sus rasgos propios, que son la consecuencia, en primer lugar, de que el Derecho administrativo español, a diferencia del francés, no es una construcción doctrina cerrada en su propio ordenamiento jurídico-positivo (por el contrario, aparte la francesa, las influencias de las doctrinas italiana y alemana son notorias); en segundo lugar, porque las propias exigencias de nuestro ordenamiento positivo han determinado un uso del concepto, que en algunos aspectos, difiere bastante del francés”.

A lo largo de esta tesis se partirá de una visión constitucional que permita un análisis más amplio de las diversas técnicas que convergen en la idea de servicio público, en sintonía con la idea de Derecho administrativo que se puede extraer del conjunto del ordenamiento jurídico.

Por su importancia y trascendencia, el apartado segundo del citado precepto 128 CE requiere de un mayor análisis. LUIS MARTÍN REBOLLO²⁵⁸ al interpretar el Art. 128.2 se cuestiona si: “¿Está previendo este artículo la declaración de recursos o sectores como de servicio público?”. La solución a mi juicio está en analizar el papel que le corresponde a los poderes públicos al constitucionalizar la cláusula del Estado social, y valorar si existen razones que justifiquen detraer determinadas actividades de las reglas del libre mercado, en aras a garantizar el interés general que encarnan. En el caso de los servicios de estiba y desestiba portuaria se ha mantenido durante bastantes años que había razones de interés general que justificaban dicha consideración, veremos si aun subsisten a pesar de

²⁵⁷ GARRIDO FALLA, FERNANDO “El concepto de servicio público en Derecho Español”. Revista de Administración Pública, nº 135. 1994. Pág. 7.

²⁵⁸ MARTÍN REBOLLO, LUIS. “De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”. Revista Administración Pública, nº 100-102, enero-diciembre 1983. Págs. 2471-2542.

que las Administraciones públicas han dejado de tener participación en las sociedades de estiba.

Evidentemente, es una cuestión sujeta a criterios de oportunidad política el hecho de detraer determinados servicios o recursos del mercado. El único requisito exigible por la CE, es que ésta se realice sobre bienes o servicios esenciales. Este matiz ha delimitado el marco de las posibles nacionalizaciones que se hayan podido acometer, dado que, única y exclusivamente debían referirse a servicios esenciales. Por otro lado, esta cuestión no ha impedido que puedan existir otro tipo de servicios públicos, en relación a bienes o servicios no esenciales, que pueden concurrir con el sector privado. Un ejemplo ampliamente estudiado por la doctrina: la televisión.²⁵⁹

En opinión de SANTIAGO MUÑOZ MACHADO²⁶⁰ el modo de proceder a realizar dicha reserva puede ser de dos modos: o bien, excluyente del sector privado, que únicamente podrá actuar como concesionario, o bien puede tratarse de una reserva abierta en el que el sector privado puede realizar prestaciones idénticas a las reservadas al sector público. Este autor sostiene que en ningún caso el Art. 128.2 está imponiendo que las reservas al sector público sean en régimen de exclusividad, pueden concurrir empresarios privados, siempre y cuando, cumplan con los requisitos de una intervención administrativa previa.

De este modo, se pueden diferenciar una concepción del servicio público, vinculado a la titularidad pública de la actividad, y que por tanto elimina la libertad de empresa, y donde la única forma de acceder al sector es por medio de la técnica concesional. De otra concepción del servicio público, que no conlleva el

²⁵⁹ En particular se recomienda el trabajo de la profesora CHINCHILLA MARIN, CARMEN. *“El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?. Reflexiones sobre el caso de la televisión”*. Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de ENTERRÍA. (Coord. por Sebastián Martín-Retortillo Baquer), vol. 2 “De los derechos y deberes fundamentales”. Civitas. Madrid.1991. La conclusión de sus trabajos se resumen en una defensa, a mi juicio muy acertada, sobre la consideración de que la televisión puede ser un servicio público. En tanto, que de este modo puede garantizarse mejor el ejercicio de algunas libertades públicas, que probablemente, y es mi opinión, los medios privados no garantizarían en tanto que, atiendan a sus propias líneas editoriales. Igualmente, considera CHINCHILLA MARIN que en ningún caso el establecimiento de un servicio público, conculca la libertad de comunicación por cualquier medio, tal y como, se reconoce en el Art. 20 del Texto Constitucional.

²⁶⁰ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *“Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho”*. Pág. 1126.

monopolio de la titularidad a favor de los poderes públicos, y que puede ser concurrente con la iniciativa de los particulares. Lo verdaderamente importante en ambos casos, es como señala GERMÁN FERNÁNDEZ FARRÉRES²⁶¹ asegurar unos mínimos niveles de regularidad en los servicios:

“es garantizar a todos la satisfacción regular y continua y con un nivel de calidad determinado de ciertas necesidades que se constituyen imprescindibles para la vida admiten diversas respuestas, desde la «publicatio» y el monopolio «iure» e, incluso, la gestión pública, hasta otras técnicas menos agresivas pero no menos eficaces, como la reglamentación de las actividades”.

Algunos autores consideran a estos servicios como “servicios públicos impropios”²⁶², en tanto que, aluden a servicios prestados originariamente por los particulares, en base a una reglamentación previa dictada por los poderes públicos, ejemplos concretos, son el caso de las farmacias y los taxis.

Bajo la influencia del Derecho comunitario, la primera de las concepciones del servicio público, actividades monopolizadas bajo la dirección del Estado y excluyentes del sector privado, han ido paulatinamente desapareciendo. Pero en la segunda de las acepciones debe apreciarse que subsiste claramente una noción de servicio público, en aras a garantizar la regularidad de unas prestaciones básicas para la colectividad, que las reglas de mercado no pueden asegurar. En esta línea las Instancias comunitarias han plasmado en diversos documentos su interés de mantener una cohesión social y territorial en todos los Estados miembros, y para ello se hace indudablemente necesario que los poderes públicos, en el marco de una liberalización de los servicios, sigan mantenido ciertas prerrogativas de

²⁶¹ FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN “*El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía*”. Justicia administrativa. Revista de Derecho Administrativo, nº 18. 2003. Pág.13.

²⁶² CASTELLS ARTECHE, JOSÉ MANUEL. “*La actual coyuntura de la administración prestadora de servicios públicos*”. El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. (Coord. Francisco Sosa Wagner). 2000. Págs. 1991-201. “En este ámbito se incluyen actividades privadas, como la enseñanza privada, la banca, las farmacias o los taxis, sobre los que no existe una declaración formal de servicio público pero sí existen potentes poderes de intervención de la Administración Pública, que de ordinario se traduce en una autorización administrativa de entrada, tras la que el sujeto en cuestión se ve sometido a una minuciosa reglamentación de su actividad, sobre todo en materia de precios, así como un control riguroso acompañado de fuertes poderes sancionadores para los supuestos de incumplimiento, gozando en ocasiones de un régimen de fuertes subvenciones”.

servicio público. Sobre este particular, se estudiarán con más detalle en próximos capítulos, las disposiciones de los Tratados relativas a los valores comunes de la Unión en relación con la promoción de la cohesión social.

Casi con total seguridad, el concepto más difícil de determinar del propio Art. 128.2, es la delimitación de “*esenciales*”, al hacer referencia a los servicios. El TC ha diferenciado la genérica expresión de servicios esenciales del Art. 128.2, a la alusión a los mismos que se realiza en relación con el ejercicio del derecho de huelga del Art. 28. Para el análisis de este trabajo, únicamente nos centraremos en la acepción del TC relativa al Art. 128.2, por la que asimila los servicios esenciales a las “*prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad*”. En concreto, STC de la Sala Segunda. Recurso de amparo nº 203 y 218/ 1980 de 17 de julio²⁶³, interpuesto por representantes de RENFE, por supuesta violación del derecho de huelga de los agentes ferroviarios:

“...una primera aproximación al concepto en buena medida indeterminado, de servicios esenciales para la comunidad. (...). Dados los términos en que en el momento actual el debate se encuentra establecido, existen por lo menos dos conceptos a los que se ha llamado (...) De acuerdo con la primera idea « servicios esenciales» son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad”.

Pues bien, algunos de los matices de esa esencialidad, están por ejemplo en los servicios de estiba y desestiba: la necesaria prestación del servicio en todos los puertos, la garantía de que siempre habrá trabajadores disponibles para desempeñar estas labores, con la mayor rapidez y diligencia, para ello se requiere que sea personal formado, por la tanto, la propia garantía de la calificación es otra nota de esencialidad en la prestación del servicio. Todas estas cuestiones están íntimamente ligadas a un interés general, el correcto funcionamiento del tráfico marítimo, básico para el desarrollo económico de cualquier país, que cuente entre sus infraestructuras con un sistema portuario.

Si bien es cierto, que debe hacerse una interpretación del Art. 128.2, tratando siempre de no conculcar las reglas de la libre competencia, no es menos cierto,

²⁶³ Disponible en: www.tribunalconstitucional.es

que los poderes públicos no deben obviar hacer uso de sus prerrogativas relativas a la intervención, si con ello puede garantizarse una mayor solidaridad en el acceso a las prestaciones “esenciales” que la sociedad requiere. No debemos olvidar, que la Constitución asegura un espectro muy amplio de valores, no solamente, la libertad de empresa. Así pues, el servicio público, tal y como señalaba SANTIAGO MUÑOZ MACHADO²⁶⁴ “*es una técnica de protección de derechos y libertades constitucionales*”, por este motivo, no deben dejarse a un lado los tradicionales postulados de la noción de servicio público, en tanto que, suponen una garantía del propio texto constitucional.

Para JOSÉ MARIA SOUVIRÓN MORENILLA²⁶⁵ al respecto de la iniciativa pública en la actividad económica, el Art. 128.2 CE tiene dos postulados de actuación del poder público en la actividad económica: “...*la mera iniciativa pública en la economía, actuando el Estado como un sujeto más de actividad económica empresarial junto a los particulares, y la actuación con reserva a su favor de los recursos o actividades de que se trate que quedarán desde ese momento excluidos de la iniciativa privada*”. Para concluir que en ambos casos²⁶⁶:

“... la iniciativa pública en la actividad económica debe dirigirse, vinculada por éste y en los términos expuestos, a la satisfacción del interés general, lo que deberá verificarse, a la vista del alcance y fines de la medida de que se trate, concretados en la decisión formalizada del órgano público que la haga posible; pero ello no implica su necesaria subsidiaridad (es decir, su restricción a sólo el campo de lo que el juego de los intereses particulares no llegara a cubrir), pues esa iniciativa pública puede orientarse al logro del interés general sin tener por ello que ser sustitutiva o subsidiaria de la privada, sino paralela o complementaria de ésta (por ejemplo, cubriendo fines sociales dentro del mercado)”.

Así pues se trata de dar un paso más en el análisis del precepto constitucional y analizar si probablemente el margen de actuación que concede a la acción pública

²⁶⁴ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO “*Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*”. Pág.133.

²⁶⁵ Ob.cit. SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M^a. “*La actividad de la Administración y el servicio público*”.Pág. 183.

²⁶⁶ *Íbidem*. Pág.190.

no ha quedado desfasado y es necesario que se ajuste a la CE una visión mucho más actual de la iniciativa pública, puesto que las antiguas interpretaciones tienen que dar paso a nuevos modelos. Tras la pérdida de posiciones de titularidad por parte de las Administraciones Públicas, estas están adoptando una nueva posición, la del Estado Garante²⁶⁷. Sobre este concepto habrá más adelante un análisis, pero solo adelantar ahora que los Estados están dejando de ser prestadores o simplemente gestores de servicios, por lo tanto, la posición nueva que se debe adoptar es la de garantizar una serie de derechos, en gran medida de tipo social, y que en muchos casos se asimilan fácilmente con las tradicionales obligaciones de servicio público.

JOSÉ ESTEVÉ PARDO considera que esa nueva consideración del Estado deberá conllevar un nuevo posicionamiento del Derecho Público como disciplina jurídica que en muchos casos actúa como red de la actuación de la Administración, pues bien, este autor considera que:

“Este repliegue del Estado, que abandona posiciones subjetivas de titularidad y gestión, habría de verse entonces contrapesado por la extensión del Derecho Público, del Derecho Administrativo, garantizador de los intereses generales más allá de la órbita subjetiva de las Administraciones, más allá del Estado. Si el poder, y con él las relaciones de poder, se encuentran extramuros del Estado, también habrá de aplicarse allí, en las afueras del Estado, el Derecho que se gestó en torno suyo para regular y equilibrar las relaciones de poder, protegiendo y garantizando los derechos e intereses de los particulares frente a los poderes públicos y protegiendo también los intereses públicos en juego”.

Es precisamente, en esa nueva visión del Derecho Administrativo en el que deben buscarse las soluciones para regular sectores que tradicionalmente han estado sujetos a la titularidad de los poderes públicos, y en los que la transición hacia la liberalización se ha hecho de forma poco acertada. Como tal es el caso de los servicios de estiba portuaria, prueba de ello, es que si se hubieran analizado mejor las posibilidades que el Derecho Administrativo puede poner al servicio de una

²⁶⁷ ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La extensión del Derecho Público una reacción necesaria”. Revista de Administración Pública, nº 189, septiembre-diciembre. 2012. Págs. 11-40.

buena gestión, no se habría llegado a una condena al Estado español por un modelo que conculca con postulados comunitarios.

2.2 La libertad de empresa en el sistema económico constitucional y europeo.

Estableciendo ahora un análisis desde el polo opuesto, el de la libertad de empresa puede entenderse que el límite del Art. 128.2 al establecer la técnica de las reservas al sector público de actividades económicas, se encuentra en el propio reconocimiento constitucional de la libertad de empresa, en el Art. 38: “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

La CE de 1978, no configura *per se* un sistema económico. Esa aparente neutralidad deja un amplio margen a las diferentes concepciones ideológicas para encontrar cobertura a sus postulados. JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU²⁶⁸ se refiere a los preceptos constitucionales en el orden económico como “*cláusulas abiertas y flexibles*”, susceptibles de ser interpretadas por los dirigentes políticos. En opinión de esta autora, si bien es cierto que la CE de 1978 abre un amplio espectro a la actuación gubernativa, al tener la capacidad de delimitar la gestión política económica, esta cuestión no debería de ser vista como una hoja en blanco, puesto que existe un gran número de preceptos constitucionales, que si constriñen la actuación pública a unos parámetros de justicia social.

La interpretación de los tribunales es proclive al establecimiento de un sistema de economía mixto, en los que deben coexistir los dos sectores económicos de producción, el privado y el público. Ejemplificativa es la Sentencia del TS 5279/1989 de 10 de Octubre de 1989²⁶⁹ al indicar:

“El Art. 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa pública en la actividad pública en la actividad económica (...) con lo que se proclama

²⁶⁸ GIMENO FELIU, JOSÉ M^a “*Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas*”. Revista de Administración Pública, nº 135, septiembre-diciembre. 1994. Pág. 153.

²⁶⁹ Disponible en: www.poderjudicial.es.

en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de subsidiaridad de la empresa pública respecto de la privada y en el que únicamente se admitía la pública ante la inexistencia o la influencia de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional”.

Por ese motivo, dicho plano de igualdad, también delimita el margen de actuación de uno u otro sector. Igual que la libertad de empresa es un límite al intervencionismo estatal, por la misma, la propia libertad de empresa, encuentra su techo en las previsiones constitucionales que garantizan que el Estado debe velar por el mantenimiento de los servicios esenciales. Así pues, aunque se proclame en el Art. 38 que la libertad de empresa se circunscribe a la economía de mercado, en aquellos casos en los que la autorregulación del mercado no pueda garantizar la universalidad en los servicios, el Estado debe hacer uso de sus prerrogativas y tender a la consecución de lo que el TC, en Sentencia de 28 de enero de 1982 aludida con anterioridad, denominó “orden económico y social justo”.

Una interesante interpretación del Art. 38 realizada por LUIS MARTÍN REBOLLO²⁷⁰ concluye:

“El artículo 38 debe matizarse también a la luz de la cláusula del Estado social –supuesto que toda la Constitución es una norma jurídica, aunque, ciertamente, con distintos sentidos y alcance- y de los condicionamientos que lo enmarcan sin que en ningún caso se pueda atentar, desde luego, a su núcleo garantizado, a su contenido esencial que « solo impide que las condiciones creadas sean tales que anulen la existencia de unidades económica que con un mínimo de libertad puedan mantener relaciones de intercambio a través del mercado», es decir, que postula una pluralidad de actores económicos con capacidad de decisión”

El equilibrio entre la libertad de empresa y la ordenación de la actividad económica, llevada a término por los poderes públicos parece que no tiene en la

²⁷⁰ Ob.cit. MARTÍN REBOLLO, LUIS. “De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”.Pág.2518.

actualidad la precisión de un funámbulo. La cuerda floja de las decisiones políticas tiende a decantarse con demasiada frecuencia del lado de las políticas de liberalización, olvidando que su primigenia función es la de salvaguardar el interés general. No se trata de revindicar viejos monopolios o un intervencionismo exacerbado, que como ya se ha mencionado están en retirada, sino de que el Estado dé cobertura por medio de sus prerrogativas a las necesidades actuales de la sociedad, y para ello cuenta con múltiples técnicas de la mano del Derecho Administrativo.

3. Incidencia de la Constitución de 1978 en los servicios portuarios de estiba y desestiba portuaria.

3.1 La regulación de la estiba y desestiba en el Real Decreto 2302/1980, de 24 de octubre.

Los antecedentes de regulación hasta la aprobación de la Constitución de 1978, se centraban principalmente, como se ha tenido ocasión de analizar en capítulos anteriores, en la *Orden Ministerial de 15 de diciembre de 1947*²⁷¹, en la que se constituye el *Reglamento de Servicios Portuarios*. De este modo, por primera vez una norma se encargaba de regular propiamente el servicio de estiba y desestiba; con esta norma se crea el “*Servicio de Trabajos Portuarios*”, como un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo, posteriormente en 1969 pasará a la denominación “*Organización de Servicios Portuarios*”.

A principios de los años ochenta, aprobada la CE de 1978, es fácil apreciar que los puertos españoles necesitaban una importante regeneración. Las labores de carga y descarga requerían adaptarse a las nuevas tecnologías, para hacer más atractivo al sistema portuario español, y garantizar una mayor rentabilidad a los buques. Debido a estos cambios tecnológicos comienza a producirse una merma en las necesidades de mano de obra, y la que se necesita debe ser cada vez más cualificada. Todos estos cambios, requieren de nuevas infraestructuras portuarias, pero también de una estructura administrativa nueva, y el Estado encuentra en la Constitución de 1978 cobertura constitucional para realizar una incipiente intervención en el sector.

²⁷¹ BOE de 8 de marzo de 1948.

El *Real Decreto 2302/1980, de 24 de octubre, por el que se regula la estructura administrativa de las actividades laborales y empresariales en los puertos de interés general*²⁷², fue una de las primeras muestras legislativas, en su Exposición señalaba:

“Los cambios en la estructura del tráfico portuario, los nuevos procedimientos de transporte marítimo, así como los avances tecnológicos en los medios de carga y descarga, hacen necesaria una nueva ordenación de las Empresas de este sector, a fin de adecuar su estructura a la nueva situación y conseguir una mayor especialización de las mismas que garantice las prestaciones de unos servicios correctos y normalizados, por una parte, y por otra, tienda a la regularidad en el uso de los medios humanos y materiales dedicados a esta labor.

Igualmente, son objeto de regulación por esta norma las relaciones laborales, teniendo en cuenta que la **Organización de Trabajos Portuarios** se adaptó a las previsiones constitucionales y al Estatuto de los Trabajadores de 1980. Esta Organización considerada como un organismo autónomo del Estado de carácter administrativo, y adscrita al Ministerio de Trabajo, pasa a desempeñar la función pública de garantizar la **regularidad en el empleo en el sector portuario**. De este modo, atendiendo a las necesidades de las empresas estibadoras, se regulaba un censo de estibadores portuarios que aseguraba que siempre habría mano de obra disponible para la realización de las labores de carga y descarga, dada la trascendencia de éstas en la economía nacional.

Existen, no obstante, otros motivos de índole económica, MIGUEL NAVAJAS REBOLLAR²⁷³ señala que esta nueva regulación pretendía también acabar con injustificados privilegios de algunos trabajadores portuarios, cuestión que influía de forma negativa en la competitividad de los puertos españoles. No se debe olvidar que la elección de un puerto, en la planificación de la hoja de ruta de un buque, está plenamente condicionada a criterios de rentabilidad. Los operadores tienen en cuenta una serie de gastos fijos a la hora del tráfico de mercancías, entre los que se

²⁷² BOE nº 260, de 29 de octubre de 1980.

²⁷³ Ob.cit. NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL “Régimen jurídico-administrativo de los puertos”.Pág. 235.

encuentran el coste de los servicios de estiba y desestiba. Unos elevados costes salariales obligan a la autoridad portuaria al establecimiento de tarifas más elevadas, por este motivo se consideró necesaria la intervención de las autoridades públicas.

Concluyendo, entre los objetivos primordiales de esta normativa se encontraban: asegurar la regularidad en la prestación de los servicios, garantizar que las necesidades de personal siempre se estarían cubiertas, y que a su vez este personal sería un personal cualificado, y por último, que el coste de los servicios fuera competitivo con otros puertos del entorno europeo. Por este segundo motivo, la normativa de 1980 estableció un régimen de tarifas para los servicios, tratando de asegurar (en palabras del propio texto normativo) *“un sistema claro y conocido de los costes que las operaciones portuarias introducen en el proceso económico general”*. Más adelante, se analizará en detalle que supuso el establecimiento de este régimen tarifario.

3.2 El organismo autónomo la Organización de Trabajos Portuarios (OTP).

Tal y como, señala MIGUEL NAVAJAS REBOLLAR²⁷⁴ la naturaleza jurídica como organismo autónomo de la OTP, generó múltiples controversias, que fueron objeto de diversas sentencias. La Administración entendía que el OTP era una simple oficina de empleo, pero la jurisprudencia, progresivamente fue reconociendo que existían unas condiciones particulares, que inducían a una vinculación laboral entre la OTP y los estibadores.²⁷⁵

²⁷⁴ *Íbidem*. “En relación a la consideración del Organismo Autónomo OTP se planteó una tensa polémica entre la propia administración y las organizaciones representativas de los trabajadores, polémica que tuvo su reflejo en los Tribunales de Justicia. Así, pese a esa consideración inicial de la normativa, el Tribunal Supremo considero a la OTP, en algunas decisiones, no solo como un Organismo Autónomo (persona jurídica de Derecho Público), sino que llegó a calificarlo como «empresario de los estibadores portuarios»”. Al respecto este autor alude a la Sentencia del TS (Sala de lo Social) de 27 de septiembre de 1982 (Ref. Azd. 5284) al señalar que se considera que, aparte del carácter de persona jurídica de Derecho Público, la OTP podía ser considerada como “empresario de los estibadores portuarios sobre los que ejerce facultades disciplinarias”. Recuerda, asimismo este autor, que para el Alto Tribunal una empresa estibadora es una empresa usuaria de un servicio público monopolizado y en cambio la OTP es la concesionaria en régimen de monopolio de dicho servicio público”. (Pág. 236 y ss)

²⁷⁵ Entre el repertorio de jurisprudencia que hace alusión a este tema citar las siguientes: TS (Sala de lo Social), sentencia de 19 de octubre de 1985 RJ/1985/5173; TS (Sala de lo Social), sentencia de 20 de junio 1985 RJ/1985/3432; TS (Sala de lo Social), sentencia de 25 de septiembre 1984 RJ/1984/4466. La mayoría de ellas aluden a la incompetencia del orden social por el objeto del litigio, entendiendo que la competencia es del orden contencioso-administrativo. Pero en algunas de ellas se hace mención a la particular relación que los estibadores, teniendo en cuenta que la OTP garantiza la percepción de los salarios y de las prestaciones a la Seguridad Social. De este

En Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1982²⁷⁶, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), determinó la incompetencia de jurisdicción social, a favor de la Contencioso-Administrativa. En otras Sentencias, en cambio, se mantenía la competencia del orden social, en tanto que la OTP no debía ser considerada más que como una Oficina Especial de empleo, así la STS de 2 de julio de 1983²⁷⁷ dirá expresamente sobre la OTP que: “*no tiene carácter patronal respecto de los estibadores del censo*”. A pesar de que algunas sentencias reconocían que podía existir una naturaleza plural en la propia OTP, la mayoría de las sentencias se decantaban por reconocer que no había un vínculo laboral entre los trabajadores y la OTP.

Aunque lo que aquí interesa es la interpretación del TS respecto de los sujetos intervinientes, en palabras del propio considerando: “*la cuestión suscitada en este procedimiento será promovido por una empresa usuaria de un servicio público monopolizado (la empresa estibadora Compañía Industrial y de Abastecimiento S.A), contra la Organización de Trabajadores Portuarios, concesionaria en régimen de monopolio de dicho servicio público*”.

Así pues, en un primer momento la interpretación jurisprudencial no dudaba en admitir que los servicios realizados por la OTP aludían expresamente a un servicio público, aunque no existía una declaración formal al respecto. Esta cuestión significaba a su vez, que el propio organismo tenía funciones que trascendía de la mera consideración como “*Oficina Especial de Empleo*”, como establecía el Art. 1 del Real Decreto 2302/1982.

modo, se asimila más la OTP a un organismo interpuesto para la contratación de servicios, que a una mera agencia de colocación. En concreto, la Sentencia del TS 15 de diciembre de 1982 RJ/1982/ 7816 afirmaba: “la OTP en su doble condición de organismo autónomo de Ministerio de Trabajo y copartcipe de funciones empresariales...comparte el carácter de responsabilidad empresarial con los patrones que ocupan a los trabajadores incluidos en el censo y plantillas de la Organización, pues ejerce facultades ordenadoras y directivas, en cuanto que inicial y radicalmente dispone donde y cuando se prestan los servicios al admitir o excluir en su censo y posteriormente al destinar a cada trabajador a una empresa concreta, interviene garantizándolo, en el deber patronal de remunerar los servicios así como los deberes, complementarios del contrato de trabajo nacidos de la relación de seguridad social”

²⁷⁶ RJ/ 1982/5284.

²⁷⁷ RJ/1983/3701.

Las controversias finalizaron con la Sentencia dictada el 1 de octubre de 1985²⁷⁸, Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la acumulación de diversos recursos administrativos promovidos por la “Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios” y “Naviera del Atlántico, S.A”, contra el Real Decreto 2303/1980 y su Orden de desarrollo de 16 de junio de 1981. El TS entendió que ambos textos legales no eran conformes a derecho, puesto que, no se había realizado en la tramitación del expediente la preceptiva consulta al Consejo de Estado. Son por tanto cuestiones de índole meramente formal las que concluyen con estos textos legales.

La fundamentación para la nulidad de esta normativa, según se expone en el Fundamento de Derecho Tercero (FD 3º) de la Sentencia de 1 de octubre de 1985, se hace derivar del mandato imperativo que la Ley Orgánica del Consejo del Estado 3/1980 de 22 de Abril. En esta norma se imponía la consulta de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en los casos en los que se trate de “*Reglamentos o Disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones*”. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo respecto al R.D. objeto de controversia, y que sustentaron su nulidad fueron los siguientes, todos ellos recogidos en la exposición de motivos o preámbulo de la norma:

- La primera referencia a los cambios de estructura del tráfico portuario, los nuevos procedimientos de transporte marítimo, así como los avances tecnológicos en los medios de carga y descarga, que hacen necesario una nueva ordenación de las empresas de este sector.
- Otra de las consideraciones que se valoraron fue la remisión a la Ley 1/1966 de 28 de enero, sobre régimen financiero de los Puertos Españoles, en la que se establece la necesidad de obtener autorización administrativa, para la prestación de servicios públicos en los mismos, por lo que se hace necesario regular el sistema de otorgamiento, normas de aplicación y tarifas a aplicar, de forma que se establezca un sistema claro y conocido de los costes que las operaciones portuarias introducen en el proceso económico general.

²⁷⁸ RJ/1985/4530.

- Por último, el Real Decreto del año 80 alude a la normativa laboral, indicando que con los nuevos planteamientos que en materia de relaciones laborales ha introducido la nueva Constitución Española, y específicamente la Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, obliga a acomodar la estructura, competencia y funciones de la Organización de Trabajos Portuarios, al nuevo ordenamiento sustantivo. De forma que, conservando la Administración las competencias propias de las tareas públicas que a ella le incumben, en función del interés que los puertos guardan para la economía nacional y del lugar en que se realizan las tareas portuarias, se propicia un mayor protagonismo de trabajadores y empresarios en los órganos de gobierno propios de la Organización Portuaria, en orden a las competencias y funciones que le son propias.

Todas estas alusiones y remisiones a leyes anteriores, llevaron al Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho Cuarto (FD 4º), a la determinación de que la carencia del trámite preceptivo de requerir dictamen del Consejo de Estado, era determinante para su nulidad. Así lo expresa la literalidad del FD 4º en los términos siguientes:

“La ponderación de los motivos determinantes de la promulgación del Real Decreto que nos ocupa, ponen de manifiesto que se ha dictado en cumplimiento parcial de lo establecido en Leyes precedentes que le sirven de norma habilitante, para acomodar determinadas estructuras anteriores de las actividades laborales y empresariales en los puertos de interés general, a las directrices de esas Leyes y si bien pudiera entenderse que no reúne la características propias de un Reglamento ejecutivo, entendiéndose por tal el que desarrolla la totalidad de una Ley específica, la Sala estima que no puede negársele el de disposición general dictada para ejecución parcial de Leyes, que establecieron principios y directrices en el régimen financiero de los puertos y en el orden laboral, a los que se requería la acomodación de los organismos administrativos preexistentes a ellas y es notorio, por otra parte, el ámbito general de carácter territorial de la norma, reguladora de la materia indicada, por lo que se estima que excede del campo meramente organizativo para incidir en el carácter apuntado,

pero es que además, la propia finalidad perseguida con la audiencia del Alto Organismo consultivo, de garantía de acierto en la sujeción jurídica a la Ley del Reglamento o disposición General que la desarrollan y amplían, aconseja que ha de ser exigible tanto cuando se realice este cometido respecto de la totalidad de la Ley, como de una parte de ella”.

La Orden de desarrollo de 16 de junio de 1981 fue igualmente declarada nula, al quedar sin cobertura legal, ya que como expresaba su propio preámbulo, se dictó en aplicación y desarrollo del Real Decreto 2302/1980.

4. La aprobación del Real Decreto-Ley 2/1986 de 23 de mayo. El reconocimiento de la naturaleza jurídica de servicio público a las labores de estiba y desestiba.

Con la nulidad de la normativa reguladora del servicio de estiba y desestiba, se hacía necesario dotar a nuestro ordenamiento de una legislación, por ese motivo se dictó el *Real Decreto-Ley 2/1986 de 26 de mayo* (RDL 2/1986), por el que se aprueba el Reglamento sobre el servicio público de estiba y desestiba. Como desarrollo de éste se dicta la *Orden Ministerial de 15 de abril de 1987*, por la que se aprueban las Bases para la gestión del servicio público de estiba y desestiba. El Real Decreto-Ley del año 86 ha permanecido en vigor hasta agosto del 2010, momento en el que se entró en vigor la Ley 33/2010, de 5 de agosto. Algunos artículos ya habían sido derogados años antes con la aprobación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

La primera referencia en la que conviene hacer hincapié, es que la propia denominación de estos cuerpos legales incluye la expresión “servicio público”, aludiendo a las labores de carga y descarga portuaria. La justificación está nuevamente en la importancia que el Estado apreció para la consecución de su correcto funcionamiento en el transporte marítimo de mercancías por mar. Tal vez, no sea aventurado decir que del buen funcionamiento de estos servicios en puerto dependía, y sigue dependiendo en gran medida, la elección por parte de un buque de un puerto u otro al realizar su planificación de viaje.

En la Exposición del RDL 2/1986, se establece que tras declarar las actividades portuarias como servicio público de titularidad estatal, se permite: “*el acceso a las mismas de las empresas mediante el sistema de contratación administrativa, sistema que combina la garantía para el interés público derivada del control de la actuación de particulares a través del contrato, con la flexibilidad de la actuación empresarial en este ámbito*”.

Hasta la aprobación de este Real Decreto-Ley no había habido una declaración expresa de la Administración sobre la consideración de los servicios de estiba y desestiba portuaria, sino que se había ido desarrollando una normativa que se sustentaba en la importancia de las actividades, pero sin llegar a declararlas nunca como servicios públicos. Tal y como, señala MIGUEL NAVAJAS REBOLLAR²⁷⁹, los dos únicos autores que habían estudiado el tema mantenían discrepancias doctrinales respecto de la naturaleza jurídica del servicio.

Dichas posiciones eran las expresadas por JOSÉ MARÍA GONDRA ROMERO²⁸⁰ y por LUIS COSCULLUELA MONTANER²⁸¹ y se pueden resumir en las siguientes ideas:

- Para el primero de los dos autores, las labores de estiba y desestiba portuaria debían ser consideradas como “*actividad privada de interés público*”, señalando que se trataba de una actividad administrativa de prestación. El planteamiento partía de la consideración de unos servicios de carácter privado de especial interés público, lo que habilitó para que la Administración exigiera una autorización administrativa para su desempeño, así como una importante reglamentación sobre las condiciones en las que debían llevarse a término.

Para este autor, teniendo en cuenta la propia consideración del interés público que implicaban estas actividades: “*...la Administración Pública no se limitaba con frecuencia solamente a desarrollar una actuación*

²⁷⁹ Ob.cit. NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL “*Régimen jurídico-administrativo de los puertos*”. Pág.239.

²⁸⁰ Ob.cit. GONDRA ROMERO, JOSÉ MARÍA. “*Régimen Jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*”.

²⁸¹ Ob.cit. COSCULLUELA MONTANER, LUIS. “*Administración Portuaria*”.

*meramente pasiva de ordenación y control sobre las mismas, sino que adopta frente a ellas una actividad positiva, bien sea mediante la prestación de servicios complementarios y auxiliares de la actividad de carga y descarga, bien sea realizando ella misma en régimen de empresa operaciones de carga y descarga o llegando incluso a asumir en monopolio estos servicios”*²⁸². Pero aun a pesar de este planteamiento, JOSÉ MARÍA GONDRA ROMERO entendía que los servicios de estiba y desestiba portuaria hacían alusión a una actividad privada sometida a autorización administrativa previa.

- De otro lado, LUIS COSCULLUELA MONTANER parte de la idea que los servicios portuarios (entre los que incluye a los de estiba y desestiba) deben ser considerados como “servicios públicos”. Para este autor: “*La idea que preside toda esta variada gama de prestaciones es la de servicio público, por lo que, aun englobándose entre los servicios generales la utilización de zona portuaria, y entre los específicos la utilización de superficie, edificios y locales de cualquier clase, tales utilizaciones se regulan en función de la actividad de servicio a las que se destinan. No importa, desde el punto de vista dogmático, cuál sea el tipo concreto de prestación realizada, todas ellas se encuentran en el que hemos denominado **servicio público portuario**, figura compleja que se traduce en un contenido polifuncional. La titularidad del servicio corresponde al organismo público gestor del puerto, que lleva a cabo directamente las prestaciones fundamentales. Resta, sin embargo, un gran sector de actividades, especialmente las relacionadas con la carga y descarga y almacén de mercancías, cuyo desempeño es concedido directamente a particulares”*.²⁸³

Así pues es claro el posicionamiento de este autor, el régimen jurídico del servicio portuario de carga y descarga se ajusta a los principios propios del servicio público. Por medio de Reglamentos se ha ido, en aras a la potestad de organización del Estado, estableciendo la regulación del servicio de

²⁸² *Íbidem*. Pág. 31.

²⁸³ *Íbidem*. Pág.195.

carga y descarga, esto lleva a este autor a manifestar de que tras esta regulación, la naturaleza jurídica que tienen estos servicios debe ser la de servicio público. En tanto que: *“El servicio público portuario no se reconduce a operaciones de tráfico marítimo en los puertos, sino también a toda esa pluralidad de actividades portuarias complementarias del transporte marítimo y que constituyen una auténtica unidad dogmática reconducida a la categoría de servicio público”*.

Finalmente, con la aprobación del RDL 2/1986, las disyuntivas doctrinales concluyeron encontrando un mismo punto de partida, el Art. 1 del texto legal señalaba expresamente: *“Las actividades de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general constituyen un servicio público esencial de titularidad estatal.”* De esta manera, el legislador recurre a la argumentación del Art. 128.2 de la CE al considerar a los servicios de estiba y desestiba como *“esenciales”*.

5. Las Sociedades Estatales de estiba.

5.1 Creación de las Sociedades Estatales.

El RDL 2/1986 estableció que el servicio propiamente de estiba y desestiba sería gestionado por personas privadas, las llamadas empresas estibadoras, sin perjuicio de las funciones que se atribuían directamente a las SE, en materia de contratación de personal.

En dichas SE el Estado tenía la mayoría, en concreto, la participación del Estado en el capital de dichas Sociedades debía ser superior al 50%, consistiendo su aportación inicial, como indicaba el Art. 7.2 del Real Decreto, en el patrimonio neto perteneciente al organismo autónomo OTP. De otro lado, cada sociedad se financiaba con la aportación inicial, que por Estatutos, se establecía para cada una de las empresas estibadoras concesionarias de un contrato de gestión de servicio público, así como cuotas mensuales, determinadas en proporción a la utilización de los servicios de personal perteneciente a la plantilla de la Sociedad.

El propio concepto de SE no ha estado exento de problemática, como indica MARTÍN BASSOLS COMA²⁸⁴ surge con la aprobación de la Ley General

²⁸⁴ BASSOLS COMA, MARTÍN. *“Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales”*. Revista Administración Pública, nº 84. 1977. Págs. 27-60.

Presupuestaria de 4 de enero de 1977²⁸⁵, en la que se establece en el Art. 6 la regulación de una nueva categoría jurídica: “*Son Sociedades estatales a los efectos de esta Ley: a) las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus Organismos autónomos y b) las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado*”. La controversia radica en su propia consideración como fenómeno societario, como consecuencia de la influencia del Derecho Financiero sobre el Derecho Administrativo. La funcionalidad de la denominación estaba en admitir, con carácter general en el Ordenamiento Jurídico español, la posibilidad de someter determinadas entidades de derecho público, en tanto que, tienen un carácter empresarial, a la regulación del Derecho privado. En tanto que, el apartado 2 del Art. 6 de Ley General Presupuestaria señalaba: “*Las sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho Mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la presente Ley*”.

El RDL 2/1986 alude para la creación de las SE a la regulación de la Ley General Presupuestaria, siendo suficiente el Acuerdo del Consejo de Ministros para su constitución. El 30 de julio de 1987²⁸⁶ se publicó la Orden Ministerial que constituyó la mayoría de las SE en los puertos españoles; dicha Orden especificaba que el objeto social debía ser las labores de carga y descarga, estiba, desestiba y trasbordo de mercancías de buques, y cualquier otra actividad análoga relacionada con el tráfico de mercancías.

Respecto a la tipología de las SE dentro de las empresas públicas algunos autores han mantenido la dificultad de calificarlas como empresas económicas o como

²⁸⁵ El Real Decreto-Ley 1091/ 1988, de 23 de septiembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley 11/1977 de 4 de enero, General Presupuestaria.

²⁸⁶ Mediante Orden de 30 de julio de 1987, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza al Ministerio de Economía Hacienda la constitución de Sociedades Estatales de estiba y desestiba en los distintos puertos de interés general. La propia Orden menciona que anteriormente mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 1986 fue autorizada la constitución de las Sociedades estatales de estiba y desestiba en los puertos de Barcelona, Santa Cruz de Tenerife y de las Palmas, y Pasajes. Señalando, asimismo, que al objeto de culminar el proceso entonces iniciado y de no incurrir en mayor retraso sobre lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda del citado Real Decreto-Ley, es de interés para el Estado la constitución urgente de las Sociedades estatales de estiba y desestiba en los restantes 33 puertos considerados como de interés general. Por último, en dicha Orden se establecía que al denominación social, añadiendo el nombre de cada puerto, sería la de «Sociedad estatal de estiba y desestiba del puerto de...» (BOE nº 18 de 31 de julio de 1987).

empresas de servicio público al respecto PATROCINIO TERESA RODRÍGUEZ RAMOS²⁸⁷ señala:

“No se puede decir ni que las Sociedades de Estiba se dediquen a la producción de bienes para el mercado- lo que las tipificaría como empresas económicas- ni que respondan a la variedad de empresas de servicio público, pues, aun configurada la actividad de estiba y desestiba como tal, su gestión no corresponde directamente a las Sociedades Estatales sino a las Empresas Estibadoras. En cualquier caso, la colaboración de aquellas en la gestión ajena – asegurando la profesionalidad de los trabajadores portuarios y la regularidad en la prestación de servicios en tales actividades- las acercaría más a este segundo tipo que a las empresas propiamente de mercado”.

Si se parte de la idea, de que el legislador no ha recurrido a la simple articulación de una concesión administrativa para la efectiva realización del servicio público de estiba y desestiba, sino que ha establecido un sistema por el que la SE, se encarga única y exclusivamente, de las cuestiones relativas a personal, es fácil, deducir que no había una intencionalidad económica, sino de servicio público. Cuestión que se hace efectiva, al establecer la obligatoriedad de contratar solo al personal de la propia Sociedad y bajo su control.

5.2 Particularidades de las Sociedades Estatales de estiba y desestiba (SEED). El Convenio número 137, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En la propia composición de las SE, con la participación mayoritariamente pública, la actividad portuaria se consideraba que estaba bajo el control de la Administración. La justificación para que las empresas estibadoras participaran en el capital de las SE, se establecía en tanto que éstas eran gestoras de un servicio público. La concreta aportación quedaba determinada a lo dispuesto en los Estatutos de la Sociedad.

Tal vez, para algunos resulte kafkiano la comprensión de esta peculiar estructura, pero en realidad se trata de sociedades en las que participan obligatoriamente un número de empresarios, dado su consideración de concesionarios de servicios

²⁸⁷ Ob.cit. RODRÍGUEZ RAMOS, PATROCINIO TERESA “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”. Pág.139.

públicos. La organización y gestión de las sociedades estaba constituida por una Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración. Como ya ha quedado expuesto, el cometido principal de estas sociedades, es que se encargaban de gestionar la cesión de trabajadores, a las propias empresas estibadoras que forman parte de la SE. La forma de pago de esta gestión se realizaba, tras el cálculo de los costes salariales y no salariales de la plantilla de la Sociedad, y se emitía factura a la empresa estibadora de acuerdo con los servicios de personal efectivamente requeridos.

El porqué de tal entramado, venía motivado en parte porque España debía adaptarse al **Convenio número 137, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos, de 1973**²⁸⁸, que había sido ratificado por España el 22 de abril de 1975. En el Preámbulo de este texto, se establece la consideración de que los cambios tecnológicos, y la necesidad de acelerar el transporte de la carga y reducir el tiempo de estadía de los buques en puerto y los costos de transporte, con la finalidad de beneficiar a la economía del país. Sin embargo, el texto establece que estos cambios pueden influir de forma negativa en el nivel de empleo en los puertos y en las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores portuarios. Por lo que se establece la necesidad de establecer una regularización del empleo y la estabilización de los ingresos, así como, medidas relativas a las condiciones de trabajo y de seguridad e higiene del trabajo portuario.

Surge así la necesidad de establecer un **registro de trabajadores portuarios**, en el que consten inscritos un número de trabajadores suficiente como para asegurar una correcta respuesta a las necesidades del puerto. Pero el artículo que en concreto tiene más significación para la regulación del RDL del 86, es el Art. 5 del citado Convenio en él se establece: *“A fin de que la introducción de nuevos métodos de manipulación de cargas se traduzca en los máximos beneficios sociales, la política nacional deberá fomentar la colaboración entre los empleadores o sus organizaciones y las organizaciones de trabajadores, para aumentar el rendimiento del trabajo portuario con la participación, cuando proceda, de las autoridades portuarias”*.

²⁸⁸ Disponible en: www.ilo.org.

Tras la ratificación en 1975 de este Convenio no se había articulado en el Ordenamiento jurídico español la manera de coordinar a todos los agentes implicados en la regeneración del empleo portuario. Así pues, por medio del establecimiento de las SE, se conseguían varios de los objetivos planteados con la ratificación del Convenio, entre ellos:

- Se aseguraba una correcta prestación del servicio, básico para la economía productiva del país.
- Garantizar la profesionalidad de los trabajadores, así como, las efectivas condiciones laborales, en materia de seguridad, y principalmente, de estabilidad, una de las tradicionales reivindicaciones del colectivo portuario.
- Al tratarse de un servicio público, por medio de la participación mayoría del Estado en las SE, éste se aseguraba el control administrativo.
- La configuración de las SE dentro de la tipología de empresas públicas permitía además hacer uso de la eficacia que se presupone a las empresas privadas, obviando la parte más burocrática de la administración.

Es posible preguntarse si no hubiera sido posible alcanzar dichos objetivos, recurriendo sencillamente al sistema concesional, es decir, atribuir sin más la gestión del servicio y por ende la contratación de personal a las empresas estibadoras, articulando un sistema de control de la concesión, como ocurre en otros muchos ámbitos de la esfera administrativa. Tal vez, el razonamiento del porqué se opta por el establecimiento de un cauce como las SE, para actuar como intermediario entre los trabajadores y las empresas estibadoras, está precisamente en buscar una mejor cobertura laboral de las relaciones entre ambos.

En opinión de esta autora, si la finalidad del RDL del año 86 hubiera sido sencillamente el establecimiento de un servicio público esencial hubiera bastado acudir a la vía de la concesión administrativa. Pero cuando realmente, lo que está buscando el legislador no es únicamente la correcta prestación de un servicio en si, sino que además persigue otros fines, como son la correcta profesionalidad de los trabajadores, así como, la garantía de que siempre se podrán atender las necesidades

de personal que pueda necesitar el tráfico jurídico, no debemos olvidar que nos encontramos ante un sector de especial significación para la economía de un país, para lograr estas finalidades, conexas al propio servicio público, es necesario articular un sistema en el que el Estado tenga un alto margen de control.

De otro lado, las empresas estibadoras estaban conformes con el sistema, dado que de este modo, no debían hacerse cargo en solitario del mantenimiento de una plantilla sujeta a las importantes oscilaciones de demanda propias del trabajo portuario. Posicionamiento que a juicio de esta autora no va cambiar, tras la Sentencia de Luxemburgo que condena al Estado Español. La Sentencia de 11 de diciembre de 2014, a la que se ha venido aludiendo a lo largo de esta tesis, y que desmonta el actual modelo de estiba. Los empresarios consideran que es excesivamente proteccionista el hecho de que las empresas no pueden contratar libremente a los trabajadores que quieran, pero lo cierto es que cuando ven que con el posible nuevo modelo deberían igualmente asumir una serie de costes fijos, han abogado igualmente por la participación conjunta en modelos de centros de empleo que gestionen a todo el personal. Así lo recoge la Propuesta firmada por la patronal del sector y los sindicatos más representativos de la estiba al Ministerio de Fomento en julio de 2015, mencionada al inicio de esta tesis, que plantea como propuesta para consensuar una nueva regulación de la estiba en España la creación de centros portuarios de empleo, en los que se prevé que los socios sean los titulares de licencias del servicio.

Para concluir volviendo al respecto del citado Convenio decir que los convenios de la OIT se firman para un periodo de 10 años y justamente en el año 2015 caduca, es decir, que si el Gobierno español lo quisiera denunciar podría hacerlo²⁸⁹. No sería la primera ocasión puesto que Holanda en el año 2006 denunció este convenio, como uno de los primeros pasos hacia la liberalización del trabajo de los estibadores. Si el Gobierno español para dar cumplimiento con la Sentencia de Luxemburgo, no quisiera tener la presión sindical de cumplir con lo dispuesto en el Convenio de la OIT, sería la solución menos consensuada, pero más rápida. De este modo, sin protección de convenios internacionales no había

²⁸⁹ El Art. 10.1 del Convenio establece: “Todo miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un periodo de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado”.

ningún obstáculo para el Gobierno español aprobara una normativa de liberalización del sector cumpliendo así con la Sentencia del TSJUE.

Solamente quedaría un pequeño obstáculo, como supone el hecho de que está en vigor el *IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, Resolución de 17 de enero de 2014*²⁹⁰. En su Artículo 21 relativo a las garantías de cumplimiento global del acuerdo se establece que las partes convienen²⁹¹ en configurar como principios básicos del marco de relaciones laborales del sistema portuario para las empresas afectadas por el mismo: 1. La consideración de los estibadores portuarios como plantilla unitaria de personal en cada Puerto. 2. El sistema de distribución de trabajo por rotación de los estibadores.

Este tema si bien sería más una materia objeto de estudio por parte del Derecho Laboral, no lo es menos interesante apuntar aquí su relevancia desde el punto de vista del Derecho Administrativo, al analizar las repercusiones y el alcance que una decisión como esta puede tener, teniendo en cuenta que supondría que el Estado de forma unilateral altera las condiciones suscritas en un acuerdo con naturaleza de convenio colectivo, siendo éste de aplicación a las relaciones laborales entre las empresa y los trabajadores incluidos en el ámbito personal del convenio, y que vincula a los puertos comerciales en todo el territorio español. Sobre esta materia y en particular sobre la Propuesta presentada al Ministerio de Fomento se ahondará en la última parte de esta tesis con más detalle al exponer las sugerencias de *lege ferenda* que a juicio de esta autora pueden ser interesantes de cara a una nueva regulación del servicio de estiba y desestiba.

5.3 Empresas prestadoras de personal de las Sociedades estatales de estiba y desestiba.

En el caso de las SEED, el modelo consistió en la participación obligatoria de todas las empresas que prestan servicios de estiba y desestiba en un puerto de

²⁹⁰ BOE nº 26 de 30 de enero de 2014.

²⁹¹ El IV acuerdo fue suscrito con fecha 29 de julio de 2013, de una parte por la organización empresarial Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), en representación de las empresas del sector, y de otra por las organizaciones sindicales Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar, UGT, CC.OO y CIG, en representación del colectivo laboral afectado, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 apartados 2 y 3, de la Ley Estatuto de los Trabajadores (ET), Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

interés general, de modo proporcional a su actividad. Así pues, estas Sociedades participadas por el Estado y por las empresas estibadoras, actuaban exclusivamente como empresas prestadoras de personal, (asimilándose su actuación a lo que podría ser el trabajo de una empresa de trabajo temporal), en ningún caso, se dedicaban a las operaciones de estiba y desestiba, cuestión que correspondía a las empresas estibadoras concesionarias del contrato de gestión de servicio público.

De este modo, las SE gestionaban una bolsa de empleo, el denominado “*Registro especial de trabajadores portuarios*”, la inscripción en dicho registro garantizaba que los trabajadores habían superado las correspondientes pruebas de aptitud y por tanto, contaban con unos niveles acreditados de profesionalidad. Tal y como, establecía el Art. 7 del Real Decreto del año 86: “*Dichas Sociedades tendrán por objeto asegurar la **profesionalidad** de los trabajadores que desarrollen actividades portuarias y la **regularidad** en la prestación de servicios en tales actividades*”.

La consecución del interés público que concurre en las actividades portuarias exige que se pueda garantizar una adecuada profesionalidad de los trabajadores portuarios que llevan a término las labores de carga y descarga. Por este motivo, el legislador de los años ochenta entendió que la mejor forma posible para la consecución de este interés público, era la creación de unas sociedades anónimas, flexibilizando la actuación empresarial, con la encomienda de realizar la contratación y la formación de los trabajadores estibadores. Con ese sistema quedaban garantizados los elementos necesarios para la consideración como esencial de dichos servicios: la idoneidad acreditada de los trabajadores y la regularidad en la prestación; elementos determinantes del buen funcionamiento del tráfico jurídico y por ende de la economía del país.

Para la efectiva realización de las labores de carga y descarga las empresas estibadoras debían nutrirse de estos trabajadores de forma discontinua, según sus necesidades, como contraprestación las empresas de estiba pagaban a las Sociedades el número de jornales. El pago de estas cantidades incluía no solo el salario a percibir por el trabajador, sino también, los seguros sociales y los costes de inactividad de la totalidad de la plantilla. Esta última cuestión, puede resultar

controvertida, pero la necesidad de garantizar una efectiva cobertura de las necesidades de los buques, (cuestión sujeta a un alto margen de incertidumbre, puesto que no puede hablarse de una demanda fija), hace necesario contar con un número de trabajadores disponibles, a los que de otro modo no se les podrían garantizar una cobertura por desempleo.

Por lo que se refiere a situación de incertidumbre PATROCINIO TERESA RODRÍGUEZ RAMOS²⁹² indica que no es posible aplicar modalidades de contratación temporal, en tanto que:

“Aquí (al referirse a la estiba y desestiba) nos encontramos ante una situación de incertidumbre tal, que difícilmente pueden las empresas esbozar un programa mínimo para el que requerir una plantilla concreta. La estructura en la necesidad temporal de mano de obra no es un añadido más a una producción más o menos estable, sino que envuelve la práctica totalidad de la actividad empresarial. No se trata, pues, de la realización de una obra o servicio con autonomía (...) que reclame un suplemento de plantilla durante un tiempo incierto, sino, más concretamente, de una actividad normal que en su discurrir resulta intermitente y donde los aumentos y descensos en la misma son tan habituales e intrínsecos que van mucho más allá de la eventualidad por circunstancias de la producción”

Esta situación ha generado que, tradicionalmente, las prestaciones por desempleo en las plantillas portuarias de estibadores estuvieran sujetas a una regulación especial. La Ley 62/1961, de 22 de Julio, por la que se había implantado el Seguro Nacional de Desempleo fue adaptada al ámbito portuario mediante *Orden de 18 de mayo de 1962, por la que se aprueba el Reglamento Nacional de Trabajos Portuarios*²⁹³, mediante la que se estableció el “Seguro de Desempleo”. Las posteriores Ordenanzas continuaron esta misma línea, la Orden de 29 de marzo de 1974²⁹⁴ por la que se aprueba la Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios, en su Artículo 70, párrafo 2º: “Con independencia de lo establecido en el párrafo

²⁹² Ob.cit. RODRÍGUEZ RAMOS, PATROCINIO TERESA “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”. Pág.56.

²⁹³ BOE nº 123 de 23 de mayo de 1962.

²⁹⁴ BOE nº 81 de 4 de abril de 1974.

anterior, los mencionados trabajadores de la plantilla percibirán prestaciones del desempleo, dada su consideración de trabajadores fijos, sin que causen derecho a estas prestaciones por los días en que sin causa justificada no se hubiesen presentado a los llamamientos previstos”. Por medio de este mecanismo se ha tratado tradicionalmente, dada la intermitente demanda de empleo, de dotar de mecanismos a los trabajadores estibadores de unas condiciones de trabajo dignas.

Sin perjuicio, de que en ocasiones estas singulares prerrogativas que favorecían a los trabajadores, hubieran podido dotar al colectivo de ciertos privilegios, de los que no gozaban otros sectores. Las condiciones laborales alcanzadas, por medio de una sólida estructura sindical, llevaron a un cierto proteccionismo profesional, que durante años impidió que formaran parte de los censos nuevo personal, sino no estaba relacionado con anterioridad con el sector. Con el Real Decreto del año 1986 se trató de mejorar la situación, por medio del necesario vinculo jurídico con la Sociedad Estatal, tratando, además de asegurar el servicio esencial que garantiza el correcto funcionamiento del tráfico marítimo y el intercambio de mercancías.

5.4 Reserva en la contratación de personal. La relación laboral de carácter especial de los trabajadores portuarios.

5.4.1 Condiciones de la reserva de mano de obra por medio de la contratación con la Sociedad Estatal.

La relación laboral de los trabajadores pasa a ser consideraba como una **relación laboral de carácter especial**. Con esta nueva regulación se pretendía que los estibadores pasaran a tener una relación de carácter indefinido con la Sociedad, y superar de este modo la precariedad que ocasionaba la estacionalidad del trabajo portuario. Igualmente, el manteniendo de esta relación con carácter indefinido proporcionaba la garantía de una correcta formación y calificación, lo que possibilitaba la inversión en este ámbito por parte de las empresas estibadoras. Así lo expresa la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley: *“De esta forma se establece un nuevo régimen laboral en el ámbito portuario, pasando de una prestación de servicios por cuenta de varios empresarios, con carácter irregular y no permanente, con sus lógicos efectos en cuanto a la existencia de amplios periodos de desempleo a lo largo del año, a*

un régimen jurídico caracterizado por la definición clara del sujeto empresarial, con el que se establece un contrato de trabajo de carácter indefinido. Con ello se adopta una medida positiva de política de empleo, al sustituir empleo precario por empleo estable. (...). De esta manera se garantiza la racionalización de la estructura y volumen actuales de las plantillas de trabajadores portuarios, exigida por los importantes cambios producidos en los últimos años en los sistemas de trabajo portuario como consecuencia de la aplicación de nuevas tecnologías”.

Las intenciones del legislador eran, igualmente dos, por un lado el establecimiento de unas condiciones laborales estables para los estibadores, lo que llevaba a una mejor calificación del personal, y por otro lado, la racionalización de las plantillas de portuarios inscritos en el Registro, en tanto que, los nuevos sistemas tecnológicos, habían reducido considerablemente las demandas de mano de obra.

La idea que subyace tras el establecimiento de una relación laboral de carácter especial, es una reserva de mano de obra. Este monopolio de contratación se refería únicamente a las actividades necesarias para acometer las labores de estiba y desestiba que constituían el servicio público, en los puertos que tuvieran la consideración de puertos de interés general (respondiendo a una clasificación que venía establecida ya en la Ley de puertos de 1880)²⁹⁵.

²⁹⁵ Ob.cit. COSCULLUELA MONTANER, LUIS. “*Administración Portuaria*”. Pág. 65. “La Ley de Puertos de 1880 fija: 1) La clasificación de los puertos, que se centraba sobre la tradicional distribución entre puertos de interés general y de interés local. Tal clasificación que determina la atribución de competencias a favor de la Administración Central o de las Entidades locales, debe hacerse nominativa y específicamente para todos los puertos incluidos en la primera categoría. El Art. 15 disponía al efecto: (a continuación se transcribe el Art. 15 de la Ley de Puertos de 1880) “*Los puertos se clasifican en puertos de interés general de primero y segundo orden, y puertos de interés local, o sea, provinciales y municipales. Se consideran puertos de interés general los destinados especialmente a fondeaderos, depósitos mercantiles, carga y descarga de los buques que se emplean en la industria y comercio marítimo, cuando el que se verifique por estos puertos pueda interesar a varias provincias y se hallen en comunicación directa con los principales centros de producción de España. Son también de interés general los denominados de refugio por su situación y condiciones especiales de capacidad, seguridad y abrigo en los temporales. Son puertos de interés local, o sea provinciales y municipales, los destinados principalmente al fondeadero, carga y descarga de los buques que se empleen en la industria y comercio locales, sin perjuicio de poder ser clasificados entre los de interés general cuando su comercio se extienda a otras localidades, territorios o provincias. No se podrá alterar esta clasificación sino a virtud de una Ley*”.

Según diferencia PATROCINIO TERESA RODRÍGUEZ RAMOS²⁹⁶ los límites a dicha reserva de contratación a favor de las SE pueden clasificarse:

- *Límites geográficos*, lo que nos lleva a determinar que en los puertos fuera del ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 2/1986 existía una total libertad para la contratación de personal que llevará a término las labores de carga y descarga.
- *Límites objetivos*, únicamente se alude a las tareas portuarias.
- *Límites relativos a la modalidad de ejecución del trabajo*, el detalle propiamente se estableció en los Art. 2, 3 y 4 del *Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, Reglamento de ejecución del Real Decreto-Ley 2/1986, sobre servicio público de estiba y desestiba*.
- *Límites derivados de la disponibilidad de trabajadores por las Sociedades Estatales*, en los casos en los que la Sociedad no pudiera satisfacer las demandas de personal se podía contratar directamente a trabajadores, tras haber acudido, en primer lugar, a la SE del puerto más próximo sin que esta hubiera podido igualmente satisfacer la demanda.
- El último límite según consideraba esta autora, era *la suspensión de la aplicación del Real Decreto-Ley 2/1986* en aras a garantizar una mejor ordenación de la actividad económica del sector portuario.

Por medio de esta reserva, se establece lo que se ha dado en llamar **la relación laboral especial**, en la que participan un triángulo de protagonistas: los trabajadores estibadores, la SE y la empresa estibadora.

El inicio de la relación laboral especial, comenzaba con la inscripción de los trabajadores en el registro especial de trabajadores portuarios que existía en las Oficinas de empleo (Art.9 RDL). Estos trabajadores inscritos podrán ser contratados por la correspondiente SE, para posteriormente, ser cedidos de forma temporal a las empresas estibadoras, en la medida que éstas lo soliciten, o bien, ser contratados directamente por la empresa estibadora siempre y cuando se

²⁹⁶ Ob.cit. RODRÍGUEZ RAMOS, PATROCINIO TERESA “*La relación laboral especial de los estibadores portuarios*”.Pág.81 y ss.

cumplan los requisitos del Art. 12 RDL, en este caso no habrá una relación especial. El matiz de la cesión, se deduce de la interpretación del Art. 11 del RDL, al señalar: “*Con la finalidad de mantener el adecuado nivel de profesionalidad en la prestación del servicio, las Sociedades Estatales deberán proporcionar con carácter temporal a las empresas estibadoras los trabajadores pertenecientes a su plantilla que sean necesarios para el desarrollo de las tareas que no puedan ser cubiertas por el personal propio de cada empresa*”.

Para el establecimiento del trabajo se instauró un **sistema de rotación**²⁹⁷, que garantizaba que todos los trabajadores contarán con las mismas oportunidades laborales. La interpretación más idónea de la expresión “*proporcionar con carácter temporal*”, nos lleva a una cesión, es decir, la efectiva contratación del personal estibador se realiza por la propia Sociedad Estatal, lo que conlleva al nacimiento de la relación laboral especial. El reconocimiento de este sistema de rotación había sido una constante en las reivindicaciones sindicales desde tiempos de la II República como se ha analizado en la Primera Parte de esta tesis²⁹⁸

5.4.2 La relación laboral de carácter especial de los trabajadores portuarios.

El Art. 13 del RDL del año 86 define esta figura de un modo muy parco: “*Se considera relación laboral especial de los estibadores portuarios la establecida, de un parte, por las Sociedades Estatales reguladas en el Título III de esta norma, y de otra, por los trabajadores portuarios*”.

Seguidamente, el Art. 14 detallaba que debía entenderse por trabajador portuario estableciendo que serían: “*...los contratados por las Sociedades Estatales a las que se refiere el párrafo anterior para desarrollar los trabajos correspondientes a las actividades definidas como integrantes del servicio público de estiba y desestiba. Quedando fuera del ámbito de esta relación especial las relaciones*

²⁹⁷ *Ibidem*. “El procedimiento previsto para la determinación de los trabajadores que van a ser cedidos es el de rotación. Dentro de los diferentes grupos profesionales, y en función de los requerimientos empresariales, los estibadores de la plantilla de las Sociedades Estatales irán siendo suministrados en rigurosa alternancia. Esto supone que la petición de las empresas nunca podrán ser de naturaleza nominal, evitándose además con este sistema la acumulación del trabajo en unos cuantos en perjuicio de los demás. El objetivo del reparto equitativo de las ocasiones de empleo se verá fortalecido por el establecimiento convencional de un sistema de distribución y puesta a disposición temporal de trabajadores de carácter diario, soslayándose así problemas de eventuales diferencias temporales de las cesiones que se podrían producir con otras formas de adscripción”.

²⁹⁸ Ob.cit. IBARZ GELABERT, JORDI. “*Disciplina, rendimiento, resistencia y acomodación. Los estibadores portuarios de Barcelona en la II República y el primer Franquismo (1930-1947)*”.

establecidas entre las Sociedades Estatales y el personal contratado por ellas para desempeñar funciones que no tengan la consideración de portuarias”.

La primera de las consideraciones, es que la propia regulación del RDL del 86 hace mención a que solo podían ser objeto de dicha relación los trabajadores inscritos como tal en las Oficinas de Empleo, con registros especiales habilitados a tal efecto. De dicha inscripción se obtenía por parte del trabajador un certificado acreditativo de su profesionalidad. Como garantía de la regularidad del trabajo portuario de los estibadores, una vez que la SE contrataba a un trabajador, dicha relación laboral especial debía concertarse por tiempo indefinido. Posteriormente, cuando una empresa estibadora requería los servicios de trabajadores, se producía la correspondiente cesión. Una vez que esta cesión se producía, las facultades de dirección y control de la actividad laboral eran ejercidos por la correspondiente empresa durante el tiempo que durara el servicio. Mientras tanto, la SE se reservaba la facultad disciplinaria, encargada a su vez de adoptar las medidas sancionadoras que considerara oportunas.

El acuerdo de cesión entre SE y empresa estibadora, se estipulaba según lo establecido en el Art. 11 del RDL del 86, al señalar: *“Los respectivos derechos y obligaciones derivados de la relación establecida entre la Sociedad y la empresa estibadora se determinarán en el acuerdo que al efecto se suscriba”*. Con dicho acuerdo se producía la puesta a disposición de trabajadores según las específicas condiciones requeridas por la empresa estibadora. No obstante para el manteniendo de una uniformidad en el contenido de dichos acuerdos se adoptó en desarrollo del RDL del año 86, un proyecto de pliego de condiciones generales, recogido en el *Real Decreto 371/1986 de 13 de marzo por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba*²⁹⁹. Dicho reglamento se llevó a término con el consenso que dio lugar al acuerdo tripartido suscrito por la CEOE-CEPYME, UGT, ELA-STV y CC.OO.

Por último, una alusión al régimen retributivo y la extinción del contrato. El Art. 16 del RDL del 86 remitía para la fijación de las retribuciones a lo estipulado en convenio colectivo o contrato individual, respetando en todo caso, la normativa sobre los salarios mínimos. Además, de estas retribuciones, cuando el estibador

²⁹⁹ BOE nº 64 de 16 de marzo de 1987.

pasaba a prestar servicios en el ámbito de la empresa estibadora, éste tenía derecho a percibir los correspondientes complementos salariales, establecidos por esta a su vez, en convenio colectivo o contrato individual. De este modo, las retribuciones tenían una doble estructura, una parte fija, igual para todos los trabajadores, y otra, cambiante dependiendo de la efectiva prestación de servicios en una empresa estibadora u otra. El salario mensual de los estibadores se establecía diferenciando, a su vez, entre días de inactividad y días efectivamente trabajados.

Finalmente, por lo que se refiere a la extinción del contrato, el Art. 14 del RDL del año 86, la relación laboral especial podía extinguirse además de de por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores, por la propia voluntad de la SE, cuando el trabajador había rechazado reiteradas ofertas de empleo adecuadas a su categoría profesional, provenientes de empresas estibadoras que desearan establecer con el una relación laboral común, según disponía el Art. 10 del RDL del 86. Para delimitar los criterios objetivos que podrían inducir al trabajador a la renuncia, el Reglamento recogido en el Real *Decreto 371/1986*, indicaba la necesidad de que las empresas estibadoras efectuaran un oferta de trabajo para establecer una relación laboral común en la que detallaran las condiciones laborales y económicas correspondientes al contrato ofertado. De este modo, el trabajador podía renunciar a la oferta, sin consecuencias, si esta no garantiza unos ingresos en cómputo anual y condiciones homogéneas, al menos iguales a las que el trabajador percibía en la SE.

Con esta exposición concluye el repaso a la normativa contenida en el RDL del año 86. Como reflexión final el criterio de esta autora, apuntar que los planteamientos de LUIS COSCULLUELA MONTANER en su obra "*Administración portuaria*"³⁰⁰ publicada en 1973, influenciaron al legislador de los años ochenta una vez aprobada la CE de 1978, propiciando un mayor intervencionismo, puesto que partía de una idea de las labores de carga y descarga que encajaba en la técnica del servicio público. En la actualidad y bajo los nuevos parámetros comunitarios sobre los que debe analizarse el concepto de servicio público, puede afirmarse que subsisten condiciones que permiten afirmar que la naturaleza jurídica de las labores de carga y descarga se ajusta a la idea de servicio

³⁰⁰ Ver Nota a pie de Página de esta tesis nº 258.

público. Aunque evidentemente no puede desconocerse que la normativa comunitaria establece unos criterios en los Tratados que deben respetarse, y precisamente por una conculcación a los mismos ha sido sancionada España. Esto obliga a un cambio en el modelo de estiba español, que si bien, no puede olvidar las obligaciones de servicio público, no puede hacer que el cumplimiento de estas suponga imposiciones a las empresas prestadoras del servicio que vulneran las reglas de la competencia.

La necesaria regularización y profesionalización de los profesionales portuarios no ha dejado de ser fundamental para el buen funcionamiento de un sector clave en la economía de un país. Una completa liberalización del servicio es difícil que garantizara estos criterios, dados los elevados costes que supone la formación de nuevos trabajadores portuarios, así como, el mantenimiento de plantillas de personal que puedan acometer las puntuales demandas que genere el tráfico marítimo. Así pues, el reto que tiene por delante el Estado no es menor, puesto que deberán conjugarse estas tradicionales exigencias en la prestación del servicio, con la imposibilidad de imponer el cumplimiento de obligaciones que aboquen a una nueva conculcación de los Tratados de la Unión Europea.

En apartados sucesivos se analizará con más detalle esta conclusión, seguidamente, y antes de pasar al análisis de la legislación actual es necesario detenernos en el estudio de la primera Ley de Puertos dictada tras la aprobación de la CE de 1978.

6. La incidencia de la Ley 27/ 1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sobre los servicios de estiba y desestiba portuarios.

6.1 La nueva organización a través de las Autoridades Portuarias.

En cuanto a la *Ley 27/ 1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante* (LPEMM)³⁰¹, cabe señalar que siguen vigentes algunos preceptos³⁰². La cobertura constitucional a esta norma se estableció por medio del

³⁰¹ BOE nº 283 de 25 de noviembre de 1992.

³⁰² La Disposición transitoria segunda del Texto Refundido establece el régimen transitorio de las Leyes 27/1992, de 24 de noviembre, y de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre. Mediante la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia (BOE 17 de octubre) se modificó la Disposición transitoria segunda.

Art. 149. 1. 20ª, en el que se atribuye la competencia exclusiva del Estado sobre los puertos de interés general.

Esta Ley enfatiza la importancia del sistema portuario incidiendo en la importancia de dotarlo de sistemas empresariales que desburocraticen su funcionamiento, es por ello que se constituyen entidades públicas de gestión, que ajustan su actuación a parámetros empresariales. La propia Exposición de Motivos señala: *“Las características de los servicios portuarios, cuyo objetivo fundamental es asegurar la transferencia de mercancías entre medios de transporte terrestre y marítimo, en condiciones de eficacia, economía, rapidez y seguridad, y las experiencias de gestión habidas en todo el mundo, y también en España, han conducido a que los textos y organizaciones especializados se pronuncien, en general, de entre los diversos modelos posibles de gestión, por la descentralización en lo que se refiere a la gestión global de los servicios portuarios.*

La fórmula más habitualmente recomendada en la actualidad para la gestión de puertos públicos, es la creación de una Entidad pública con autonomía de gestión, dotada de personalidad jurídica y presupuesto propios, y gestionada con criterios de eficacia y empresariales. Esta Autoridad Portuaria puede otorgar en concesión o por medio de contratos la explotación de ciertos servicios especializados, para los que pueda carecer de la rapidez, la especialización y el estímulo necesarios.”

Como señala FERNANDO GARRIDO FALLA³⁰³ la creación de las Autoridades Portuarias podía englobarse en una *“huida hacia el Derecho Privado”*. Éstas se constituyeron como un modelo organizativo de Entes Públicos descentralizados, que pretendían eludir las reglas del Derecho Administrativo, en aras a la consecución de una mayor eficacia en su gestión. Únicamente se reservaba el uso de potestades administrativas para el control de la actividad de los particulares.

La finalidad del legislador al elegir este nuevo modelo, y en este punto por parte de esta autora se comparte la postura del profesor FERNANDO GARRIDO FALLA, es eludir un gran número de controles, principalmente el control presupuestario, pero

³⁰³ GARRIDO FALLA, FERNANDO y otros. *“Las autoridades portuarias: una nueva fórmula de organización administrativa”*. Comentarios a la nueva Ley de Puertos. Consorcio Zona Franca de Vigo. Vigo 1993. Pág.66.

también cuestiones relativas a la contratación pública, la responsabilidad patrimonial, el personal, etc. Esta huida ha sido estudiada por gran parte de la doctrina, y sobre la misma se ha tenido ocasión de reflexionar en apartados anteriores. Por lo tanto, en este punto, la referencia será a la huida del sector portuario estatal del Derecho Administrativo. La pretendida justificación de una mayor flexibilidad se ampara en la idea de que ésta potenciaría la eficacia del sistema portuario, de este modo, se considera necesario articular la técnica de personas jurídicas instrumentales, abriendo el camino a una vía libre al margen de los controles públicos; sin perjuicio, de que se articulen, a su vez, mecanismos de control en manos de entes superiores, como se hizo a través del ente **Puertos del Estado**.

Al respecto de esta huida del sector portuario son interesantes las palabras de LUCIANO PAREJO ALFONSO³⁰⁴, en cuanto al recurso a las formas de organización y los métodos de gestión propios del sector privado, entendiendo que pueden traer consecuencias:

“...en primer término, la desacreditación global del propio Estado de lo público y su desconexión del soporte que le proporciona su razón última de ser, la sustantividad de lo colectivo; y en segundo lugar, la dilución de la sustancia de lo estatal por la fragmentación sectorial de su acción y construcción de la gestión de cada sector sobre el principio de eficiencia y, por tanto, la tendencia a la autosuficiencia económica-financiera de su gestión; fenómeno éste cuya multiplicación difumina en la conciencia social la finalidad global estatal de configuración y perfeccionamiento de las condiciones de vida social sobre una solidaridad inaccesible directamente a la contabilidad”

De este modo, es fácil concluir que la intencionalidad de la LPEMM fue la de marcar distancias con la férreas estructuras de la Administración, y posibilitar las formas de gestión privada, en diversos ámbitos: Las Autoridades Portuarias se regirían por el Derecho Privado, la mayoría de los servicios portuarios se gestionaban de forma indirecta, al personal funcionario se le habilitó la posibilidad de pasar a ser considerados como trabajadores de la Autoridad Portuaria, y el régimen tarifario de los servicios portuarios, tal y como determinó

³⁰⁴ PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “Dominio público portuario y ordenación territorial: Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas”. Revista de Derecho Urbanístico, nº 135. 1993. Pág.13.

el Art. 70 de la Ley, tendría el carácter de precios privados, cuestión a la que se hará referencia más adelante.

Todas estas cuestiones, tienen una especial trascendencia por lo que se refiere a los servicios portuarios, se puede decir que esta regulación supuso la primera puerta hacía la liberalización de los servicios portuarios, y el paulatino abandono de su consideración como servicios públicos. Si bien es cierto, que puede apreciarse esta tendencia en muchos servicios, los servicios de estiba y desestiba continuaron siendo una isla en el mar de las privatizaciones, como se tendrá ocasión de analizar.

Tras este análisis sobre la posible huida del sector portuario de los parámetros de Derecho Público, es necesario realizar una breve mención a la regulación de la LPEMM. Por lo que respecta a la nueva organización por medio de las Autoridades Portuarias, señalar que la estructura anterior a la entrada en vigor, y que había sido instaurada por la *Ley 27/1968, de 20 de junio, sobre Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía*³⁰⁵, diferenciaba tres regimenes de funcionamiento en los puertos españoles, que FERNANDO GARRIDO FALLA³⁰⁶ aglutinó en estas tres categorías:

- Puertos con estatuto propio de autonomía.
- Puertos administrados por un organismo autónomo descentralizado, denominado Junta del Puerto.
- Puertos administrados por la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos.

Con la aprobación de la LPMM las Autoridades Portuarias unificaron estos tres regimenes en uno solo; a su vez estas nuevas entidades públicas serían coordinadas por el Ente Público Puertos del Estado, que desempeña el papel de “*holding*”, y cuya dependencia se situaba bajo el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Asimismo, se les atribuyeron a las Autoridades Portuarias todas las competencias y responsabilidades derivadas de la gestión de los servicios

³⁰⁵ BOE nº 149 de 21 de junio de 1968.

³⁰⁶ *Íbidem*. Pág.72.

de los puertos, tanto si se prestaban en la zona terrestre como en la zona marítima. Las Autoridades Portuarias recogieron las competencias que venían realizando los Puertos Autónomos y las Juntas de Puertos, y además sumaron otras, que hasta entonces, habían sido ejercidas por las Comandancias Militares de Marina.

La LPEMM reguló estas nuevas entidades instrumentales en los Art. 35 y ss, de su configuración se pueden extraer las siguientes características:

- Las Autoridades Portuarias entendidas como Entidades de Derecho Público de las previstas en el Artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios independientes de los del Estado, y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.
- Actuaran con sujeción al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el Ordenamiento les atribuye.
- No obstante, lo anterior relativo a la contratación, si se estableció por medio de la LPEMM la obligación de que las Autoridades Portuarias habrían de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés de la Entidad y homogeneización del sistema de contratación en el sector público.
- Las Autoridades Portuarias podrían desarrollar sus funciones bajo el principio general de autonomía de gestión sin perjuicio de las facultades atribuidas en la misma a Puertos del Estado. Igualmente el Ministerio de Obras Públicas y Transporte conservaba facultades relativas a tutela y fiscalización.

6.2 La regulación de las Sociedades Estatales de estiba y desestiba en la Ley de Puertos de 1992.

En particular, respecto de las SEED, el Art. 26 de la LPEMM, en su apartado j) señaló entre las funciones del ente público Puertos del Estado: *“Establecer estrategias y definir criterios de actuación sobre recursos humanos para el conjunto de las sociedades estatales de estiba y desestiba, en colaboración con el*

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”. Para ello se instauró en el Art. 41 de la LPEMM, que el Presidente de la Autoridad Portuaria lo sería también del Consejo de Administración de las SEED.

Con la transformación de las Juntas de Puertos y Puertos Autónomos, que constituían la estructura anterior, y el paso a la constitución de las Autoridades Portuarias, la participación en el capital de las SEED, que en aquel momento correspondía a la Administración del Estado, se transfirió el patrimonio de cada una de las Autoridades Portuarias, que tuviera encomendada la gestión del puerto en cuya localidad estuviera el domicilio social de la Sociedad. (Disposición Adicional Sexta).

Por lo que respecta a las SEED, entre los cambios más significativos está el que la Ley estableció un plazo de dos años para su efectiva constitución, si no estaban aun constituidas a la entrada en vigor de la Ley. Por otro lado, entre las facultades relativas al servicio público de estiba, la Disposición Adicional decimotercera recogía la posibilidad de que el Gobierno, en beneficio de una mejor ordenación de la actividad económica en el sector afectado, pudiera acordar, en circunstancias económicas concretas, la suspensión temporal de la aplicación de alguna de las previsiones del Real Decreto-Ley de 2/86. Y por último, algunas cuestiones relacionadas con la contratación de los trabajadores.

La cuestión más interesante es la relativa al régimen de infracciones que se recoge en los Capítulos III y IV del Título IV, relativos a las infracciones y sanciones. En el Art. 123. 1. a) se establece la competencia del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria para los supuestos de infracciones leves y graves. En el caso de las muy graves, la competencia se reservaba para el Consejo de Ministros, el Ministro de Obras Públicas y Transportes, dependiendo de la cuantía de la sanción muy grave.

Por lo que se refiere al servicio de estiba y desestiba, estaba recogida como infracción leve, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 114.1.d) *“El incumplimiento de las ordenanzas establecidas o instrucciones dadas por la Autoridad Portuaria en lo se refiere a operaciones de estiba y desestiba, carga y descarga, almacenamiento, entrega y recepción y cualesquiera otras*

relacionadas con la mercancía". Por lo tanto, es evidente el poder de control que se reserva la Autoridad Portuaria, en cuanto al desarrollo de las actividades de estiba y desestiba, pudiendo incluso sancionar en caso de que se incumplan sus propios criterios, recogidos en las Ordenanzas del propio puerto. Como infracción grave se recoge el incumpliendo propiamente de la normativa establecida para estas labores en la legislación específica. Es importante el matiz de las infracciones leves, porque da ejemplo de la trascendencia que tiene el poder de la Autoridad Portuaria para ordenar el propio servicio, no son las SEED a las que se les encomienda la ordenación, sino que es la propia Autoridad Portuaria, por medio de sus Ordenanzas o Instrucciones, y esto es así, porque como ya ha quedado expuesto las Sociedades Estatales únicamente realizaban gestiones de índole laboral.

En cuanto a los responsables de la comisión de estas infracciones el Art. 118 señala: *"En el caso de infracciones atribuidas a la manipulación de mercancías, con carácter solidario el personal que manipule las mismas y la Empresa estibadora responsable de la ejecución de dichas operaciones, y subsidiariamente el consignatario de las mercancías"*. De nuevo, es evidente que la SE queda excluida del ámbito de responsabilidades, en tanto que, como ya ha quedado expuesto, según el RDL del año 86 una vez que ésta realiza la cesión a la empresa estibadora, ésta es la encargada de establecer la dirección sobre el trabajador. Este es propiamente el régimen sancionador, sin perjuicio de que los Reglamentos de policía de cada puerto, que la LPEMM habilitaba para el establecimiento de una correcta prestación de servicios, uso de instalaciones, etc., podían recoger otro tipo de infracciones.

La remisión en este caso al Derecho Público es clara, el Art. 125 especificaba que: *"Las infracciones previstas en la presente Ley serán sancionadas previa instrucción del oportuno expediente administrativo en la forma establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo"*. Por lo que se refiere al régimen de impugnación de las resoluciones sancionadoras adoptadas por las Autoridades Portuarias, puede afirmarse que estas contaban con un cauce administrativo, pudiéndose recurrir en su caso ante el organismo Puertos del Estado.

6.3 La configuración legal del servicio de estiba y desestiba en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante del año 1992. La “falsa” privatización de los servicios portuarios”.

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH establece una diferenciación en la LPEMM entre “actividades portuarias”, “servicios portuarios” y “actividades no portuarias admisibles en el ámbito del puerto”, considerando a las labores de estiba y desestiba, analizando los Art. 2.3 y 3.1 de la Ley como “*actividades portuarias comerciales*”. Según este autor, el concepto de servicios portuarios no debe asimilarse al de actividades portuarias, sino que tiene un alcance mucho más restringido, entendiendo por servicios portuarios: “... *en sentido amplio, actividades portuarias, pero, en el sentido más estricto que debemos retener aquí, se diferencian de ellas por su carácter puramente instrumental: lo sustantivo es la actividad portuaria; los servicios portuarios tienen por objeto facilitar su desarrollo*”.³⁰⁷

Si se analizan detenidamente los caracteres de la catalogación efectuaba este autor, al considerar las labores de estiba y desestiba como una “actividad portuaria comercial”, en primer lugar, se advierte que se entiende que las mismas al ser entendidas como actividades portuarias, se las considera como integrantes del tráfico portuario, es decir, como esenciales para el correcto funcionamiento de la actividad portuaria. Así lo recogía el Art. 2.3 de la LPEMM al referirse al tráfico portuario, al citar la transferencia de mercancías como una de las actividades integrantes. Por lo que respecta a la nota de la comercialidad, la propia Ley en el Art. 3.1 alude en este caso, expresamente y en primer lugar, a las actividades que tengan como finalidad las operaciones de: “*estiba, desestiba, carga, descarga, trasbordo y almacenamiento de mercancías de cualquier tipo, en volumen o forma de prestación que justifiquen la utilización de medios mecánicos o instalaciones especializadas*”.

Respecto de la instrumentalidad que se predica de los servicios portuarios, en general, queda plasmada en el Art. 66.1 de la LPEMM al referirse al concepto de servicios portuarios en los siguientes términos: “...*son servicios portuarios las*

³⁰⁷ Ob.cit. MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL. “*Los servicios portuarios*”. Pág.3930. Un ejemplo que enuncia el autor para clarificar su afirmación es el siguiente: “el almacenamiento de mercancías es actividad portuaria, pero la puesta a disposición de espacios e instalaciones para dicho almacenamiento se configura como un servicio portuario”.

actividades de prestación que tiendan a la consecución de los fines que a las Autoridades Portuarias se asignan por la presente Ley y se desarrollan en su ámbito territorial". En su segundo apartado el Art. 66 de la LPEMM señalaba, en concreto a los servicios de estiba y desestiba: *"Las labores de carga, descarga, estiba, desestiba y trasbordo de mercancías objeto de tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria, se regularan y ejercerán de acuerdo con su normativa específica"*. Dicha normativa se refería al RDL 2/1986, su Reglamento de ejecución recogido en el Real Decreto 371/1987, y la Orden Ministerial de 15 de abril de 1987, por la que se aprueban las Bases para la gestión del servicio público de estiba y desestiba.

Esta diferenciación de los servicios de estiba y desestiba, refiriéndose a ellos en un apartado distinto, induce a la idea de que el legislador pretendía establecer dos grupos. En el primero de ellos estarían la mayoría de los servicios portuarios, y que se ajustarían a lo regulado en la propia Ley, y en un segundo grupo, nos encontraríamos a los servicios de estiba y desestiba, a los que atribuía la posibilidad de constituir un régimen especial y ceñirse a su propia normativa.

Tal y como, señala TRIAS PRATS, no es baladí que la LPEMM no reconozca en ningún momento el carácter como servicios públicos de los servicios portuarios, no existe en el articulado de la Ley ni una sola alusión al respecto, el motivo como apunta este autor³⁰⁸, se encuentra en la pretendida privatización que subyace en la regulación de la LPEMM. Con la Ley se pretendía, y como posteriormente se hizo, llevar a término una flexibilización de los trámites burocráticos de gestión portuaria, en el convencimiento de que esto haría que los puertos españoles fuesen más competitivos. Entre las

³⁰⁸ Ob.cit. TRIAS PRATS, BARTOMEU. *"El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales"*. Pág.283. "Quiere decirse, pues, que la privatización del régimen de gestión de los puertos estatales actuará como perfecta pantalla para encubrir una operación de mucha más envergadura, que iba a suponer nada menos que la mutación de las tarifas portuarias en precios públicos. Pero ahí no se acabaría todo. El cambio operado en la calificación de las tarifas portuarias iba a tener también repercusiones en el régimen, o mejor dicho en la naturaleza, de los propios servicios sujetos a tarifa. Unas repercusiones que podrían verse en los serios esfuerzos del legislador de 1992 por silenciar en la definición de los servicios portuarios cualquier alusión que diera pie a conectar su contraprestación con la idea de ingreso de Derecho Público. Y para ello, nada mejor de entrada que eliminar completamente de la regulación legal todo posible reconocimiento de los servicios portuarios como servicios públicos, en aras así a favorecer la perseguida calificación de las tarifas portuarias como ingresos de Derecho Privado."

medidas tendentes a esa flexibilización, estaba el establecimiento de los precios privados en sustitución de las tradicionales tarifas portuarias que se venían abonando por el acceso a los servicios portuarios. Así lo expresa claramente el Art. 70 de la Ley: *“Las autoridades Portuarias exigirán por los servicios portuarios que presten el pago de las correspondientes tarifas. Estas tarifas tendrán el carácter de precios privados”*

Al convertir las tradicionales tarifas, que hasta entonces habían sido tratadas como tasas o precios públicos, en precios privados el Estado estaba renunciando implícitamente a ejercer más control sobre la gestión de dichos ingresos. De este modo, los puertos españoles podían llegar a la consecución del objetivo de la autofinanciación, y para ello se entendía era fundamental que las Autoridades Portuarias contaran con un sistema de explotación de los servicios que se ajustara a los precios de mercado. Así, además, lo recogía la Disposición Transitoria Primera de la Ley: *“Las autoridades portuarias percibirán por los servicios portuarios que presten las contraprestaciones que los Organismos o Entidades cuyas funciones asumen vinieran percibiendo a la entrada en vigor de esta Ley. Estas contraprestaciones mantendrán su estructura, cuantía y elementos sustanciales hasta su sustitución por el régimen previsto en la misma. Sin perjuicio de ello, las citadas contraprestaciones tendrán la condición de precios privados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley”*.

Ante este nuevo contexto los servicios de estiba y desestiba, como servicios públicos, quedaron reducidos a la regulación de su propia normativa, en la que si se hacía alusión a esta consideración, expresamente así lo indicaba el RDL 2/1986. Esta regulación era como una isla en el mar de la “falsa” privatización, porque como se analizará más adelante, a pesar de que la LPEMM no reconocía el carácter de servicios públicos, al resto de servicios portuarios, en realidad conservaba múltiples prerrogativas de Derecho Público, solo que soterradas tras un aparente recurso al ámbito privado.

Como apunta MIGUEL NAVAJAS REBOLLAR³⁰⁹, el legislador se reservó una puerta falsa en el Art. 67 de la LPEMM por la que podía seguir

³⁰⁹ Ob.cit.NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL *“Régimen jurídico-administrativo de los puertos”*.Pág.178-181.

ejerciendo las tradicionales potestades propias del servicio público, al establecer sobre el régimen de prestación de los servicios: “*La prestación de los servicios portuarios podrá ser realizada directamente por las Autoridades Portuarias o mediante gestión indirecta por cualquier procedimiento reconocido en las leyes, siempre que no implique ejercicio de autoridad.*” De este modo, se establecía la opción de la gestión directa o indirecta, al igual que ocurría con otros múltiples servicios públicos en diversas áreas. En el caso, de optarse por la gestión indirecta, se alude al recurso de los procedimientos reconocidos por las Leyes, lo que parecería una clara alusión a la concesión³¹⁰, pero a pesar de esto, la propia LPEMM restringió su uso, sin justificación aparente a la luz de lo dispuesto en los Art. 66 y 67 de la LPEMM³¹¹. Por lo tanto, y partiendo de la idea de que las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos no puede ser considerado como un *númerus clausus* sino como un *númerus apertus*, se entiende que el legislador alude a esas otras modalidad de contratación en base a la potestad de autoorganización que asiste a los poderes públicos.

Igualmente, en el Art. 67 estableció la posibilidad de reglamentar la prestación de los servicios, potestad que se reservaban las Autoridades Portuarias por medio de los denominados “*pliegos de cláusulas de los servicios*”. Por medio de estos, se recogían las efectivas condiciones, garantías, precios, y en su caso, productividad mínima exigible para cada actividad portuaria, incluso se determinaban las penas por incumplimiento. De este modo, parece que la única alusión a la pretendida liberalización se efectuaba al final del citado Art. 67.3, al señalar que se debía

³¹⁰ *Íbidem*. “Sin embargo, considero que el legislador en su intento de forzar al máximo las instituciones cometió un nuevo exceso, como fue la injustificada exclusión de entre las formas de gestión de la más tradicional entre todas: **la concesión administrativa**. En efecto, en su esfuerzo por asegura la «máxima eficacia en la gestión» se procede a una remisión a la utilizaron instrumental del Derecho Privado, como ya hemos visto, excluyendo la utilización de los contratos de gestión de servicios públicos, lo cual constituye un error, puesto que hubiese bastado con remitir a cualquiera de los modos de gestión de los servicios públicos previstos por las leyes para que, al margen de la gestión de los servicios conforme al Derecho Privado se hubiesen podido utilizar por aquella Autoridad Portuaria que lo hubiese estimado conveniente los tradicionales contratos de gestión regulados en la LCAP”.

³¹¹ Es reseñable que el Art. 67 en su segundo párrafo, a pesar de considerar los contratos para la gestión indirecta de los servicios públicos como contratos privados, haga una excepción por lo que se refiere a los aspectos relativos a las normas de publicidad y concurrencia en la preparación y adjudicación que será controlada por el Organismo Puertos del Estado, por lo tanto, su validez o invalidez se ajustará a las reglas del Derecho Administrativo, siendo además susceptibles del control de la jurisdicción contencioso administrativa.

asegurar en todo caso el libre acceso a la prestación del servicio, es decir, se garantiza la libre concurrencia de operadores privados a la adjudicación de los contratos de prestación de servicios. Pero la propia actividad de prestación, seguía estando ampliamente condicionada por la regulación de las Autoridades Portuarias.

Por tanto, a la vista de lo expuesto, y aún a pesar de esta restricción a la concesión, y de la sujeción de los contratos de gestión indirecta al Derecho Privado, no parece muy razonable entender que el legislador de 1992 había obviado totalmente la consideración de los servicios portuarios como servicios públicos, pues es evidente que seguía reservándose potestades administrativas en una actividad de tanta trascendencia para la economía del país. La LPEMM articula un sistema por el que aparentemente se privatiza la gestión de los servicios, pero ésta solo afecta a la prestación, porque la regulación queda en manos de las Autoridades Portuarias, que aplicaban garantías propias del servicio público para asegurar la ordenación y el control de los servicios.

Asimismo, con la declaración contenida en el Art. 67.1, las Autoridades Portuarias podían detraer a los particulares de la prestación libre de determinadas actividades, lo que evidencia una de las notas clásicas del servicio público. Así pues, puede considerarse a este artículo como una especie de *“publicatio”*, no expresa en alusión a ningún servicio en particular, pero si genérica, al contemplar que las Autoridades Portuarias, en su papel de administraciones públicas, pueden recurrir a este sistema.

Para ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH³¹² no genera ninguna duda que los servicios portuarios eran considerados como servicios públicos en la LPEMM, a pesar de su omisión. Este autor alude al significado que la jurisprudencia había otorgado al propio concepto de servicio público, y para ello cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1979, en la que se define como tal: *“una actuación técnica, dirigida al público, prestada de forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública y cuya titularidad está atribuida a una entidad pública”*, concluyendo que en los servicios portuarios confluyen todas las notas característica de esta categoría jurídica.

³¹² Ob.cit. MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL. *“Los servicios portuarios”*. Pág.3938.

De nuevo se evidencia en nuestro ordenamiento una situación kafkiana, por un lado, el legislador se esfuerza en evitar cualquier alusión a la consideración de los servicios portuarios como servicios públicos, pero por otro lado, establece la titularidad pública de los mismos. BARTOMEU TRIAS PRATS³¹³ apunta que los motivos de esta dicotomía en la que incurrió la LPEMM, tienen de nuevo su base en la instauración de una política de precios públicos. Esta postura fue expuesta también por ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH³¹⁴ al manifestar que diversos servicios portuarios recogidos en la LPEMM hubieran debido ser considerados como actividades portuarias privadas, sin más, pero esta cuestión hubiera generado a su juicio, la imposibilidad de que las tarifas fueran consideradas como precios privados, debiendo constituirse en “cánones”, lo que implicaban su consideración como precios públicos.

Por consiguiente, la LPEMM incurrió en una clara contradicción, puesto que si el objetivo era abandonar la consideración de los servicios portuarios como auténticos servicios públicos, tratando con ello de potenciar la competitividad entre operadores privados para conseguir un abaratamiento de las tarifas, no se tuvo en cuenta, como apunta este autor, que no se puede tratar por igual a todos los servicios portuarios. Dado que, existen servicios para los que por sus propias características, resulta mucho más difícil que imperen las reglas del libre mercado, como es el caso de aquellos que implican un posible ejercicio de actividades de seguridad o protección.

³¹³ *Ibidem*. Pág. 3915. “Y que si el legislador de 1992 no lo hizo así fue únicamente por razones tácticas, es decir, por la función estratégica que la reserva de titularidad estatal desempeñaba en beneficio de la política privatizadora impulsada por la Ley. Baste caer en la cuenta, en este sentido, que la configuración legal de los servicios portuarios como auténticas actividades privadas, sujetas al correspondiente título administrativo de ocupación del dominio público, hubiera frustrado por completo el propósito de someter al Derecho privado la relación contractual para la prestación de los servicios. Y a la vez, más importante todavía hubiera hecho imposible el cobro de precios privados por parte de la Administración, puesto que entonces la relación económica con el particular prestador del servicio hubiera tenido que articularse necesariamente a través del correspondiente canon (precio público) devengado por la ocupación del dominio portuario”.

³¹⁴ *Ibidem*. Pág.3944. “En otras palabras, algunos de estos servicios podían haberse configurado (en algún caso seguramente «debían») como actividades portuarias privadas, pero entonces la relación no hubiera podido ser contractual privada ni la contraprestación del usuario tendría la naturaleza de precio privado, sino que hubieran tenido que instrumentarse mediante títulos de ocupación del dominio público y la contraprestación hubiera consistido en un canon, que tiene naturaleza de precio público. La búsqueda de una mayor flexibilidad en la contratación y en el régimen de tarifas explica la configuración como «servicios» de actividades que, en rigor, podrían haberse regulado como ocupaciones privadas del dominio público”.

Solamente, se dio un trato distinto a los servicios portuarios que el legislador consideró más trascendentales, entre los que se encontraban los de estiba y desestiba, entre los motivos que sustentaban esta decisión, principalmente, la significación que estos entrañaban. El legislador de 1992 consideró que tales servicios eran de suma importancia para el tráfico marítimo, por las causas ya expuestas en este trabajo, y consideró conveniente reservarse expresamente su control, teniendo en cuenta, que era fundamental asegurar que estas labores se prestarían de forma regular y continua, con independencia de que pudieran llegar a ser más o menos rentables.

Por lo tanto, es difícil hablar de una completa privatización de los puertos españoles en la LPEMM, partiendo de la idea que el término privatización puede aludir a múltiples acepciones³¹⁵. El legislador optó por una gestión privatizada, que por otro lado, como se ha tenido ocasión de analizar a lo largo de esta tesis, ya estaba contemplada en legislaciones anteriores.

Esta pretendida “gestión privatizada”, bendecida por su teórica eficacia, no tenía más intención que eludir la aplicación del Derecho Público, es decir, una clara alusión de nuevo a la huida del derecho administrativo, que como no podía ser de otro modo, también tuvo su exponente en el ámbito portuario. La propia función social que representan los puertos hizo, en el año 92, y a juicio de esta autora sigue siendo válido el argumento hoy en día, que no se optará por una completa privatización del sistema portuario. Los parámetros meramente económicos, no pueden garantizar el funcionamiento del entramado portuario, sujetos en muchas ocasiones a las obligaciones de servicio público (que no implica siempre rentabilidad). El porqué es sencillo, un puerto es mucho más que una simple

³¹⁵ Ob.cit. NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL “*Régimen jurídico-administrativo de los puertos*”. Pág.186. “Para dar adecuada respuesta al interrogante debemos de conocer en primer lugar, lo que entendemos por «privatización», concepto éste envuelto en una nebulosa, dado que de lo que por ese termino entendamos se derivará, lógicamente, una respuesta afirmativa o negativa a la cuestión que nos planteamos. En efecto, cuando hablamos de privatización del sector portuario podemos hacerlo en sentido estricto, esto es, la reducción de la participación del sector público en la actividad económica como consecuencia directa de la atribución o Asunción por los particulares de esas mismas actividades, o bien podemos referirnos a otro concepto radicalmente diferente de privatización, lo que se ha venido últimamente denominando «privatización de la gestión», o «privatización formal», que consiste, como ha dicho VILLAR PALASÍ, en un fenómeno de utilización de ropaje propios del Derecho Mercantil para investir a órganos de sustancia típicamente administrativa, privatización de la gestión cuya finalidad es, en definitiva, como mantiene en términos expresivos PALOMAR OLMEDA, «no el cambio de titularidad de titularidad de la función, sino la transformación de su status para escapar del Derecho Público»”.

actividad económica, es la puerta de entrada y salida de muchísimos sectores económicos.

Como ejemplo puede exponerse el siguiente supuesto: el hecho de que un crucero haga escala en un puerto no es solo una cuestión que afecte al ámbito portuario, detrás están también los intereses de sectores como la hostelería, el turismo, la publicidad que se hace de una región o de un producto típico, etc. Un productor de vino estará encantado de que su producto se conozca por miles de cruceristas que visitan una ciudad, porque después puede que continúen consumiendo ese producto en sus ciudades de origen o que quieran adquirirlo por Internet. De este modo los puertos no son solo plataformas logísticas, sino que tienen mucha relevancia en el conjunto de la economía, y por lo tanto, en ningún caso puede detraerse del control de las actividades portuarias de los poderes públicos, ya que los intereses que se sopesan traspasan de los intereses meramente económicos de las empresas que operan en puerto³¹⁶.

IV. LAS TRANSFORMACIONES SOBRE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y LAS CONSECUENCIAS EN LOS SERVICIOS DE ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIOS.

1. Planteamiento.

Del análisis de la LPEMM del año 1992 se puede concluir que el modelo de gestión portuaria se asentaba sobre las Autoridades Portuarias, consideradas como “*Entidades de Derecho Público*”, y que ajustaban su actuación al ordenamiento jurídico privado. A pesar de esto, como se ha tenido ocasión de analizar persistía firmemente arraigada la concepción de la gestión de servicios públicos en el ámbito portuario, en particular, por lo que se refiere a las labores de estiba y desestiba.

De este modo, se consideró necesario a principios del siglo XXI que debía acometerse una reforma del sistema, que posibilitara una mayor adecuación a las

³¹⁶ SANZ BLAS, SILVIA. “*Situación actual del turismo de crucero en la ciudad de Valencia*”. Papers de Turisme. Disponible en: www.papersdeturisme.gva.es, nº 56- julio-diciembre de 2014. Págs. 81-100. El estudio recoge datos interesantes sobre las actividades que realizan los cruceristas que hacen escala en la ciudad de Valencia, entre otras destacan visitas guiadas a la fábrica de la empresa cerámica LLadró o a bodegas de la zona para realizar degustaciones de vino. El estudio concluye indicando la importancia de la coordinación de todos los actores involucrados para consolidar un destino dentro del mercado, el sector portuario, el turístico y el tejido empresarial.

políticas liberalizadoras. La nueva filosofía propugnaba que las Autoridades Portuarias se ocuparan, únicamente, de la regulación y ordenación de la gestión portuaria, y especialmente, de la creación y mantenimiento de infraestructuras, dejando el ámbito comercial exclusivamente en manos de empresas privadas.

Una de las causas fundamentales de este nuevo posicionamiento se debe en gran medida a la influencia del Derecho Comunitario. Los Tratados en sus diversas modificaciones siempre han contemplado la idea de que los “*servicios de interés económico general*” (denominación asimilable, aun con algunos matices, a la tradicional concepción de servicio público) debían adecuarse a las reglas de la competencia. En este ámbito el Derecho Comunitario no diferencia si estos servicios son prestados por agentes públicos o privados, la idea fundamental es que todo agente que realice actividades económicas se ajuste a las reglas de la competencia.

Así las cosas, se hace patente que los tradicionales servicios públicos debieron acomodarse a las nuevas disposiciones, tal y como, se tendrá ocasión de analizar en las páginas siguientes. Por lo que respecta a los servicios de estiba y desestiba, durante los años que transcurrieron tras la LPEMM del 92, solamente se produjeron algunas modificaciones del RDL 2/1986, por un lado, a través del Real Decreto 2541/1994 de 29 de diciembre³¹⁷, y de otro, por medio del Real Decreto 2222/ 1998, de 16 de octubre³¹⁸. Con ambas regulaciones únicamente se procedió a la suspensión de determinados preceptos. La propia LPEMM fue modificada por la ***Ley 62/ 1997, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley 27/1992, de 24***

³¹⁷ BOE nº 15 de 18 de enero de 1995. Por medio del *Real Decreto 2541/1994, de 29 de diciembre, por el que se suspende temporalmente la aplicación del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, a las labores y actividades de carga y descarga, estiba, desestiba y trasbordo de pesca fresca, congelada y de bacalao*. En base a la Disposición Adicional Decimotercera de la LPEMM, apartado 3, por la que habilitaba para que en los casos en que las circunstancias económicas así lo requirieran se podía suspender temporalmente la aplicación de cualquiera de las normas contenidas en el Real Decreto-Ley 2/1986. En concreto, se consideró necesario para las labores relacionadas con la pesca fresca, congelada y de bacalao, en aras a racionalizar la estructura de costes, en particular las descargas portuarias.

³¹⁸ BOE nº 260 de 30 de octubre de 1998 en el que se aprueba el *Real Decreto 2222/1998, de 16 de octubre, por el que se prorroga la suspensión temporal de la aplicación del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, a las labores y actividades de carga y descarga, estiba y desestiba y trasbordo de pesca fresca, congelada y de bacalao, establecido por el Real Decreto 2541/1994, de 29 de diciembre*. Por medio de este se decidió ampliar el plazo de suspensión a la vista de las circunstancias que atravesaba el sector de la pesca en España.

*de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*³¹⁹, con la que se introdujeron nuevas medidas orientadas hacia un cambio en el modelo de organización y explotación del sistema portuario de titularidad estatal. Se pretendía de este modo, dotar de mayor autonomía de gestión a las Autoridades Portuarias, tratando de integrar los intereses de las Comunidades Autónomas. Respecto de la noción de servicios portuarios, la citada Ley del 97, aun a pesar de la nueva redacción del Artículo 67.1, continuaba advirtiendo: “*La prestación de los servicios portuarios podrá ser realizada directamente por las Autoridades Portuarias o mediante gestión indirecta por cualquier procedimiento reconocido en las Leyes, siempre que no implique ejercicio de autoridad*”. Lo que a juicio de algún autor³²⁰ esta expresión del Art.67 implicaba una cierta *publicatio*, cuestión que era del todo punto incompatible con los nuevos postulados de un mercado común europeo sustentado en la idea de la libre competencia.

No será, por tanto, hasta la aprobación de **la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general**³²¹ (Ley 48/2003), cuando verdaderamente pueda apreciarse un cambio sustancial en el Ordenamiento jurídico español, por lo que se refiere a la gestión portuaria, y en especial en los servicios de estiba y desestiba.

Por medio de esta nueva normativa las Autoridades Portuarias pasaron a tener nuevos cometidos, abandonaron su tradicional papel como prestadoras de servicios, y pasaron a actuar principalmente como entidades gestoras del dominio público y reguladoras de los servicios y actividades que se realizan en el puerto³²².

³¹⁹ BOE nº 312 de 30 de diciembre de 1997.

³²⁰ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, JUAN JOSÉ. “*La inserción sistemática de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y financiero de los puertos de interés general, en el ordenamiento administrativo español*”. La nueva legislación portuaria (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General). Consorcio Zona Franca de Vigo. Atelier. 2004. Pág. 304. La nueva legislación portuaria (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General). Consorcio Zona Franca de Vigo. Atelier. 2004. (Varios Autores). “... expresión que, por más que la norma rehuyera decididamente la noción de servicio público, comportaba una manifiesta *publicatio* de tal actividad, haciendo depender la posibilidad de su prestación por operadores privados de un acto libre y discrecional del poder público, el de proceder a la contratación y así habilitar, merced a ello, una gestión indirecta de un servicio de su titularidad.”

³²¹ BOE nº 284 de 27 de noviembre de 2003.

³²² ARIÑO ORTIZ, GASPAR. “*El Régimen de prestación de servicios en los puertos de interés general*”. La nueva legislación portuaria (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de

Al respecto son elocuentes los nuevos argumentos que sustentan la actuación del legislador de 2003, al expresar en la Exposición de Motivos: *“La liberalización de los servicios portuarios implica para el Estado, a través de las Autoridades Portuarias, abandonar el actual sistema de gestión de tales servicios y concentrar sus esfuerzos en la creación de marcos jurídicos y económicos que refuercen la introducción y el desarrollo de la libre competencia como medio para lograr una mayor competitividad y eficacia económica de las empresas, dentro del mercado internacional. De esta manera, se eleva a la categoría de principio general en la actuación de las Autoridades Portuarias, el de la libertad de acceso a la prestación de los servicios portuarios, salvo limitación del número de prestadores por razones derivadas de la disponibilidad de espacios, capacidad de las instalaciones, seguridad o normas medioambientales”*.

Este es pues, un claro ejemplo del cambio de posicionamiento de los poderes públicos, pasando de un Estado prestador directo de servicios, a un Estado meramente regulador y garante de la libre competencia, aunque sin olvidar algunas premisas fundamentales de garantía y acceso a los servicios, lo que nos recuerda a las notas tradicionales del servicio público.

Igualmente, la nueva normativa del 2003 en la Exposición de Motivos alude a la significación que tendrá esta Ley en los servicios de carga, descarga, estiba, desestiba y trasbordo de mercancías, al configurarlo de forma independiente respecto del resto de los servicios de manipulación de mercancías. La primera de las cuestiones que se modifican es la propia consideración de estas labores como servicio público, pasando a convertirse en un **servicio portuario básico**, cuestión que se analizará con más detalle en el Capítulo II de esta Segunda Parte de la tesis, pero que básicamente alude a la consideración del servicio como una actividad comercial de interés general, cuya titularidad ya no estará en manos del Estado, sino que la iniciativa será de los particulares, así lo recogía el Art. 60.2.d) 1. de la Ley.

Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General). Consorcio Zona Franca de Vigo. Atelier. 2004. Pág.23. “Las Autoridades asumen su papel de «landlord», administrador de los espacios públicos, pero no gestor de las actividades prestacionales (servicios) y comerciales propias de los puertos, entre las que se incluyen la mayoría de los servicios portuarios tradicionales. Estas actividades, cada vez más diversificadas y complejas, son confiadas hoy a la iniciativa privada en régimen de libre competencia, siempre que ello sea posible.”

Desaparece de este modo la consideración propiamente de servicios públicos, indicando la Ley en el Art. 60.3 que todos los servicios básicos, entre los que figura la estibación de los buques, estarán sujetos a las obligaciones de servicio público previstas en la Ley, advirtiendo que se salvaguarda la garantía de que los servicios se presten en condiciones de seguridad, continuidad y regularidad, así como, de cobertura, calidad, precio razonable y respeto del medio ambiente. A lo largo de las páginas siguientes se estudiarán todas estas cuestiones, analizando en detalle, si tras casi diez años de aplicación de esta Ley 48/2003, las medidas adoptadas entonces sirvieron para lograr los objetos propuestos.

Otro de los principales cambios que se produjeron en la regulación de los servicios portuarios objeto de esta tesis, se centra en la denominada **autoasistencia**³²³. Expresión que alude a la posibilidad de que los buques puedan ser estibados o desestibados por personal propio, desapareciendo la obligación de recurrir necesariamente a los estibadores incluidos en las, hasta entonces, Sociedades de Estiba.

En concreto, la Ley 48/2003 determinó en los Art. 73 y ss los criterios básicos de la autoprestación e integración de servicios portuarios, denominación con la que alude a la autoasistencia. El sistema de autoprestación, tal y como estableció el Art. 60 de la Ley, debía ser autorizado por la Autoridad Portuaria, siempre y cuando, las empresas que quisieran acogerse al nuevo sistema cumplieran los requisitos exigidos. A los efectos de la Ley, se establece la siguiente definición de autoprestación: *“La situación en la que una empresa que pudiendo contratar servicios portuarios con empresas autorizadas se presta a sí misma una o varias categorías de tales servicios con personal propio embarcado y material propio, sin que normalmente se celebre ningún tipo de contrato con terceros a efectos de tal prestación. El personal de la empresa autorizada para la autoprestación*

³²³ Ob.cit. CABEZA PEREIRO, JAIME. *“Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria. En torno a un cisma sobre el Proyecto de Directiva de acceso al mercado de los servicios portuarios”*. Pág.1207. “Dentro de estos límites, es claro que los servicios de estiba y desestiba se encuentran en el núcleo de afectación de la Propuesta de Directiva. Ya en relación con la autoasistencia, su Art. 4, número 7 la define como: «La situación en la que el usuario de un puerto se presta a sí mismo una o varias categorías de servicios portuarios, sin que normalmente se celebre ningún tipo de contrato con terceros a efectos de tal prestación». Y aquí se encuentra la clave de una ya prolongada controversia, pues la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva enumera, entre sus principales fundamentos que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar la práctica de la autoasistencia».

deberá cumplir los requisitos de calificación exigidos al personal de las empresas prestadoras de servicios portuarios”.

Seguidamente, se tendrá ocasión de estudiar como afectó esta nueva concepción de los servicios de estiba y desestiba, y en particular al colectivo de estibadores portuarios, así como la virtualidad práctica, analizando si tras una década el sistema de autoprestación es el más usual o si mayoritariamente se sigue recurriendo a los trabajadores estibadores de cada puerto.

Por último, se efectuará una referencia a la transformación sufrida por las SEED, que pasaron tras la aprobación de la Ley a ser consideradas como **Agrupaciones portuarias de interés económico (APIE)**. Estas se registrarían desde entonces de forma supletoria por la regulación establecida en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico³²⁴. En particular la Disposición Adicional Sexta de la Ley 48/2003, se refirió a la transformación de las sociedades estatales de estiba y desestiba en agrupaciones portuarias de interés económico³²⁵. Todas estas cuestiones conformaron el panorama de la estiba tras la aprobación de la Ley 48/2003. En el Capítulo siguiente se intentará desgranar los aspectos más relevantes de esta nueva regulación, pero para tratar de efectuar un análisis de esta Ley es necesario contextualizar el momento en el que aparece y su marcada influencia por el Derecho Comunitario, por este motivo antes de pasar al análisis, las últimas notas irán dirigidas al estudio de la situación en las Instituciones Europeas.

³²⁴ BOE nº 103 de 30 de abril de 1991. En el Preámbulo de la propia norma se establece el significado de esta figura: “La agrupación de interés económico constituye una nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros. El contenido auxiliar de la agrupación sigue el criterio amplio que esta figura ha tenido en la Europa comunitaria, y consiste en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquellos que no se oponga a esa limitación. Se trata, por tanto, de un instrumento de los socios agrupados, con toda la amplitud que sea necesaria para sus fines, pero que nunca podrá alcanzar las facultades o actividades de uno de sus miembros.”

³²⁵ En la propia Disposición Adicional Sexta en su punto número 1 se establecía: “En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley se procederá a la transformación de las sociedades estatales de estiba y desestiba constituidas de conformidad con el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, en las agrupaciones portuarias de interés económico que se regulen en la presente disposición”.

2. Las determinaciones en el Derecho Comunitario en referencia a las actividades portuarias de estiba y desestiba.

2.1 El concepto de servicio público en el Derecho Comunitario.

La primera de las referencias, es obligada, el Derecho Comunitario, no tiene un concepto propio de servicio público, lo que no significa que las instancias europeas sean ajenas a esta cuestión, sino que, tal y como resumió SANTIAGO MUÑOZ MACHADO³²⁶, los tradicionales postulados deben revisarse para dejar sitio a un nuevo invitado “*la competencia*”

“Resulta, por tanto, que Europa no abomina del servicio público, sino que simplemente quiere ajustarlo a un entorno de competencia. Todo ello será un nuevo reto para el servicio público, pero no supondrá su liquidación (...) La aplicación a los servicios públicos de las reglas sobre libre competencia supone, desde luego, una transformación radical de muchos de los principios de organización y régimen jurídico que han disciplinado el funcionamiento de estos servicios en la tradición continental europea”.

Las diferentes realidades de los países que conforman la Unión Europea ha dado lugar a distintos posicionamientos sobre la intervención de los Estados miembros en la economía. Sin embargo, existen semejanzas que derivan del establecimiento del denominado “Estado del Bienestar”³²⁷, en el que es fundamental, la participación de los estamentos públicos para asegurar políticas públicas que garanticen criterios de igualdad en el acceso a las prestaciones sociales básicas. Al referirnos a los estamentos públicos es evidente que la Unión Europea supone un nuevo nivel, en el que los Estados miembros han delegado parte de su soberanía, y por tanto, se hace

³²⁶ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO “*Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*”. Págs. 40-41.

³²⁷ LÓPEZ, MARÍA TERESA y UTRILLA DE LA HOZ, ALFONSO. “*El sector público en la Europa de los 15*”. Editorial Civitas. 1995. Pág.22. “La constatación de diferencias significativas en la organización, dimensión, estructura y procedimientos seguidos en el funcionamiento del Sector Público en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea no reduce los aspectos comunes y los problemas compartidos por todos ellos. En este sentido, las características expuestas en los capítulos siguientes pueden considerarse manifestaciones diferentes de un mismo fenómeno –la actuación del Sector Público en la actividad económica- sometido en la actualidad a un profundo debate. Las cuestiones presentes en el mismo se centran en consideraciones macroeconómicas y microeconómicas relacionadas fundamentalmente con el tamaño que el Sector Público ha adquirido en los países europeos durante las tres últimas décadas, especialmente a causa del importante crecimiento experimentado por el llamado « Estado del Bienestar ».

necesario analizar que papel debe desempeñar la Unión como estamento supraestatal que condiciona, en gran medida, la actuación de los Estados.

Para SANTIAGO MUÑOZ MACHADO el eje marcado por el Derecho Comunitario parte del principio de neutralidad³²⁸, respecto del régimen de propiedad que establezcan los estados miembros. No obstante, en la medida que este Derecho, que emana de las instituciones comunitarias, tiene por finalidad proteger que la actividad pública de carácter económica se ajuste igualmente a los parámetros de las reglas de mercado, en tanto que determinadas actuaciones públicas de servicio público, no respetan dichas reglas el Derecho Comunitario tiene capacidad para intervenir. Igualmente, el Derecho Comunitario no ha olvidado que determinados servicios son básicos y fundamentales para las sociedades actuales, por este motivo, en un contexto de libre competencia ha querido articular un núcleo fundamental de prestaciones que deben proporcionarse en condiciones de igualdad y universalidad.

Así pues, se extraen de las reglas de mercado algunos servicios que por su significación no pueden dejarse en manos de la iniciativa privada, puesto que su escasa rentabilidad podría hacer que llegaran a no prestarse. Para evitar que esto ocurra, el Derecho Comunitario ha articulado un sistema de obligaciones y ayudas, que en definitiva tiene por objeto la salvaguarda de las notas características que conformaban la idea de servicio público.

Desde hace mucho tiempo el concepto de servicio público ha tratado de ser armonizado por el Derecho Comunitario bajo diversas denominaciones³²⁹,

³²⁸ Originariamente el Art. 222 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 (TCEE) señalaba que no se prejuzgaba de antemano el régimen de propiedad en los Estados miembros.

³²⁹ Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa. Bruselas 11.09.1996. COM (96) 443 final. Disponible en: www.eur-lex.europa.eu.

En esta Comunicación se establece por parte de la Comisión una definición de cada una de las siguientes categorías, que considero puede resultar interesante, a efectos de su comprensión cuando sean citadas a lo largo de este trabajo para referirnos a los servicios de estiba y desestiba:

Servicio de interés general: Designa las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público.

Servicio de interés económico general: Mencionados en el Tratado en el artículo 90, designan las actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público. Este es el caso de los servicios en red de transportes, energía y comunicación.

“servicio de interés general”, “servicio universal”, “servicio de interés económico general”, pero siempre persiguiendo un mismo criterio: la consecución de los objetivos de solidaridad y igualdad de trato, tal y como señaló la Comunicación de la Comisión en 1996 en relación a los servicios de interés general³³⁰:

“La solidaridad y la igualdad de trato, en el contexto de una economía de mercado abierta y dinámica, constituyen objetivos fundamentales de la Comunidad Europea. Los servicios de interés general contribuyen a la consecución de estos objetivos. Los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles. Para muchos de ellos, estos servicios de interés general suponen auténticos derechos sociales y participan en gran medida en la cohesión económica y social. Por ello, los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad”.

Es evidente que el cambio de denominación no cambia la esencia de la categoría jurídica de servicio público, los objetivos fundamentales siguen siendo los mismos. Pero no solamente se produce un cambio en la denominación, también las empresas públicas y los sistemas monopolísticos tradicionales, debían adaptarse a los nuevos principios, señalado en la mencionada Comunicación de la Comisión. Siendo el principio básico sobre el que se asienta la nueva formulación el principio de igualdad.

En un primer momento, las instancias comunitarias apostaron por una erradicación total del Estado Keynesiano, es decir, por evitar toda actividad prestacional directa del Estado. De este modo, se pretendió abolir todos los privilegios que colocaban a las empresas públicas en una

Servicio público: Esta expresión tiene un doble sentido: designa tanto el organismo de producción del servicio como la misión de interés general que se confía a este. Las obligaciones de servicio público específicas pueden ser impuestas por la autoridad pública al organismo de producción del servicio, con el fin de favorecer o permitir la realización de la misión de interés general, así por ejemplo en materia de transporte terrestre, aéreo, por vía férrea o en materia de energía. Estas obligaciones pueden desempeñarse a escala nacional o regional. Hay que señalar que a veces se confunde erróneamente servicio público con sector público.

Servicio universal: Desarrollado por las Instituciones de la Comunidad, este concepto evolutivo define un conjunto de exigencias de interés general a las que deberían someterse en toda la Comunidad las actividades de telecomunicaciones o de correos por ejemplo. Las obligaciones que derivan de este servicio tienen por objeto garantizar el acceso de todos a determinadas prestaciones esenciales, de calidad y a un precio asequible.

³³⁰ *Íbidem.* Pág.1

situación más ventajosa, sin perjuicio de que en ocasiones pudieran tener por objeto la supervivencia de ciertos servicios. De nuevo, SANTIAGO MUÑOZ MACHADO³³¹ alude a la posibilidad de que esta defensa a ultranza del principio de igualdad entre las empresas públicas y privadas, en aras a salvaguardar el Derecho de la competencia, pudo colocar a la normativa comunitaria como un garante del *laissez faire* de la actuación privada, obviando que en ocasiones se hacía necesario también una garantía de las obligaciones de servicio público. Finalmente, a mediados de los años noventa, tras la firme presión ejercida por el Gobierno francés en defensa de los servicios públicos³³², las instancias comunitarias tuvieron que mitigar sus incipientes intenciones de erradicar los servicios públicos, pasando a una posición más acorde a los postulados sociales, de garantía de determinados servicios.³³³

Alusivos a esta cuestión son algunos de los documentos surgidos en el seno comunitario desde el año 2001 como el *Informe al Consejo Europeo de Laeken* presentado por la Comisión el 17 de octubre del 2001³³⁴, en el que se hace una

³³¹ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO “*Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*”. Pág.181.

³³² Es interesante la apología que efectúa el Rapport Public del Conseil d’Etat de 1994 en defensa de los servicios públicos por contraposición a la simple actuación de las empresas privadas.

³³³ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*”. Pág. 1151. “La segunda es que la propia Comunidad ha tenido que llegar inmediatamente a la conclusión de que las regulaciones de los Tratados no son incompatibles con los servicios públicos. Postulan, en la mayor parte de los casos, adecuar a un entorno concurrente las reglas de organización y funcionamiento de los servicios públicos, pero en modo alguno reclaman su desaparición. Es más, la Comunidad ha tenido que reencontrar la significación ideológica del servicio público al regular algunos sectores liberalizados y privatizados. En materia de correos y telecomunicaciones, la apertura a la competencia y la incorporación a estos servicios de empresas privadas, ha debido acompañarse del establecimiento de obligaciones a las mismas, para que sus prestaciones tengan una calidad y contenido mínimos y alcancen a la totalidad de la población. Estas obligaciones se enmarcan en un concepto vecino al tradicional de servicio público, como es la noción de servicio universal”.

³³⁴ COM (2001) 598. Disponible en: www.europa.eu. En la introducción de este informe se alude a la necesidad de atender determinados servicios que no resultan atractivos para la iniciativa privada pero que sin embargo entrañan una considerable importancia para la sociedad. El apartado 3 de la Introducción señala: “La propia dinámica del mercado permite ofrecer a un público amplio numerosos servicios de interés general. En ocasiones, sin embargo, los mercados se muestran insensibles de cara a objetivos sociales deseables, por lo que los servicios prestados resultan insuficientes. Esta situación puede deberse, por ejemplo, (i) al hecho de que el particular o el mercado no llegan a apreciar en su justo valor todas las ventajas a largo plazo o generadas para la sociedad en su conjunto (por ejemplo, en el caso de la educación), (ii) a la voluntad de la sociedad de promover la oferta y el uso de bienes para elites o círculos restringidos («merit goods» y «club goods»), por ejemplo, los museos, o (iii) a la aspiración social de garantizar a todos los

clara alusión a la necesidad de que en determinados ámbitos actué el Estado, siempre que con ello se consiga una mejor cobertura de las necesidades sociales. El *Libro Verde de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, sobre los servicios de interés general*³³⁵ y la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2004 «Libro Blanco sobre los servicios de interés general»*³³⁶

Respecto al tema de los servicios de estiba y desestiba, a juicio de esta autora es interesante la reflexión recogida en el Libro Verde de 2003 en relación a los servicios de interés general, para contextualizar la evolución sufrida por la regulación de los servicios portuarios objeto de esta tesis: *“La forma en que se organizan esos servicios difiere en función de las tradicionales culturas, la historia y las condiciones geográficas de cada Estado miembro, así como de las características propias de la actividad en cuestión, sobre todo de su desarrollo tecnológico”*. Es evidente, que en los servicios de estiba y desestiba se dan unas características propias que les colocan fuera de la órbita de una simple actividad económica, como se ha ido sosteniendo a lo largo de esta tesis.

Tras este breve primer enfoque general sobre la significación del servicio público en el Derecho Comunitario y antes de entrar en las referencias a los servicios portuarios, y en particular a los de estiba y desestiba, se analizará en el siguiente apartado la ordenación general de los servicios de interés general, partiendo de la regulación contenida en los Tratados Comunitarios y posteriormente, analizando la diversa legislación contenida en Directivas y Reglamentos que tratan la materia

ciudadanos, incluso los más pobres, el acceso a ciertos servicios de calidad adecuada. En estos casos, puede ser necesaria la intervención de sector público”.

³³⁵ COM (2003) 270 final. Diario Oficial C 76 de 25 de marzo del 2004. Disponible en: www.europa.eu. En los apartados 10 y 11 de su Introducción expone: “Los servicios de interés general, que incluyen servicios de naturaleza tanto económica como no económica, constituyen una realidad compleja y en constante evolución. Abarcan un amplio espectro de actividades de diverso tipo –desde ciertas actividades propias de las grandes industrias de redes (energía, servicios postales, transporte y telecomunicaciones) hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales-, de dimensiones diversas –unas de ámbito europeo, incluso mundial, otras de ámbito simplemente local-, y de diferente naturaleza –sometidas o no la disciplina de mercado-.”

³³⁶ COM (2004) 374 final, no publicada en el Diario Oficial. Disponible en: www.europa.eu. Entre las reflexiones del texto destaca: “Aun cuando la prestación de servicios de interés general pueda gestionarse en concertación con el sector privado o encomendarse a empresas públicas o privadas, la definición de lo que constituyen obligaciones o misiones de servicio público sigue compitiendo a las autoridades públicas al nivel que corresponda. Compete también a las autoridades públicas regular los mercados y garantizar que los operadores cumplan las misiones de servicio público que les hayan sido confiadas”.

objeto de análisis. Todo ello para contextualizar el cambio de posicionamiento que dio lugar a la aprobación de la Ley 48/2003 en el seno del Ordenamiento jurídico español.

2.2 Los Tratados Comunitarios determinaciones sobre los servicios de interés general.

2.2.1 Análisis del Art. 86.2. del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

El artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Vigente hasta el 1 de diciembre de 2009), recogía entre las normas sobre competencia, las siguientes consideraciones: *“1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los Art. 12 y 81 a 89, ambos inclusive.*

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedaran sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”.

En la actualidad el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) recoge en el Art. 106³³⁷ la redacción del Art. 86. La alusión en el apartado 2 a los servicios de interés económico general, no debe confundirse con el resto de actividades meramente económicas; para que se puedan no aplicarse las reglas de la competencia se deberán analizar el caso concreto.

³³⁷ C 83/47 Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo del 2010. Disponible en: www.europa.eu.

En base a lo dispuesto en el apartado tercero del citado Art. 86, la Comisión ha ido estableciendo diversas regulaciones sobre esta materia, condicionando la gestión de los Estados respecto de sus servicios públicos. De este modo, el análisis de las reglas del Tratado debe ponerse en relación con las normas contenidas en el *Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los Art. 81 y 82 del Tratado*³³⁸ (actuales Art. 101 y 102 del TFUE), en el que al margen de atribuir facultades a la Comisión, también se delega en los Estados miembros un gran número de competencias ejecutorias en materia de protección de la competencia³³⁹. Una de las cuestiones de particular interés, es la remisión a las empresas gestoras de servicios públicos, puesto que no todos los países de la Unión han tenido tradicionalmente en su ordenamiento interiorizado esta idea, de clara reminiscencia francesa en alusión a la clásica concepción del servicio público francés. De este modo, algunos países han tenido que interpretar de forma extensiva el concepto como actividad prestacional realizada por los poderes públicos.

³³⁸ L 1/1 Diario Oficial de la Unión Europea de 4 de Abril de 2003. Disponible en: www.europa.eu. La transcripción del artículo 106 coincide con la del antiguo art. 86, salvo en algunos matices que se subrayan a continuación:

“1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los Art. 18 y 101 a 109, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedaran sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas”.

³³⁹ El punto (9) de la introducción del Reglamento señala: “Los Art. 81 y 82 del Tratado tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado. El presente Reglamento, que se adopta para aplicar esas disposiciones del Tratado, no impedirá que los Estados miembros apliquen en sus territorios la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos, siempre que esa legislación sea compatible con los principios generales y las demás disposiciones del Derecho Comunitario. En la medida en que dicha legislación nacional persiga principalmente un objetivo distinto del de la protección de la competencia en el mercado, las autoridades de la competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán aplicar esa legislación en sus territorios. Por lo tanto, con arreglo al presente Reglamento, los Estados miembros podrán aplicar en sus territorios una legislación nacional que prohíba o sancione actos de competencia desleal, tanto unilaterales como contractuales. Esa legislación persigue un objetivo concreto, con independencia de los efectos reales a supuestos de los citados actos en la competencia en el mercado.”

En todo caso, tal y como señala SANTIAGO GONZALEZ-VARAS³⁴⁰, cualquier interpretación del actual Art. 106 pasa por analizar la actividad concreta que realizan las empresas gestoras de servicios públicos:

“Pero, a efectos de avanzar en el estudio del régimen jurídico comunitario de las empresas gestoras de servicios públicos, no puede olvidarse el actual Tratado de Funcionamiento de la UE, al contener un criterio específico de sujeción al Derecho de la competencia, para el caso concreto de la gestión de los servicios públicos o de interés general. Como ya nos consta, el sometimiento en estos casos no puede llegar a impedir la misión que tales empresas tienen conferida.” (En clara referencia a lo dispuesto en el actual Art. 106.2 del TFUE sustitutivo del antiguo artículo 86.2 del TCE)³⁴¹”.

Así pues, una interpretación de las disposiciones contenidas en el Art. 86.2 TCE conduce a la idea de que el Derecho Comunitario no impide que las empresas gestoras de servicios de interés económico general disfruten de determinadas prerrogativas, que las separen de las reglas de la competencia. Esta ventajosa posición se sustenta en la propia gestión que realizan, llegando incluso a disfrutar de regímenes jurídicos particulares, excepciones a las reglas de la competencia en el mercado, que pueden ser incluso con carácter de monopolio.

2.2.2 Los criterios de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En particular el asunto suscitado en el Puerto de Génova en relación a la actividad de carga y descarga de mercancías.

La jurisprudencia comunitaria ha interpretado como debe ser el régimen jurídico en numerosas sentencias. Una de las primeras sentencias fue la del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1971³⁴¹, en el denominado asunto *Muller*, relativo a la explotación de un puerto fluvial. El litigio trata de dilucidar si debido a las ventajas que una Ley nacional otorgaba a una sociedad encargada de la explotación de un puerto, se producía una situación que era contraproducente, desde el punto de vista de la competencia, para los intereses de otras empresas que ejercían actividades portuarias en la zona.

³⁴⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *“Tratado de Derecho Administrativo”*, tomo II. El Derecho Administrativo Europeo. 2ª Edición. Civitas. 2012. Pág.95.

³⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Ministerio Público de Luxemburgo contra Muller de 14 de julio de 1971, asunto 10/71. Disponible en: www.europa.eu.

Los privilegios de la empresa en cuestión se sustentaban en que gestionaba la parte más importante del tráfico fluvial en el país. El Tribunal determinó que efectivamente la normativa comunitaria que preveía excepciones a las reglas de la competencia, en aquellos supuestos que se tratara de la encomienda de misiones de especial interés, entrañaba la apreciación de los requisitos inherentes, por una parte al cumplimiento de la misión, y por otra parte, a la tutela del interés de la Comunidad. Es evidente pues, que el Tribunal entendió que debía interpretarse la excepción al albor de los objetivos de política económica general que persigan los Estados, pero siempre bajo la vigilancia de la Comisión.

En similares términos se expresaba la Sentencia de 14 de julio de 1981³⁴², en este caso el supuesto se centraba en las prácticas bancarias de algunos países que podían poner en peligro el comercio entre los Estados miembros. El Tribunal entendió en este caso, que no podían acogerse a la excepción, en tanto que, no podía demostrarse que al efectuar determinadas transferencias, dichas entidades actuaran como gestoras de un servicio de interés económico general encomendado por los poderes públicos.

Muy clarificadora para el análisis que se plantea en esta tesis fue la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991**³⁴³, en relación al servicio de carga y descarga de mercancías del **Puerto de Génova**. El litigio se plantea en Italia dado que las operaciones de carga, descarga, trasbordo, almacenamiento y movimiento en general, estaban por una Ley nacional reservadas a compañías portuarias cuyos trabajadores debían ser de nacionalidad italiana, y ser miembros de dichas compañías. De este modo, las empresas portuarias que querían realizar operaciones debían recurrir a las citadas compañías para llevar a término las labores de carga y pagar además la tarifa fijada imperativamente.

Una empresa planteó el litigio al considerar que al realizar la descarga convencional se había visto obligada a contratar dichos servicios, a pesar de que el propio personal del buque habría podido efectuar la descarga directamente; una vez planteado el litigio el Tribunal de Génova decidió suspender el procedimiento para que el Tribunal de Justicia se pronunciara, entre otras cuestiones, sobre si ¿se debía considerar el supuesto como enmarcado dentro de la categoría de empresas

³⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981. Asunto C-172/80. Disponible en: www.europa.eu.

³⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991. Asunto C-179/90. Disponible en: www.europa.eu.

encargadas de la gestión de servicios de interés económico general?, y de otro, sobre si ¿es acorde al derecho comunitario, la reserva en exclusiva a determinadas empresas de la realización de las labores de carga y descarga?.

La respuesta del Tribunal se argumentó con las siguientes conclusiones:

- El apartado 1 del artículo 90 del TCEE, en relación con los artículos 30, 48 y 86 de dicho Tratado, se opone a la normativa de un Estado miembro que confiere a una empresa, establecida en ese Estado, el derecho exclusivo a organizar las operaciones portuarias, y la obliga a recurrir, para la realización de dichas operaciones, a una compañía portuaria compuesta exclusivamente de trabajadores nacionales.
- Los artículos 30, 48 y 86 del Tratado, en relación con el artículo 90, generan para los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger.
- En el análisis del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, una empresa y/o una compañía portuaria no puede considerarse basándose únicamente en los datos contenidos en relación a su actividad, sino que debe analizarse efectivamente si está encargada de la gestión de servicios de interés económico general, en el sentido de dicha disposición.

Del análisis de estas conclusiones, es evidente que a la citada empresa portuaria el Estado le había concedido derechos exclusivos, situación que generaba claramente una situación de abuso, al establecer que todos los desembarques que se realizaran en puerto debían realizarse por la empresa portuaria monopolística. En el ejercicio de estos derechos exclusivos, la empresa incumplió varias de las disposiciones contenidas en los Tratados, como es el principio general que prohibía la discriminación por razón de la nacionalidad, al condicionar que los trabajadores solamente pudiera tener la nacionalidad italiana.

Igualmente, la empresa al disfrutar de dichos derechos exclusivos otorgados por un Estado, ocupaba una posición dominante en el mercado, y esto debía ser considerado como una conculcación de los Tratados. En particular, constitutivo de una infracción del Art. 90 en relación con el Art. 86, no existiendo justificación alguna que avalara dicha infracción del Derecho comunitario restrictiva de la competencia.

De este modo, el hecho de que el Estado otorgara a una empresa la gestión de un servicio económico de interés general, no la eximía del cumplimiento de la normativa comunitaria. Solamente, se justificaba la inobservancia de las normas, en el caso de que el cumplimiento

podiera obstaculizar la misión específica que le había sido confiada, o el interés de la Comunidad pudiera resultar afectado. Al respecto, la Sentencia determinó que no podían encontrarse en el caso concreto, argumentaciones que sustentaran que las operaciones portuarias en cuestión tenían un interés económico general de características específicas, respecto de otras actividades económicas, que validará la inaplicación de las normas del Tratado.³⁴⁴

La principal conclusión que se extrae del análisis de esta Sentencia es que los Estados miembros no pueden dictar normas que traten de evadir las reglas de la competencia. La interpretación de los Tratados, en particular del Art. 86.2 del TCE en la actualidad Art. 106 del TFUE, conduce a la idea de que se ha visto limitada la capacidad de los Estados para organizar sus servicios públicos, no pudiendo colocar los Estados por medio de sus legislaciones a determinadas empresas en una posición de dominio que eluda las reglas de la competencia. Esta interpretación no restringe la posibilidad de que existan monopolios, solo que estos deben justificarse de forma objetiva, por lo tanto, el principio de libre organización de los servicios públicos que asiste a los Estados miembros, permite la modalidad del monopolio, pero siempre y cuando ésta no conculque las reglas de la competencia y coloque a una empresa nacional en un abuso de posición dominante.

Como ya se ha ido analizando a lo largo de esta tesis el último pronunciamiento jurisprudencial a los efectos de interés es la Sentencia de diciembre de 2014 por la que se condena a España por el modelo de estiba. La Sentencia es congruente con las posturas mantenidas desde hace años por el Tribunal Europeo en cuanto al establecimiento de medidas restrictivas de la libre competencia.

³⁴⁴ Ob.cit. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *“Tratado de Derecho Administrativo”*. Pág.102. Sobre el análisis de esta Sentencia señala: “En general, la jurisprudencia que venimos citando parece vencer fácilmente el obstáculo que podría suponer el artículo 96.2. del Tratado de la CE (hoy 116 del TFUE). En efecto, en la sentencia Puerto de Génova de 10 de diciembre de 1991, una empresa pública, a la que se le había conferido el monopolio de la realización de las operaciones portuarias, era inducida a abusar de su posición dominante, al aplicar la legislación estatal que tenía que cumplir para el desarrollo de sus actividades. (...). El entonces artículo 86.2 (actual 106.2 del TFUE) se considera por el Tribunal para comprobar si la infracción del Derecho Comunitario en estos casos, puede quedar justificada: en el presente caso, no obstante, aquel no llevó a justificar tales prácticas restrictivas de la competencia; la doctrina de esta sentencia es ilustrativa: *«El hecho de que los poderes públicos hayan confiado a una empresa la gestión de un servicio económico de interés general no puede, en virtud del artículo 90.2 eximir a dicha empresa de la observancia de las normas del Tratado, a no ser que la aplicación de estas normas pueda obstaculizar el cumplimiento de la misión específica que le ha sido confiada y que el interés de la Comunidad no resulte afectado»*”.

3. El impacto del Derecho Comunitario sobre los servicios portuarios de estiba y desestiba en la ordenación de las reglas de la competencia establecidas por el Derecho Comunitario.

3.1 Las referencias del Derecho Comunitario. En particular, las que influenciaron a la Ley 48/2003.

El hecho de que el Art. 86.2 del TCE, en la actualidad 106.2. TFUE³⁴⁵, preveía la excepción a las reglas de la competencia atendiendo a la misión que realizaban las empresas gestoras de servicios públicos³⁴⁶, puede generar algunas dudas respecto de las empresas encargadas de las labores de estiba y desestiba. Este matiz servirá para analizar, si en los servicios de estiba y desestiba existen razones, por las labores que se llevan a término, para obviar las reglas de la competencia. Se pueden puntualizar diversas cuestiones, que serán analizadas seguidamente: ¿es compatible un régimen jurídico particular para los trabajadores estibadores, con la reglas de la competencia?, ¿existen razones justificativas, en función del trabajo que realizan, para sustentar esta excepción?, ¿puede argumentarse la pervivencia del sistema de monopolio?

En un primer momento, parece que la interpretación a todas estas cuestiones fue en sentido negativo, teniendo en cuenta lo dispuesto en la “*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios*”³⁴⁷. Dicha propuesta de Directiva pretendía la total liberalización del acceso al mercado de los servicios portuarios, se entendía como necesaria una completa liberalización de los servicios portuarios, puesto que ésta conllevaría una mayor competencia y por ende una mayor eficacia:

³⁴⁵ La redacción del Art. 106.2 del TFUE dice textualmente: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”.

³⁴⁶ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*”. Pág. 1158. “En relación con los servicios públicos económicos, el Derecho Comunitario más que de declaraciones generales de exención, atinentes a toda la actividad de un organismo o empresa para dejarlos en situaciones jurídicas privilegiadas, se preocupa por la asignación de «misiones» de interés general o de servicio público, que delimiten prestaciones, objetivos o actividades específicas que se gestionarán con derogación de las reglas de competencia y desde posiciones jurídicas o financieras privilegiadas”.

³⁴⁷ “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios” Bruselas 13.10.2004.COM (2004) 654 final. 2004/ 0240 (COD). Disponible en: www.europa.eu.

“Como medida que acrecentará la competencia general tanto en el interior de los puertos comunitarios como entre éstos, la promoción del acceso al mercado de los servicios portuarios a nivel comunitario deberá eliminar las actuales restricciones que entorpecen el acceso de los prestadores de servicios portuarios y quienes practican la autoasistencia, mejorar la calidad de los servicios prestados a los usuarios de los puertos, incrementar la eficacia y flexibilidad, contribuir a la reducción de costes y, de esa manera, fomentar el transporte marítimo de corta distancia y el transporte combinado. Asimismo se deben hacer transparentes las relaciones financieras entre los puertos o sistemas portuarios marítimos y los prestadores de servicios portuarios por una parte, y, por otra, las autoridades públicas, incluida la financiación pública de los puertos”.

La férrea oposición del colectivo de trabajadores portuarios impidió la aprobación de esta propuesta de Directiva, igualmente, los servicios portuarios, tampoco se incluyeron en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior aprobada en el 2006³⁴⁸.

La evolución de la regulación sobre la materia comienza con la aprobación por parte del Consejo el 22 de diciembre de 1986 de dos Reglamentos relativos a la aplicación de las normas de la competencia al transporte marítimo, el Reglamento (CEE) nº 4056/86 y (CEE) nº 4057/86³⁴⁹. Años más tarde, una vez constatada la significación de los transportes marítimos en el conjunto de la economía comunitaria, el 14 de febrero de 2001 la Comisión adoptó una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada *“Refuerzo de la calidad de los servicios en los puertos de mar: una clave para el transporte europeo”*, se conoció con el nombre de *“paquete portuario”*. Dicha Comunicación adjuntaba una propuesta de Directiva³⁵⁰, en ella se proponía una nueva regulación del acceso al mercado de los servicios portuarios. No obstante, el 20 de noviembre de 2003, después de tres años de tramitación legislativa, que culminó con un procedimiento de

³⁴⁸ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. Diario Oficial de la Unión Europea de 27.12.2006. (L 376/36 ES)

³⁴⁹ Disponible en: www.europa.eu.

³⁵⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios. COM (2001) 35 *final*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 29.05.2001.

conciliación, el Parlamento Europeo rechazó en sesión plenaria el texto propuesto por 229 votos en contra, 209 a favor y 16 abstenciones.

Aun así el Ordenamiento español recogió una ordenación del servicio amparada en los nuevos postulados liberalizadores (más adelante se analizará la efectividad práctica de esta regulación y cual ha sido la evolución de la prestación del servicio desde el año 2003). La propuesta presentada por la Comisión el 14 de febrero del 2001, comenzaba reseñando la importancia de los servicios portuarios, al considerar que estos eran fundamentales para el correcto funcionamiento del transporte marítimo. En el Art. 4 se definía a una serie de conceptos importantes, entre los que destacar:

- El concepto de **autoridad portuaria** aludía a la siguiente idea: *“un organismo que, en conjunción o no con otras actividades, tiene como objetivo, con arreglo a la legislación o reglamentación nacional, la administración y gestión de las infraestructuras del puerto y la coordinación y control de las actividades de los diferentes operadores presentes en el puerto o sistema portuario considerado. Podrá consistir en varios organismos separados o estar encargado de más de un puerto”*.
- Los **servicios portuarios** eran considerados como: *“los servicios de carácter comercial que normalmente se prestan en los puertos a cambio de una retribución”*.
- La alusión a los **requisitos de servicio público** se determinaron como: *“requisitos adoptados por una autoridad competente con el fin de garantizar la adecuada prestación de ciertas categorías de servicios portuarios”*.
- La **autoasistencia** era considerada: *“la situación en la que el usuario de un puerto se presta a sí mismo una o varias categorías de servicios portuarios, sin que normalmente se celebre ningún tipo de contrato con terceros a efectos de tal prestación”*.

Por lo que se refiere propiamente a los servicios de estiba y desestiba, mencionados expresamente en el Anexo de la Propuesta de 2001 como servicios

portuarios de manipulación de la carga. La Propuesta remarcaba la significación de la autoasistencia, señalando que los criterios aplicables a esta técnica no debían ser más estrictos que los fijados para otros prestadores de los mismos o similares servicios, pretendiendo de este modo una equiparación con los trabajadores del puerto. Se dejaba, no obstante, que los Estados miembros tomarán las medidas que consideraran necesarias para posibilitar esta práctica, respetando los criterios fijados en la propia Propuesta.

Las alusiones a esta Propuesta de Directiva del año 2001 en la Ley 48/2003 quedan reflejadas en la propia Exposición de Motivos al mencionar:

“Las razones antes citadas aconsejan abandonar el modelo subjetivo de organización de los servicios portuarios vigentes y abordar un modelo objetivo de regulación, que introduzca la libre competencia en las actividades en que es posible y que impongan sobre los operadores de cada sector las obligaciones de servicio público, que junto a la libre competencia garanticen la seguridad, la continuidad, la calidad, la cobertura universal, la adaptación y la razonabilidad de precios. La política de la Unión Europea, reflejada en la propuesta de directiva de acceso al mercado de los servicios portuarios, responde a este modelo objetivo, por cuanto busca el equilibrio entre la introducción progresiva de la competencia y la garantía del cumplimiento de las obligaciones de servicio público”.

Así pues, una vez más tras remarcar la importancia de liberalizar el sector de los servicios portuarios se hace hincapié en el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, que se sustentaban, y siguen sustentándose, principalmente, en la significación del sector portuario en el conjunto de la economía europea.

Como ya se ha advertido, dicha Propuesta no llegó a ser aprobada en el seno de las Instituciones Europeas, por la oposición de los sectores implicados, que consideraban podía ponerse en riesgo la sostenibilidad del sistema en las mismas condiciones que se venía prestando. En el año 2004 la Comisión presentó de nuevo una reformaba propuesta al respecto³⁵¹, en ella se recogían algunas de las críticas que habían generado el rechazo un año antes, aun así el Parlamento volvió

³⁵¹ Propuesta de 13 de octubre de 2004 COM (2004) 654. Disponible en: www.europa.eu.

a rechazar esta propuesta en primera lectura el 18 de enero de 2006, poco tiempo después ésta fue retirada por la Comisión.

La Comisión volvió a retomar el estudio de la materia en el año 2007, al presentar en octubre el texto denominado “*Comunicación sobre una política portuaria europea*”³⁵², tras reseñar la importancia del tráfico marítimo, tanto de pasajeros como de contenedores, así como la significación del empleo portuario que genera casi medio millón de puestos. En particular, la Comunicación del año 2007 en alusión a la regulación de la manutención de la carga, aludió a la **menor necesidad de mano de obra necesaria en los puertos como consecuencia de los avances tecnológicos**. En muchos de los Estados miembros la contratación del personal encargado de las labores de carga y descarga se realizaba a través de “*pools*”, concepto que se refiere a las entidades encargadas de contratar y formar a los trabajadores portuarios. Las normas comunitarias debían aplicarse a las actividades de estas entidades que no podían desconocer las reglas de los Tratados, amparándose en prácticas nacionales. En particular, la Comunicación señalaba:

“Estas entidades ofrecen a menudo una formación de calidad a los trabajadores y constituyen una herramienta eficaz para los empresarios. Sin embargo, tales acuerdos no deben utilizarse para impedir que determinadas personas o empresas debidamente cualificadas presten servicios de manutención de carga, o para imponer a los empresarios una mano de obra que no necesitan, lo que podría en algunos casos infringir las normas del Tratado sobre el mercado interno y, en particular, el artículo 43 relativo a la libertad de establecimiento y el artículo 49 relativo a la libertad de prestación de servicios”.

Se evidencia que el Derecho Comunitario se mantenía en la línea de la liberalización de los servicios portuarios de estiba y desestiba, pero dichas intenciones no han tenido una correcta cobertura legislativa con el establecimiento de una Directiva común para todos los Estados miembros. Este vacío es suplido con una interpretación general de las disposiciones de los Tratados que aluden en general a los servicios de interés económico.

³⁵² Comunicación de la Comisión de 18 de octubre de 2007 COM (2007) 616. Disponible en: www.europa.eu.

En apartados finales de esta tesis, se analizarán las causas que a juicio de esta autora, han motivado el fracaso de los intentos de reformas desde las instancias comunitarias, adelantando que uno de los motivos se encuentra en la presión del personal portuario. Los colectivos de trabajadores afirman que no puede garantizarse con una completa liberalización del sector la cobertura de mano de obra con unos niveles altos de profesionalidad. De un lado advierten que los equipamientos necesarios para formar a nuevos trabajadores son infraestructuras que se encuentran en el propio entorno del puerto, y de otro, porque es fundamental un control sobre dicha formación, en tanto que, en las propias labores de carga y descarga confluyen numerosos intereses públicos y privados; públicos como el abastecimiento y la seguridad del tráfico de mercancías, y privados, fundamentalmente el hecho de que el servicio se preste con la mayor celeridad posible.

Estos *handicaps* han dificultado durante años el establecimiento de unas efectivas reglas de libre mercado, teniendo en cuenta además que el régimen laboral de los trabajadores portuarios, entre los que se encuentran los estibadores, se ajusta a un régimen laboral especial, dada la estacionalidad de la demanda. Ahora bien, estas cuestiones no puede justificar *per se* que se conculquen las reglas de la competencia, si bien es cierto, que nos encontramos ante una actividad enmarcada dentro de los denominados sectores de interés público, como es el transporte, no lo es menos, que en muchos casos se están amparando situaciones que atentan a la libre competencia que no tienen una efectiva justificación de servicio público. Por este motivo es básico determinar los rasgos fundamentales del servicio público que persisten en la actualidad en las labores de carga y descarga, para de este modo poder determinar en qué casos si se está efectivamente conculcando el Derecho Comunitario.

Es precisamente en ese punto, en el que debe contextualizarse el análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2014 que condena al Estado español. La principal argumentación de la Sentencia está en el incumplimiento por parte del Estado del Art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en concreto, por lo que concierne a la libertad de establecimiento. En el Dictamen Motivado de la Comisión Europea de Septiembre de 2012, previo a la Sentencia condenatoria, ya se advertía que si bien la protección

de los trabajadores puede aceptarse como una de las razones imperiosas de interés públicos, que avalan una moderación en los criterios de defensa de la libertad de establecimiento, no es menos cierto, que en el ámbito portuario comunitario los países han optado por fórmulas que no conculcan la competencia.

Ese será pues el camino que debe recorrer España he implantar un modelo de estiba más acorde con los modelos de los países miembros, pero para llegar a ese punto, los planteamientos de todas las partes deben matizarse, puesto que es imprescindible alcanzar un acuerdo. Con la Propuesta al Ministerio de Fomento consensuada por la patronal Anesco y los principales sindicatos del sector de la estiba, a la que se ha venido aludiendo a lo largo de este trabajo, parece que puede albergarse la esperanza de que las partes han llegado al convencimiento de que solo flexibilizando sus posturas puede llegarse a un acuerdo que, no solo cumpla con las exigencias impuestas por el Tribunal Europeo, sino también que no genere un clima de confrontación laboral que no beneficia a ninguna de las partes implicadas.

3.2 ¿Se pueden englobar los servicios de estiba y desestiba como realizadores de una “misión de interés económico general”?

La mayoría de la doctrina coincide en que el intento de dar una definición de la expresión contenida en los Tratados como “*misión de interés económico general*”, es sumamente complejo, como igualmente complejo es su encuadre dentro de los Derechos nacionales por la diferente tradición jurídica de estos³⁵³. No obstante, es una idea consensuada, el entender que dentro de la citada

³⁵³ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV*”. Iustel. 1ª Edición 2011. Págs. 613 y 614. “La Comunidad Europea hubo de enfrentarse al problema de la diversidad de regimenes existentes en los Estados miembros en lo que concierne a la organización de servicios públicos o las fórmulas tradicionales de garantizar las prestaciones de carácter económico o social a los ciudadanos. El servicio público, como lo conocemos en España, se ha construido, igual que en Francia y siguiendo su ejemplo, sobre la base de atribuir a las Administraciones públicas la responsabilidad de crear instituciones y empresas que gestionen prestaciones dirigidas a los ciudadanos, para mejorar las condiciones de vida o el bienestar. Sin perjuicio de preocuparse también por la consecución de dichos objetivos sociales el Estado alemán, su Derecho no ha asimilado la técnica del servicio público a la francesa, sino que ha construido las obligaciones prestacionales del Estado, desde la dogmática de la *dasseinvorsorge*, la procura del bienestar. La tradición anglosajona no coincide, en cambio, con ninguna de las dos anteriores, ya que la garantía de las prestaciones y de la atención a los intereses generales, se ha basado, al menos complementariamente, en la doctrina de las *public utilities*. Para facilitar la convergencia de estas diferentes tradiciones, el Derecho comunitario, sin desconocer la noción de servicio público, su significación y alcance, ha basado su regulación en el concepto de «servicios de interés general». Cuando una actividad, sea pública o privada, puede considerarse un servicio de interés general, se justifica la no aplicación al mismo de las reglas de competencia y se permite la restricción de las libertades económicas comunitarias esenciales”.

expresión se alude principalmente a los sectores considerados como de interés económico general, entre los que podría citarse al sector del transporte, en el que se encuadrarían las labores de estiba y desestiba. Otros sectores incluidos dentro de esta tipología serían las telecomunicaciones, y los relacionados con suministros como la luz, el gas y el agua.

SANTIAGO GONZALEZ-VARAS³⁵⁴ se cuestiona la necesidad de una nueva expresión para englobar a todos estos sectores económicos dentro de una categoría jurídica, teniendo en cuenta que han pasado a prestarse de acuerdo a un régimen particular, que compagina ciertos rasgos del servicio público con las reglas de la competencia. En mi opinión, los cambios de denominación no aluden más que a la necesidad de armonizar un concepto, pero el trasfondo que engloba el propio concepto permanece inalterable, puesto que tras el cambio de denominación que el Derecho Comunitario haya querido proporcionar a los servicios públicos, no han desaparecido las tradicionales obligaciones de garantía en la prestación, calidad, regularidad, profesionalidad, etc. Precisamente, se aludirá a estas cuestiones para determinar si subsisten algunas notas características propias de los servicios públicos, que amparen la desvinculación a las reglas de la competencia.

La disyuntiva está en determinar si lo más importante es conseguir el objetivo de abaratar costes; en ese caso, las empresas que recalcan en un puerto dejarían de estar obligadas a sufragar los costes derivados de la carga y descarga por personal portuario, y podrían hacerlo por cuenta de su propio personal o contratar libremente mano de obra. Por el contrario, también existe la opción de optar por el mantenimiento de un sistema más costoso, pero que asegura una mano de obra cualificada y bajo la supervisión de las autoridades portuarias. De optarse por este

³⁵⁴ Ob.cit. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *“Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte. Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la Competencia”*. Pág.1 “Una primera cuestión que quiere plantearse es si necesitamos una nueva expresión o categoría jurídica para designar conjuntamente sectores económicos tales como el gasista, eléctrico, petróleo, los transportes, los postales o las telecomunicaciones. Tradicionalmente, todos ellos han podido caracterizarse como servicios públicos (como servicios públicos de carácter económicos). En un momento esta denominación fue adecuada y explicó de forma suficiente el régimen jurídico aplicable: asunción de la actividad por el sector público (mediante su publicatio), gestión pública directa o delegada, posibilidad del monopolio, libre organización de la actividad por el poder público, régimen de Derecho administrativo respecto de este tipo de decisiones organizativas o de su control. Hoy esta denominación (servicios públicos) puede discutirse como denominación adecuada para definir dichos sectores económicos”.

último modelo, que en la actualidad impera en la mayoría de los puertos europeos, esta medida se tiene que justificar en unas determinadas obligaciones de servicio público, en tanto que, se está detrayendo una actividad de las reglas del libre mercado.

De este modo, es necesario analizar el equilibrio existente entre el mantenimiento de ciertas obligaciones de servicio público en el servicio de estiba, y la desregulación del sector portuario a la que hemos asistido en los últimos años. Los intentos comunitarios, ya hemos visto que han sido en vano, cuestión no menor, dada la pétrea defensa de la competencia que promulgan las instituciones comunitarias, teniendo en cuenta que el mantenimiento de la regulación de ciertas actividades económicas es difícilmente conjugable con las reglas de la competencia.

En primer lugar, si analizamos el contexto europeo para determinar el origen de la regulación del servicio de estiba y desestiba, se observa que generalmente, los servicios de estiba se prestaban en régimen de gestión indirecta, por medio de empresas concesionarias, pero que sin embargo actuaban como auténticos monopolios. Dado el peculiar sistema de concesiones exclusivas, esta situación en muchos casos generaba unos elevados costes para las empresas navieras que requerían de los servicios. Si bien, en sus inicios las empresas concesionarias requerían de mucha mano de obra, los avances técnicos progresivamente han llevado a una disminución de la demanda. Los roles además se han visto alterados, ya no se trata de fuerza física sino de una adecuada preparación para el manejo de una maquinaria específica y propia del entorno portuario.

Esta tecnificación del trabajo de manipulación de la carga ha traído como consecuencia una reducción de los tiempos de estancia en puerto, que es básicamente el criterio fundamental por el que un buque o empresa exportadora o importadora realiza la elección de un puerto como destino de parada o partida. De este modo, las labores de estiba y desestiba se convierten en cruciales para determinar los niveles de competitividad de un puerto, puesto que no se debe dejar de lado, que la clave para el establecimiento de una mayor competitividad se encuentra en proporcionar servicios de calidad a un precio razonable³⁵⁵.

³⁵⁵ CERBÁN JIMÉNEZ, MARÍA DEL MAR. “*La competitividad portuaria de los puertos de titularidad estatal*”. (Ejemplar dedicado a España 2007. Un balance). *Economistas*, nº 26, extra 116. 2008. Pág. 277. “Competencia, competitividad y los nuevos términos de cooperar para

El Banco Mundial en el año 2003 al analizar la competitividad de los puertos en el documento “*The evolution of Ports in a competitive World*”³⁵⁶ determinó una serie de condicionantes que atraían la competitividad de un determinado puerto, entre estos factores se estableció la adecuación de un sistema de servicios portuarios (entre los que lógicamente se encuentra la estiba) altamente profesionalizados y que hayan sabido adaptarse a los procesos de containerización, para ello se requiere de buenas infraestructuras, accesos adecuados, medidas de seguridad, etc. La consecución de estos cambios hacia una mayor competitividad debe articularse con la necesaria colaboración público-privada. Además, para su consecución no solo deben tenerse en cuenta criterios de libre mercado y de apertura a la competencia, dado que en muchos casos al regirse estos por parámetros de rentabilidad dejan a un lado factores como la calidad de los servicios. Así pues, es necesario analizar el papel de las autoridades públicas en estos nuevos escenarios.

Por lo tanto, como respuesta a la pregunta formulada en este apartado, a juicio de esta autora es evidente que los servicios de estiba y desestiba deben considerarse como una misión de interés económico general, que posibilita que en algunos supuestos se puedan dejar en suspenso las reglas de la competencia, para hacer los puertos más competitivos, lo que por otro lado no supone defender la idea de un cheque en blanco para habilitar situaciones de abuso por parte de los poderes públicos. Una completa liberalización de los servicios portuarios podría tener como consecuencia la contratación de trabajadores no cualificados, que evidentemente abarataría los costes, pero que no podría garantizar una calidad en

competir son los conceptos que dominan el panorama internacional, donde la clave para mantenerse en posiciones adecuadas de competitividad sostenida se encuentran en la necesidad de proporcionar servicios portuarios de calidad a precios razonables”.

³⁵⁶ Disponible en: www.worldbank.org. “*La evolución de los Puertos en un mundo competitivo*”. Pág. 278. En resume los condicionantes expuestos por el Banco Mundial en relación a la posición competitiva de los puertos, quedan patentes de la siguiente manera: “...en el estudio del Banco Mundial (2003) se señalan algunas fuerzas presentes en puertos de todos los tamaños y condicionan las posibilidades de expansión portuaria y su posición competitiva: el poder de negociación de los usuarios del puerto (compañías navieras, sobre todo); el poder de negociación de los proveedores de servicios (estibadores, accesos ferroviarios, aduanas, operadores de terminales, etc.); la acción del gobierno y las administraciones implicadas (subvenciones, procesos de regulación de precios, gestión de la infraestructura); la competencia de otros puertos, ya existentes o nuevos, y otros modos de transporte; los flujos comerciales y los cambios en los patrones de comercio.”

la prestación del servicio, cuestión que a mi juicio es igualmente crucial para hacer competitivo el sector portuario.

Estas fueron precisamente las razones que llevaron, y en mi opinión se mantienen, a las instituciones comunitarias a renunciar al intento de regular una completa liberalización del sector, evidentemente la presión ejercida por los agentes implicados³⁵⁷ fue decisiva, pero más allá de las protestas, el miedo a poner en peligro un sector fundamental en la economía comunitaria, como es el portuario, hace que a día de hoy siga paralizada la adopción de nuevas medidas. Es evidente la capacidad de presión que puede ejercer el sector de la estiba, puesto que puede paralizar el comercio de un país. En concreto en España, ante la inminente reforma del sector, tras la Sentencia condenatoria, una de las primeras reacciones ha sido una amenaza de huelga, con las importantes consecuencias que tendría, si se tiene en cuenta que el 80% de las importaciones y el 70% de las exportaciones pasan por los puertos españoles³⁵⁸. Afortunadamente parece que hay un conato de acuerdo entre las partes implicadas, que ojala llegue a cristalizarse en una reforma del modelo de estiba consensuada.

Es importante recordar que Europa tiene unas condiciones geográficas muy buenas para el desarrollo de un importante sistema portuario, ejemplo significativo es la relevancia de los puertos de Amberes y Róterdam en el contexto mundial. Los puertos españoles también tienen una importante relevancia en volumen de tráfico, reseñable es la posición de los puertos de Bahía

³⁵⁷ Ob.cit. MIQUEL RODRÍGUEZ, JORGE “*Estibadores portuarios y derecho de la competencia*”. Págs.89-90. “Debe advertirse que las medidas liberalizadoras que se han tratado de poner en marcha a principios del siglo XXI, han encontrado rechazo en el combativo sector, tanto a nivel español como a nivel comunitario e internacional. Fue muy llamativa la paralización de la Directiva comunitaria prevista para la liberalización de los servicios portuarios, en la que se planteó el debate habitual sobre si liberalizar o desregularizar un sector era un mera medida de abaratamiento de costes que en definitiva suponía sustituir empleados cualificados por mano de obra precaria y de menor coste: se trataba en concreto de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2004, sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios. La Unión Europea había planteado una serie de medidas que encontraron una fuerte oposición, con huelgas, bloqueos, y movilizaciones que finalmente tuvieron la consecuencia de la retirada de la Propuesta, y la exclusión de los servicios portuarios en el texto finalmente aprobado 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.”

³⁵⁸ Disponible en: www.elconfidencial.com. “*Los estibadores amenazan con huelgas por la reforma portuaria que impone Bruselas.*” Publicado el 25.02.2015.

de Algeciras, Barcelona, Valencia³⁵⁹. Pero los simples condicionantes exógenos no son suficientes para ser competitivos en el mercado, deben acometerse por parte de las Autoridades Portuarias no solo una mejora de las infraestructuras, sino también la salvaguarda de aspectos relacionados con la estabilidad laboral de los trabajadores, garantizando buenas condiciones laborales que aseguren una estabilidad en la paz social en las relaciones de los agentes sociales implicados. La necesidad de una cierta regulación por parte de las autoridades públicas es primordial para asegurar que los puertos europeos sigan siendo altamente competitivos a escala mundial.

Ante esta postura podría argumentarse que supone una discriminación frente a otros sectores de la actividad económica, en los que no existe tal grado de protección, es cierto. Pero es que la complejidad de las labores técnicas que deben acometerse para la realización del servicio de estiba y desestiba, la estacionalidad de la demanda, el riesgo de no poder atender las necesidades de los operadores marítimos, y las consecuencias que podría ocasionar para el conjunto de la economía de un país, tanto desde el punto de vista del abastecimiento de materias, como de la exportación, dotan a este colectivo de unas características especiales que justifican un cierto grado de intervención pública.

En cuestiones como las aludidas se muestra la significación del concepto *misión de interés económico general*, y la pervivencia de algunas de las notas típicas que subsisten de la idea de servicio público, aunque profundamente matizado. Como apunta SANTIAGO MUÑOZ MACHADO³⁶⁰ la construcción de la noción de

³⁵⁹ Disponible en: www.puertos.es. Ver. Estudios de Evolución del Tráfico. Según la última estadística publicada por Puertos del Estado del año 2011, durante el periodo enero-diciembre 2011 se movieron en el conjunto del Sistema Portuario de Titularidad Estatal, 458,0 millones de toneladas, 25,4 millones más que en 2010, lo que supone un incremento del 5.9%.

Respecto al número de mercancías en contenedores las Autoridades Portuarias que superaron los 5 millones de toneladas son: Valencia (58,6 millones de toneladas), Bahía de Algeciras (52,3), Barcelona (28,8). Los datos en número de contenedores señalan que la Autoridad Portuaria de Valencia movió 4,3 millones, Bahía de Algeciras 3,6 y Barcelona 2,0. Por lo que se refiere a las Autoridades Portuarias con más tráfico de pasajeros, en la estadística 2011 se lideró por los puertos de las Islas Baleares y las Islas Canarias, en cambio por lo que se refiere a pasajeros de cruceros el puerto de Barcelona fue el que más acogió.

³⁶⁰ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV*”. Pág.618. “El Artículo 106.2 TFUE (antiguo 86.2 TCEEE) solo acepta que las empresas públicas, a las que somete a las reglas sobre la competencia establecidas en los Art. 101 y siguientes del Tratado, puedan quedar exceptuadas de su aplicación, cuando así resulte preciso para llevar a debido cumplimiento las misiones de interés general que tengan en cada caso”.

servicio de interés económico general se ha ido cimentando a partir de la interpretación jurisprudencial, partiendo del estudio de lo dispuesto en los Tratados, originariamente en el Art. 86.2. del Tratado CEE (actual 106.2 del TFUE), justificando en el caso concreto la inaplicación de las reglas de la competencia. La jurisprudencia comunitaria viene siguiendo, como uno de los criterios delimitadores del concepto misión de interés económico general, el establecido en la Sentencia de 30 de enero de 1974³⁶¹, en el denominado asunto “*Sabam*”, por el que es necesario que exista un acto de autoridad pública que declare dicha actividad como tal, para entender que estamos ante una misión de interés económico general.

Pero ahora bien, esta idea ha sido matizada, en particular por lo que se refiere al servicio de estiba y desestiba, en el caso de la Sentencia del Puerto de Génova, a la que se ha hecho alusión anteriormente; en este caso el Tribunal entendió que no se justificaban las notas propias de un servicio de interés económico general, con la mera remisión a lo dispuesto en una Ley nacional, como señala MIGUEL CARLOS RODRÍGUEZ-PIÑERO³⁶², en alusión a los fundamentos de la Sentencia, se debe además preservar que dicha norma se vincule a los intereses de la Comunidad, cuestión que no pudo probarse en el caso de la Ley italiana: “...*con un enfoque que ya no busca aparentemente la tutela de los trabajadores sino sobre todo la de los empresarios, pues se alude al abuso de la posición dominante, al excesivo precio del servicio e, incluso, a la escasa calidad del personal suministrado.*” De este modo, la Jurisprudencia comunitaria ha establecido unas reglas de juego, en tanto que, no es suficiente la remisión de los servicios de estiba y desestiba, calificados como servicios de interés económico general, tal y como, señala SANTIAGO MUÑOZ MACHADO³⁶³: “*por medio de un acto expreso de una autoridad pública confiriendo una misión de interés general*”, para entender que nos encontramos ante una misión de interés general, y justificar que no existe un abuso de posición dominante.

La Ley 48/2003 declaró los servicios portuarios como actividades de interés económico, en concreto el Art. 57 determinó: “*Son servicios portuarios las*

³⁶¹ Disponible en: www.europa.eu. Asunto 127/73.

³⁶² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MIGUEL CARLOS. “*Derecho del Trabajo y disciplina de Mercado*”. Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 2. 2001. Pág. 94.

³⁶³ *Íbidem*. Pág.620.

actividades de prestación de interés general que se desarrollan en la zona de servicio de los puertos, siendo necesarias para la correcta explotación de los mismos en condiciones de seguridad, eficacia, eficiencia, calidad, regularidad, continuidad y no discriminación”. La propia Exposición de motivos también hizo constar, al establecer las líneas generales del Título III, relativo a la prestación de servicios: *“En cuanto al contenido de la Ley, tras tipificar los servicios que se prestan en los puertos en su primer artículo, introduce como elemento central de la nueva regulación la calificación de los servicios portuarios, todos ellos, como actividades de interés general. Con dicha calificación desaparece cualquier residuo de «publicatio» llegado hasta nosotros a través de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992 y se reconoce paulatinamente el protagonismo de la iniciativa privada en este tipo de actividades, en plena sintonía con la posición política común de la Unión Europea en cuanto al acceso al mercado de los servicios portuarios”*.

Como inciso, no deja de ser curiosa la remisión al Derecho Comunitario que efectúa la Exposición de Motivos de la Ley del 2003, pues no debe olvidarse que se amparaba en una Propuesta de Directiva que, como ya se ha analizado, posteriormente no llegó a aprobarse. En este caso la normativa del año 2003 optó por un modelo más cercano a la idea del “servicio universal”, en tanto que, se establecieron en la propia normativa una serie de obligaciones de servicio público para aquellos servicios considerados como básicos, entre los que se encuentra el servicio de estiba y desestiba.

4. Análisis el sistema portuario en España por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En concreto, el sector de la estiba portuaria fue analizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia a mediados de los años noventa en el Informe titulado *“La competencia en España: balance y nuevas propuestas”* de 1995³⁶⁴. En dicho Informe se advertía que el sistema adolecía de una normativa que garantizara una correcta adecuación a la normativa relativa a la liberalización del sector portuario, dado que persistían privilegios más propios de la época medieval gremial que de

³⁶⁴ El texto íntegro del informe está disponible en: www.cncompetencia.es.

un sistema económico del siglo XX³⁶⁵. La única modificación adoptada a las obligaciones contenidas en la normativa de la LPMM de 1992, en relación a los servicios de estiba, tal y como señala el propio Informe, se realizó para las labores de pesca por medio del Real Decreto 2541/1994 de 29 de diciembre.

El Informe mencionaba una serie de propuestas tendentes a la liberalización del sector³⁶⁶, pero que no obtuvieron una cierta virtualidad hasta años más tarde con la aprobación de la Ley 48/2003, asimismo el Informe señaló las dificultades para el establecimiento de una total liberalización del servicio:

*“La situación óptima a alcanzar sería la desaparición de las sociedades estatales de estiba y desestiba y la prestación del servicio por empresas privadas en régimen de libre competencia. Sin embargo, dado que, en los contactos mantenidos con los representantes del sector, tan sólo una minoría de empresarios se ha mostrado dispuesta a asumir los costes de la propuesta anterior, lo más prudente en estos momentos es respetar la ardua labor realizada de reconversión del sector y no formular una propuesta tan radical como la que implica el cambio del sistema, cuyo coste económico y social no ha sido además cuantificado”.*³⁶⁷

³⁶⁵ *Íbidem*. Pág.164. El Informe alude a esta cuestión en los siguientes términos: “Además, en el último acuerdo, suscrito en el año 1993, se prevé también la movilidad funcional y la polivalencia entre grupos o categorías profesionales y la desaparición, a fines del año 1995, de las llamadas «manos» o «colas, esto es, el privilegio sindical de determinar el número y los componentes de los equipos de trabajo necesarios para la carga y descarga y la estiba y desestiba de un buque”.

³⁶⁶ *Íbidem*. Como propuestas se establecieron las siguientes:

- 1.- Suspender las posibilidades de nuevas contrataciones en las sociedades estatales de estiba y desestiba ya constituidas.
- 2.- Convertir paulatinamente las sociedades estatales de estiba y desestiba en auténticas empresas de trabajo temporal.
- 3.- Sustituir el sistema de concesión por un sistema de autorizaciones administrativas regladas para operar en condiciones de libre competencia.
- 4.- Establecer la libertad de prestación de servicios de carga y descarga y estiba y desestiba para todas aquellas empresas que se comprometan a sumir en sus plantillas el porcentaje o número que se determine de trabajadores pertenecientes a las sociedades estatales de estiba y desestiba. Esta propuesta conllevaría la supresión para los nuevos entrantes de la obligación de pertenecer a las sociedades estatales citadas.
- 5.- Autorizar, con carácter general, a aquellos buques que dispongan de los medios adecuados a que realicen por sí mismos todas las operaciones de estiba y desestiba y de carga desde el momento de la elevación por encima de la borda del buque y a la inversa (descarga).
- 6.- Establecimiento de la libertad de precios en el marco de unas tarifas máximas fijadas por la Autoridad Portuaria”. (Pág. 166 y ss)

³⁶⁷ *Íbidem*. Pág.165.

RICARDO ALONSO SOTO³⁶⁸ en un estudio sobre el propio Informe también matizó los obstáculos a los que se enfrentaba una completa liberalización de algunos servicios, dada la tradición intervencionista que existe en el Ordenamiento español. Si bien, se puede compartir la idea que subyacía del citado Informe, de que deben desaparecer ciertos monopolios que han estado tradicionalmente en manos del Estado, no es menos cierto, que los poderes públicos debían seguir ejerciendo un control sobre determinadas actividades, dada su trascendencia en el contexto de la economía nacional.

En el caso de los servicios portuarios, es importante matizar que estos se llevan a término en un espacio físico como el puerto, que tiene una clara significación para la vida económica, al constituirse como una de las puertas de entrada y salida de personas y mercancías, así pues, el Tribunal de Defensa de la Competencia remarcó la importancia de asegurar un buen sistema de competencia a varios niveles, internacional, nacional y entre empresas operadoras en un mismo puerto.

Por lo que respecta a los servicios de estiba y desestiba, encuadrados como servicios prestados en régimen de gestión indirecta, el Informe remarcaba que se realizaban por empresas que actuaban en régimen de concesión administrativa, y que debían pertenecer obligatoriamente a la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba (en el momento de elaboración del informe, constituidas como Sociedades de capital mixto, 51% en manos de la Autoridad Portuaria y el 49% en manos de las empresas privadas del sector). Entre los problemas que planteaba este sistema se encontraba el hecho de que tras la tecnificación de los puertos, las sociedades de estiba necesitaban una reconversión, dado que contaban con numerosa mano de obra, esta cuestión sumado a diversos privilegios laborales, como el salario de presencia en los días que no se trabajaba, consideraba el

³⁶⁸ ALONSO SOTO, RICARDO. “*La desregulación del sector portuario. El informe del Tribunal de Defensa de la competencia*”. (Ejemplar dedicado a: Competencia y regulación de mercados). Economías. Revista vasca de economía, nº 37. 1997. Pág.88. “La regulación de la actividad es, a menudo, incompatible con la competencia. En efecto, sólo es posible hablar de libre competencia en aquellos sectores en los que no exista una exhaustiva intervención del Estado que determina las modalidades y condiciones en que debe desarrollarse dicha actividad económica y que, incluso, llega hasta establecer el precio a que deben prestarse los servicios”.

Tribunal de la Competencia eran un escollo para el buen funcionamiento del sector, dado que acrecentaban los costes que debían pagar los buques³⁶⁹.

Algunas de las conclusiones del citado Informe fueron años después recogidas por la Ley 48/2003, como seguidamente se estudiará al analizar pormenorizadamente la ordenación del servicio de estiba y desestiba. Como corolario de lo expuesto, la propuesta de supresión de las Sociedades de estiba, efectuada en el Informe, no llegó finalmente a plasmarse, y sigue sin tener virtualidad, esencialmente porque a los empresarios de las empresas estibadoras no les interesa liberalizar completamente el trabajo portuario de la estiba. El motivo es básicamente, el expuesto en alguna otra ocasión a lo largo de esta tesis, la dificultad para asegurarse personal formado que pueda desempeñar estas labores. Sería muy fácil encontrar mano de obra más barata, es cierto, pero no sería mano de obra preparada para la encomienda de las tareas que requiere la estiba. Esto obligaría a las empresa estibadoras a tener que afrontar los costes de la formación, pero no solo esos costes serían a cargo de la propia empresa, también los serían los costes derivados de la inactividad del trabajador, los días en que no hubiera demanda suficiente para toda la plantilla.

Todas estas cuestiones hacen que siga siendo más rentable para las empresas estibadoras tener externalizados determinados costes relacionados con la plantilla de estibadores. De este modo los costes se generalizan entre todas las empresas que operan en un determinado puerto, cuestión distinta, y que será objeto de análisis más adelante en este trabajo, es si algunas de las obligaciones de servicio público que se imponen a las empresas estibadoras se ajustan a sus reivindicaciones y a las de los trabajadores.

Por esos motivos es fundamental que la reforma del servicio que debe acometerse tras la Sentencia condenatoria del Tribunal de Luxemburgo al Estado Español, se

³⁶⁹ *Íbidem*. Pág. 154. El Informe aludía a esta cuestión de la siguiente manera: “Por otra parte, el resto de los servicios (...) estiba y desestiba son prestados en régimen de gestión indirecta por empresas privadas que, por lo general, sin embargo, operan como monopolios en cada uno de los puertos en virtud del sistema de concesiones exclusivas. Cuando en algún puerto concurren varias empresas para la prestación de estos servicios es frecuente que surja una especialización (por ejemplo, una empresa se dota de remolcadores para buques mercantes y otra de remolcadores para buques pesqueros) o un acuerdo de cooperación entre ellas (por ejemplo, un «pool» o el establecimiento de turnos rotatorios). El hecho motiva también el encarecimiento de los precios de estos servicios o su alineación con las tarifas máximas, cuando éstas son fijadas por al Autoridad Portuaria”.

haga de forma consensuada por todos los actores implicados. Los trabajadores estibadores deberán matizar sus exigencias, pero consecuentemente, las empresas deben asegurar que las condiciones de prestación del servicio son las idóneas. El papel de las Autoridades públicas en este contexto es precisamente el de garante de esas condiciones de prestación del servicio, puesto que la liberación no puede mermar la seguridad, regularidad y eficacia del servicio de estiba. La propuesta suscrita por las partes implicadas en el conflicto y remitida al Ministerio de Fomento en 2015 parece que aboga por esa idea, al plantear la creación de centros portuarios de empleo a los que las empresas estibadoras que obtengan la licencia portuaria del servicio podrán integrarse como socios o bien si no desean ser socios siempre podrán suscribir contratos de puesta a disposición de estibadores portuarios registrados como tal en el Registro nacional habilitado al efecto. Sobre y esta y otras cuestiones de recogidas en la Propuesta se incidirá en la última parte de esta tesis.

No obstante, es importante matizar el punto de inflexión que supuso el reconocimiento de **la autoasistencia** en la Ley 48/2003, aunque matizada para algunas labores de estiba particulares. De este modo una parte del trabajo de estibador pasó a no estar profesionalizado; se analizarán en detalle las consecuencias y los matices de esta cuestión en el apartado siguiente.

CAPÍTULO SEGUNDO

APROXIMACIÓN AL REGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 48/2003: LA “DESPUBLICATIO” DE UN SERVICIO.

I. EL CAMBIO DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN LA LEY 48/2003.

1. Líneas generales.

Entre los cambios más significativos que trajo consigo la citada Ley del 2003 se encuentra el del nuevo rol que adopta el Estado en la gestión portuaria. Según ALAZNE ODRIOZOLA LANDERAS³⁷⁰ el cambio operado por el Estado se traduce en el tránsito del Estado agente económico directo a Estado promotor:

“Además, el proceso de liberalización supone una concepción distinta del papel que el Estado había jugado hasta el momento, que actuaba como agente económico directo gestionando los servicios y que tras la aprobación de la Ley, debe actuar como promotor de la participación de las entidades privadas dentro de un marco de competitividad y eficacia económica. Ello supone, entre otras medidas, la transformación de las SE (Sociedades Estiba) en Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE), lo que conlleva la separación de la Autoridad Portuaria, hasta el momento parte activa de la misma”.

El nuevo papel de las poderes públicos a través de las Autoridades Portuarias supuso que ya no eran entendidas como prestadoras directas de servicios, más que de forma subsidiaria en el caso de que los servicios portuarios básicos no quedaran garantizados, en ese supuesto sí podían actuar como prestadoras de servicios. Esta nueva concepción entronca en la visión aportada por la LPMM, vigente hasta ese momento. La fundamentación a este cambio, la encuentra el

³⁷⁰ ODRIOZOLA LANDERAS, ALAZNE. “A propósito de la Ley 48/2003, de Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general: su incidencia en el sector de la estiba y desestiba”. Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos, nº 267. 2005. Pág.3.

legislador de principios del siglo XXI, en el **principio de subsidiariedad**³⁷¹, al considerar que la gestión privada de los servicios aporta mayor rentabilidad, reservándose el Estado únicamente el establecimiento de las obligaciones de servicio público, que en el marco de la libre competencia, puedan asegurar criterios como la seguridad, la continuidad, la calidad, etc.

IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ³⁷² en alusión a la remisión al principio de subsidiariedad señala:

“Consecuentemente, la Ley se basa en el principio de subsidiariedad, en cuya virtud no hay razón para que el Estado mantenga, a través de las autoridades portuarias, la titularidad de los servicios portuarios, que deben prestarse en régimen de libre competencia, esto es, titularidad y gestión pasan al sector privado bajo los criterios de eficacia y rentabilidad. En definitiva, la libertad de acceso y el mantenimiento de un sistema competitivo en la prestación de los servicios portuarios –los dos aspectos del sistema de mercado libre- se elevan a la categoría de principio general”.

Pero en tanto que nos encontramos ante servicios públicos que conciernen al interés general, los poderes públicos no debían olvidar la salvaguarda de las obligaciones propias de servicio público, por este motivo la Ley 48/2003 arbitro un sistema de control de la actuación privada. La función del Estado era concebida con un doble cometido, de un lado, debía asegurar la libre competencia entre los operadores privados, y de otro, debía proteger el mantenimiento de los servicios públicos.

En el marco de esta nueva liberalización impulsada por el legislador, la Ley en un intento de reordenar los servicios portuarios estableció una clasificación de los

³⁷¹ La Exposición de Motivos de la Ley 48/2003 recoge esta idea: “El fundamento político de este proceso se encuentra en el principio de subsidiariedad, esto es, una vez que la experiencia ha demostrado que los servicios portuarios pueden funcionar como mercado competitivo, no hay razón para que el Estado mantenga, a través de las Autoridades Portuarias, la titularidad de unos servicios que se vienen prestando en régimen de competencia, con alto grado de eficacia y rentabilidad, por el sector privado, pero a través de unos contratos de prestación de servicios, que, sin duda, en un marco empresarial competitivo introducen una presencia pública a todas luces innecesaria”.

³⁷² Ob.cit. ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO. *“El régimen jurídico de los servicios portuarios. (Especial referencia a la Ley 48/2003, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general”*. Pág. 32.

servicios en el Art. 56.4 que diferenciaba: servicios generales, servicios básicos, servicios comerciales y servicios de señalización marítima. Los servicios de estiba y desestiba fueron enmarcados dentro de los denominados servicios básicos.

- Los servicios generales (Art. 58) considerados como aquellos servicios de titularidad de la Autoridad Portuaria de los que pueden beneficiarse los usuarios del puerto sin necesidad de solicitud. Entre estos destacan los servicios de vigilancia, seguridad y policía, o el servicio de alumbrado.
- Los servicios básicos (Art. 60) como actividades comerciales que permiten la realización de las operaciones de tráfico portuario. En el apartado d) se recoge la referencia a los “*servicios de manipulación y transporte de mercancías*”, en concreto la “*carga, estiba, desestiba y trasbordo de mercancías*”. Sin perjuicio de un desarrollo posterior más exhaustivo señalar que en el citado Art. 60 se menciona expresamente que los servicios básicos estarían sujetos a las obligaciones de servicio público previstas por la propia Ley.
- Servicios comerciales y otras actividades (Art. 88) aludiendo a los servicios que sin tener la condición de servicios portuarios, estaban permitidos en el dominio público portuario. La regla es que estos servicios requerían de una autorización previa.
- Por último, los servicios de señalización marítima (Art. 91) que garantizan la seguridad de la navegación por el litoral, para ello se utilizan diversos dispositivos de carácter visual, acústico, radioelectrónico, etc. Estos servicios pueden ser prestados directamente por el Estado o bien a través de concesión.

Seguidamente, se analizan los cambios más significativos de la Ley 48/2003, fundamental para el objeto de análisis de esta tesis. El cambio más sustancial que realiza la Ley 48/2003 en el modelo portuario, es el hecho de que las Autoridades portuarias dejaran de participar en las SEED, pasando las antiguas Sociedades de Estiba a ser constituidas como APIE. Como ya se ha apuntado se produce en palabras de DAVID BLANQUER CRIADO³⁷³ una clara “*despublicatio*” del

³⁷³ Ob.cit. BLANQUER CRIADO, DAVID. “*La concesión de servicio público*”. Pág.300.

servicio con esta Ley; este mismo supuesto encuentra paralelismos con lo acontecido con el *Decreto Ley 6/1996* y la *Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones*. JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA³⁷⁴ resumen lo acontecido en el sector de las telecomunicaciones de la siguiente manera:

“La reforma legislativa tendente a la liberalización de las telecomunicaciones se había centrado hasta ese momento, en todo caso, tan solo en los grandes subsectores comentados. Por ello, el verdadero impulso hacia ese objetivo, de carácter general, está constituido por las medidas incluidas en el Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, luego convertido en Ley 12/1997, de la misma denominación. Producto de la elección del nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales de 1996 – urgido a tal fin por la generación de la libre competencia en todo el sector (más que su estricta liberalización, es decir la despublicatio de las actividades), preparando así el «rodaje» hacia la plena liberalización posterior, mediante una serie de modificaciones e innovaciones normativas sobre el ordenamiento entonces vigente”.

Por último, otro de los cambios trascendente en el sector de la estiba, se produce con la introducción del concepto de **autoprestación**³⁷⁵, concepto sinónimo al de autoasistencia que recoge la normativa comunitaria. En los Art. 73 y ss de la Ley se establecen las condiciones que el legislador determinó para que las empresas pudieran prestarse determinados servicios así mismas por medio del personal embarcado. Por último, se analizará brevemente puesto que no es objeto de análisis de esta tesis, la modificación del sistema económico-financiero de los puertos estatales operado por medio de la Ley del 2003, teniendo en cuenta que

³⁷⁴ Ob.cit. SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M^a. “El proceso de liberalización y la regulación de las telecomunicaciones en España”. Págs.53-54.

³⁷⁵ *Íbidem*. Pág.36. “Se define como la situación en la que una empresa que, pudiendo contratar servicios portuarios con empresas autorizadas, se presta a sí misma los servicios con personal y material propios. Asimismo, se entiende que existe integración de servicios cuando el concesionario o el titular de una autorización de una estación marítima o de una terminal dedicada a uso particular presta a los buques servicios de practicaje y técnico-náuticos con medios propios sin celebrar contrato con terceros. Es preceptiva la obtención de una licencia donde se especifiquen las causas de otorgamiento y denegación, también se fijan las condiciones económicas que en su caso procedan para los prestadores de los servicios abiertos al tráfico general que resulten perjudicados por la integración”.

afecta tangencialmente a la propia noción de servicio público, al establecer la Ley una nueva consideración como tasas portuarias de los precios privados regulados en la LPEMM del año 1992, y que generó una importante controversia jurisprudencial y doctrinal, en tanto que, algunos consideraban no existía una reserva legal para su establecimiento³⁷⁶.

2. La noción de servicio público en el concepto de servicios básicos portuarios.

La Ley 48/2003 en su afán liberalizador dibujó un nuevo concepto de servicios portuarios, partiendo de la clasificación expuesta anteriormente, y en particular, por lo que se refiere a los servicios de estiba y desestiba, estos fueron englobados en la categoría de servicios básicos.

La primera de las advertencias apreciables es el tránsito en la idea de los servicios portuarios como servicios públicos, pasando a ser considerados como servicios de interés general³⁷⁷, en consonancia con las normativas comunitarias. De este modo los servicios económicos que se realizaban en el puerto pasaron a denominarse como servicios portuarios básicos, y a encomendarse a la iniciativa privada. CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA³⁷⁸ señala respecto de la clasificación efectuada en la Ley 48/2003: “...*interesa retener que los servicios portuarios se definen por su vinculación intrínseca a las necesidades de desenvolvimiento de los puertos, en su actividad de atención al tráfico marítimo. Y, asimismo, se configuran como servicios de interés general*”.

³⁷⁶ Ob.cit. TRIAS PRATS, BARTOMEU. “*El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*”. Pág.338. El citado trabajo estudia en detalle el análisis del régimen tarifario de los servicios portuarios. En resumen, la controvertida calificación de las tarifas portuarias en la LPEMM como precios privados, ni las Ordenes Ministeriales que se dictaron al amparo de dicha Ley en 1993 y 1998, no tuvieron a juicio de alguna jurisprudencia, y parte de la doctrina, la suficiente entidad para entender recogida la exigencia a la reserva legal que constitucionalmente se exige a las prestaciones patrimoniales de carácter público. No obstante, la opinión no fue unánime al respecto. Como apunta TRIAS PRATS el planteamiento de las resoluciones judiciales era que: “las tarifas por servicios debían ser enjuiciadas desde el enfoque aportado por el Tribunal Constitucional sobre el concepto de prestaciones patrimoniales de carácter público, sin que pudiera ser obstáculo para ello el concreto *nomen iuris* que el legislador había decidido atribuir a las prestaciones portuarias. Es decir, que independientemente de su configuración o no como precios privados, la legitimidad de las tarifas portuarias exigía en todo caso una prueba de contraste con el molde constitucional de las prestaciones coactivas”.

³⁷⁷ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. Voz. “*Servicio público y competencia*”. Diccionario de Derecho Administrativo. Iustel. 2005. Pág. 2398 y ss.

³⁷⁸ Ob.cit. HORGUÉ BAENA, CONCEPCIÓN. “*Régimen de prestación de los servicios portuarios en los puertos de interés general. En especial, de los servicios portuarios básicos*”. Pág. 288.

Esta nueva definición tenía su base en la inspiración que la Ley sustentaba en la Propuesta de Directiva de 2001, a la que se ha hecho alusión en apartados anteriores, la idea fundamental que perseguía esta iniciativa comunitaria era la eliminación de las restricciones que existían sobre algunas actividades portuarias, y que a juicio de la Comisión generaban unos elevados costes que ponían en peligro el tráfico marítimo.

La argumentación como servicios de interés general no desnaturalizaba la existencia de obligaciones específicas de servicio público. La diferencia entre los servicios portuarios llamados generales, contemplados en los Art.57 y ss, con los servicios básicos, estribaba en que los primeros si aludían propiamente a funciones públicas³⁷⁹. Por ese motivo el legislador los asimiló a los tradicionales servicios públicos, de este modo su prestación podía llevarse a cabo por las Autoridades Portuarias, bien en gestión directa o bien indirecta.

Pero en cambio, los servicios básicos, al ser considerados como servicios económicos, debían regirse por las reglas del libre mercado, así pues, la consideración de servicios de interés general que predica la Ley solo parece hacía alusión a estos últimos. Para CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA³⁸⁰ la configuración de los servicios portuarios como servicios económicos de interés general se asienta en dos claves: la liberalización de los servicios portuarios básicos o *despublicatio* de las actividades implicadas, y la idea de que se trata de actividades sujetas a un régimen de competencia, pero reguladas por razón del interés general que persiguen.

A continuación se enumeraran los principales cambios en la legislación del año 2003 respecto de la anterior LPEMM de 1992. Esta dualidad de modelos no es más que la plasmación de diferentes concepciones ideológicas, en un caso se partía de un modelo más intervencionista, y en el otro se impuso el modelo liberal, no en vano cada una de estas legislaciones se adoptó en el seno de gobiernos de distinto signo político.

³⁷⁹ El Art. 58 de la Ley enumerada los servicios generales, citando expresamente entre estos, los servicios de alumbrado, limpieza de las zonas comunes de tierra y de agua, los servicios de prevención y control, etc.

³⁸⁰ *Íbidem*. Pág. 292 y 293.

A) Eliminación de cualquier vestigio relacionado con la *publicatio*.

El Art. 67 de la LPEMM establecía que serían las Autoridades Portuarias las encargadas de determinar la prestación de los servicios portuarios, que, o bien, serían realizados por ella directamente, o encomendados a los particulares por medio de la gestión indirecta. Así pues, no existía un reconocimiento de la libertad de empresa en este ámbito. La nueva Ley del 2003 al catalogar a los servicios básicos como actividades comerciales preconiza la libertad de empresa, pues los particulares pueden libremente prestar los servicios portuarios. De este modo se produce una *despublicatio* de los servicios portuarios considerados como básicos.

B) Reconocimiento de las obligaciones de servicio público.

El concepto de interés económico general para definir determinados servicios, lleva implícito en el Derecho Comunitario que estos se vinculan a misiones específicas de interés general, en el caso de los servicios básicos, la propia Ley al adoptar esta definición debía salvaguardar las obligaciones propias de servicio público. De este modo, el Art. 60.3 de la Ley señaló: “*Estos servicios básicos estarán sujetos a las obligaciones de servicio público previstas en esta Ley, que se desarrollaran en los correspondientes pliegos reguladores de los servicios, con la finalidad de garantizar su prestación en condiciones de seguridad, continuidad y regularidad, cobertura, calidad y precio razonables, así como respeto al medio ambiente*”. En concreto, el Art. 61³⁸¹ señalaba el conjunto de

³⁸¹ La redacción del Art. 61 mencionaba como obligaciones de servicio público estas disposiciones:

“1. Son obligaciones de servicio público, de necesaria aceptación por todos los prestadores de servicios básicos en los términos en que se concreten en sus respectivos títulos habilitantes, las siguientes:

- a. Mantener la continuidad y regularidad de los servicios en función de las características de la demanda, salvo causa de fuerza mayor, haciendo frente a las circunstancias adversas que puedan producirse con las medidas exigibles a un empresario diligente. Para garantizar la continuidad en la prestación del servicio, las Autoridades podrán establecer servicios mínimos de carácter obligatorio.
- b. Cooperar con la Autoridad Portuaria y la Administración marítima y, en su caso, con otros prestadores del servicio, en labores de salvamento, extinción de incendios y lucha contra la contaminación, cuando sean necesarias, así como en la prevención y control de emergencias. Asimismo, informar de aquellas incidencias que puedan afectar a cualquiera de estas materias o a la seguridad marítima en general.
- c. Someter a la potestad tarifaria, cuando proceda, en las condiciones establecidas en las prescripciones particulares por las que se rige el título habilitante.
- d. Colaborar en la formación práctica en la prestación del servicio, en el ámbito del puerto en el que desarrolle su actividad.

2. Los pliegos reguladores concretarán las obligaciones establecidas en los párrafos anteriores, de acuerdo con lo previsto en esta Ley o en cualquier otra norma que sea de aplicación, haciéndolos

obligaciones de servicio público que debían aceptarse por los prestadores de servicios básicos.

De este modo, al considerar los servicios portuarios como básicos, se habilitan una serie de mecanismos en manos de los poderes públicos para salvaguardar los legítimos intereses generales que estos servicios deben llevar a término. Por lo tanto, la intervención de los poderes públicos ya no es entendida como una actividad de servicio público, sino como una actuación tendente a la salvaguarda de la competencia, en el convencimiento de que de esta forma, dejando en manos de la iniciativa privada el desarrollo de la actividad y reservando al Estado únicamente la función de preservar los intereses generales que persiguen determinados servicios, se conseguía una mayor eficacia de los servicios portuarios.

CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA³⁸² resume esta idea de la siguiente manera:

“...puede decirse que el servicio público, como técnica de intervención pública sobre las actividades necesarias para la correcta explotación comercial de los puertos de interés general –servicios básicos- ha sido sustituido por otra técnica de intervención propia de los sectores liberalizados, que se ha denominado regulación para la competencia, donde la titularidad privada de la actividad se combina con el establecimiento de obligaciones y requisitos de servicio público para garantizar el interés general presente en la tal actividad”.

Puede concluirse señalando que en la regulación original de la Ley 48/2003 desapareció la nota de la titularidad pública de los servicios, punto de lanza de la noción de servicio público. En el TRLPMM el artículo 109.1, heredero de la legislación contenida en la Ley 48/2003 y de su posterior modificación con la Ley 33/2010, se estableció que los servicios portuarios pasaban a ser una actividad que se lleva a cabo por la **iniciativa privada**. Una cuestión muy importante es que la legislación portuaria ha optado por otorgar a los servicios portuarios de un título

acordes con la iniciativa empresarial y la competencia entre servicios y las necesidades particulares de los servicios prestados en cada puerto.

3. Las obligaciones de servicio público se aplicarán de forma que sus efectos sean neutrales en relación con la competencia entre prestadores de los servicios básicos”.

³⁸² *Ibidem* Pág. 297.

habilitante como la licencia, que se engloba dentro de la técnica de autorización. Se trata de una muestra de que cada vez más se descarta a la concesión como instrumento de intervención y se opta por modelos más propio de la regulación para controlar a ciertas actividades privadas de interés.

Las administraciones públicas, representadas en este caso en las Autoridades portuarias, tienen una participación residual en la prestación de los servicios quedando relegadas, como establece el actual Art. 109.3 del Texto Refundido, a poder prestar directamente el servicio solo en los casos de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada y sea necesario garantizar una adecuada cobertura de las necesidades del servicio. El propio Art. 109.3 se encarga de definir que debe entenderse por insuficiencia, para no incurrir en un concepto jurídico indeterminado: *“A tal efecto se entenderá como existencia de insuficiencia de la iniciativa privada cuando las licencias otorgadas no puedan atender toda la demanda existente en el puerto con los indicadores de calidad exigidos en el Pliego de Prescripciones Particulares del servicio”*. Supuesto que como se analizará en la parte final de esta tesis, de alguna manera puede asimilarse a un cierto secuestro de la gestión por parte de las Autoridades Portuarias, al entender que debe salvaguardarse la continuidad y regularidad del servicio.

Así pues, con la Ley 48/2003 se dio lugar a la liberalización de los servicios portuarios, vigente en la actualidad en el TRLPMM. En la primera redacción de 2003 la liberalización se limitaba a los servicios portuarios básicos, con la regulación del TRLPMM al ser estos los únicos servicios portuarios puede afirmarse que la liberalización es completa. ROMÁN EGUINO DE SAN ROMÁN³⁸³ analiza al respecto de los cambios sufridos por los servicios portuarios y su vinculación al servicio público lo siguiente:

“En definitiva, los servicios portuarios no son servicios públicos en el sentido estricto clásico de la figura. Creemos que sí pueden tener cabida en el concepto del «nuevo servicio público», los denominados «servicios públicos de concurrencia», en los que, como se ha dicho, lo importante no es la reserva de toda la actividad para el poder público, sino que haya el

³⁸³ EGUINO DE SAN ROMÁN, ROMÁN. *“La gestión de los puertos de interés general”*. Atelier.2012. Págs. 344 y ss.

régimen de la misma que garantice el cumplimiento del fin público que se tiene que satisfacer, atribuyendo a la Administración funciones de regulación y control a tal fin”.

Concluye este autor que probablemente el mejor encuadre de los servicios portuarios sea considerarlos como *servicios esenciales* al exponer su idea:

“Sólo los servicios esenciales pueden ser reservados al sector público, pero no son, por sí mismos, servicios públicos. Los servicios no esenciales, por imperativo constitucionales, no pueden ser servicios públicos. El servicio público no puede ser más que un posible régimen de los servicios esenciales. De esta forma, el concepto de servicio esencial es más amplio que el de servicio público, del que constituye, sin embargo, un presupuesto”.

Sin entrar en discusiones terminológicas sobre los cambios acontecidos en el concepto de servicio público, esta autora sustenta la idea de que la noción de servicio público, si bien no puede entenderse inmutable desde su incorporación en épocas pasadas al objeto de estudio del Derecho Público, si subsiste en la actualidad en el planteamiento de muchas legislaciones que propugna la liberalización de un servicio. La fundamentación se encuentra en que se otorgan a las administraciones públicas, en este caso concreto a la Administración Portuaria, una serie de potestades en relación a los servicios portuarios, potestades de intervención y de control, que ya no encuentran fundamento en la titularidad del servicio, pero si en los fines que le son propio a una administración pública en el marco constitucional de defensa de los intereses públicos.

3. Análisis de las obligaciones de servicio público contenidas en la Ley 48/2003. En particular, la salvaguarda de la continuidad y regularidad en la prestación de los servicios.

Tal y como se ha expuesto, el Art. 60.3 de la Ley remarcaba la importancia de que los servicios básicos estuvieran sujetos a las obligaciones de servicio público. El instrumento elegido para esta determinación fue los **pliegos reguladores de los servicios**. El Art. 65 de la Ley se refería a los pliegos reguladores y prescripciones particulares de los servicios básicos, indicando que era competencia de Puertos

del Estado la aprobación para el conjunto de los puertos de interés general de los pliegos reguladores de cada servicio, previa audiencia de las organizaciones y asociaciones más representativas, así como informe de las Autoridades Portuarias. En dichos pliegos se debían establecer las obligaciones de servicio público a cargo de los prestadores y los criterios de cuantificación del coste.

Sobre esta base, las Autoridades Portuarias elaboraron las prescripciones particulares de cada servicio, que igualmente, con carácter previo a su aprobación o modificación por el Consejo de Administración, debían someterse al informe de Puertos del Estado, en relación con aquellas prescripciones que especificaran o desarrollaran lo previsto en los pliegos generales.

En concreto, el Art. 65.4 en sus letras e), f), g) y h) establecía que las prescripciones particulares de los servicios debían incluir:

- Las obligaciones de servicio público que garantizaran que el servicio se prestaría en condiciones de regularidad y continuidad.
- Las obligaciones de servicio público relacionadas con la colaboración en la formación práctica local.
- Las obligaciones de servicio público relacionadas con la seguridad del puerto, salvamento y lucha contra la contaminación.

Asimismo, la letra r) del citado precepto señala que dichas prescripciones particulares debían recoger entre las causas de extinción de la licencia el incumplimiento de las obligaciones de servicio público.

Tanto los pliegos generales como los pliegos de prescripciones particulares podían sufrir diversas modificaciones durante su vigencia, dado que las propias necesidades derivadas de las obligaciones de servicio público son algo sujeto a circunstancias cambiantes, incluso, en algunos casos sobrevenidas que justificaban esta posibilidad³⁸⁴. Uno de los más importantes mecanismos

³⁸⁴ ACERO IGLESIAS, PABLO. “*La incidencia sobre los procedimientos de gestión portuaria, de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general*”. La nueva legislación portuaria (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General). Consorcio Zona Franca de Vigo. Atelier. 2004. Págs. 99-128.

habilitados como obligaciones de servicio público se encuentra en el Art. 60.3 de la Ley, en el que se apreciaba como se remarca la finalidad de garantizar la prestación de los servicios en condiciones que aseguren la *continuidad y regularidad*.

Igualmente, el Art. 61 de la Ley 48/2003 recogía la importancia que el legislador había querido dar a la garantía de “*mantener la continuidad y regularidad de los servicios en función de las características de la demanda*”. En particular, esta cuestión era, y es, fundamental en los servicios de estiba y desestiba, de hecho, para los operadores marítimos uno de los mayores condicionantes en la elección de un puerto, para el desempeño de sus actividades, está en la salvaguardia de que siempre podrá tener garantizados los servicios de carga y descarga de su mercancía, dado que de otro modo, esto le supondría tiempos de espera que encarecerían la travesía.

En este sentido, las Autoridades Portuarias se reservaban la posibilidad de establecer servicios mínimos de carácter obligatorio en función de la demanda. Pero este no era el único ejemplo que se podía apreciar en la Ley, el Art. 67.3³⁸⁵ habilitaba a la Autoridad Portuaria para en los casos en que las ofertas presentadas para el otorgamiento de licencias considerara no garantizaban la satisfacción de la demanda, se podían determinar condiciones adicionales de prestación del servicio, siempre preservando la proporcionalidad de la medida. Incluso en el Art. 68.2 se establecía la posibilidad de imponer determinadas obligaciones de servicio público en casos excepcionales, para las estaciones marítimas o terminales de uso particular, entendidas como aquellas que no están abiertas al tráfico comercial general.

Pero no solo con el establecimiento de obligaciones de servicio público las Autoridades Portuarias trataban de preservar una correcta prestación de los servicios básicos, en el Art. 60.4 de la Ley 48/2003 se recogía la posibilidad de que las Autoridades Portuarias con el fin de garantizar una adecuada cobertura de las necesidades de servicios básicos en los puertos, cuando se dieran

³⁸⁵ En detalle el Art. 67.3 de la Ley 48/2003 establece: “Si las ofertas presentadas no garantizan, a juicio de la Autoridad Portuaria, la cobertura total de la demanda en las condiciones fijadas en las prescripciones particulares, la Autoridad Portuaria podrá establecer condiciones adicionales de prestación del servicio, con criterios de proporcionalidad y no discriminación, con objeto de alcanzar dicha cobertura”.

circunstancias en las que la iniciativa privada rehusara participar o esta fuera insuficiente, podían asumir la prestación del servicio, directa o indirectamente por cualquier procedimiento reconocido por las Leyes, o en su caso, concurrir a la prestación en conjunción con la iniciativa privada. Esta prestación del servicio por parte de las Autoridades Portuarias estaba sujeto a una condicionalidad temporal, en principio no podía superar los cinco años, salvo que subsistieran las circunstancias que habían motivado la asunción de la prestación.

De este modo, queda patente la significación de determinados servicios, entre los que figuran los relativos a la estiba y desestiba portuaria. A pesar de las tendencias liberalizadoras, que dejaban en manos de la iniciativa privada las actividades y los servicios económicos, el legislador quiso asegurar la certeza de que en el ámbito portuario la prestación de algunos servicios quedara garantizada.

Como conclusión, cabe señalar que los servicios portuarios fueron considerados, con la aprobación de la Ley 48/2003, como necesarios para el desenvolvimiento del tráfico marítimo de los puertos, y esta cuestión los vinculó directamente como servicios de interés general, así lo expresaba claramente el Art. 57.1, todo ello dada la trascendencia del tráfico marítimo para la economía. Por lo tanto, se abandonó la tradicional concepción de los servicios portuarios como servicios públicos, no obstante, la propia Ley del 2003 no estableció un único régimen jurídico para todos los servicios, sino que diferenció entre servicios generales y servicios básicos. En cuanto a los servicios generales se reservó su prestación a la Autoridad Portuaria, siendo asimilable su régimen de prestación a la tradición concepción de los servicios públicos, el fundamento radicó en que estos servicios generales se asimilaban a funciones públicas.

Más compleja fue la delimitación de los servicios portuarios que la Ley consideró como básicos, y que pasaron a ser prestados en régimen de competencia, es a estos a los que fundamentalmente se les podía aplicar la calificación de servicios de interés general. No obstante, a pesar de su nueva liberalización, la Ley les impuso determinadas obligaciones de servicio público. De esta manera se produjo una acomodación del ordenamiento jurídico español a los postulados comunitarios, al entender que determinados servicios portuarios, entre los que se encontraban los de estiba y desestiba, tenían una naturaleza económica, que les

hacía susceptibles de ajustarse a las reglas de la competencia, sin dejar de lado que aluden a los interés generales, lo que nos lleva a la imposición de obligaciones propias de servicio público.

4. La obligación de la Administración pública de garantizar la libre competencia.

En este apartado se tratará de delimitar la vertiente que obligó a las autoridades públicas, dentro de los servicios portuarios básicos, a garantizar la competencia. Una de las primeras cuestiones que destaca de la regulación de la legislación del 2003, es que a diferencia de la regulación anterior, en la que los operadores actuaban mediante el otorgamiento de contratos, con la nueva Ley la iniciativa privada accedía a la prestación de servicios a través de licencias, concedidas por las Autoridades Portuarias partiendo del principio de libre competencia³⁸⁶.

El nuevo papel del Estado como garante de la competencia, una vez que dejó atrás su condición de prestador directo del servicio, le confería la obligación de asegurar la libre competencia entre los particulares dispuestos a prestar el servicio e igualmente proteger el mantenimiento de unos servicios públicos. La libertad para acceder a la realización de servicios portuarios, no es óbice para que los organismos públicos portuarios, Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección V del Título III de la Ley 48/2003, relativa a la “*Regulación de la competencia en los servicios portuarios básicos*”, se reservaran la capacidad de acometer diversas funciones:

- Limitar el número de prestadores por razones de espacio y de seguridad. La Ley aludía a esta cuestión, al reseñar que la prestación de servicios básicos se regiría por el sistema de libre competencia, salvo lo dispuesto en el Art. 64.4. Estas limitaciones, por lo que se refiere al servicio de

³⁸⁶ Ob.cit. ACERO IGLESIAS, PABLO. “*La incidencia sobre los procedimientos de gestión portuaria, de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general*”. Págs. 99-128. “Frente al sistema anterior (otorgamiento de contratos), ahora se accede a través de licencias otorgadas por las Autoridades Portuarias que se rigen por unos principios básicos:

-Libertad de competencia, salvo que, por razones de espacio, capacidad, seguridad o medio ambiente se acuerde la limitación de licencias. Esta limitación es transitoria y requiere un acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, previo informe del Comité de Servicios Portuarios Básicos. En este último caso, las licencias se otorgan por concurso.

-Deber de fomentar la competencia de prestadores de servicios. Así, el Plan de utilización de los espacios portuarios debe delimitar las áreas de actividad de forma que se favorezca la competencia de prestadores de servicios más allá de los que tienen concesión o autorización”.

manipulación de mercancías, podían aplicarse incluso por tipo de carga. En el caso de que las licencias se limitarán, el procedimiento de otorgamiento debía ser el concurso. Un supuesto especial, estaba recogido en el último apartado del Art. 64.5 al señalar: “...aunque el número de prestadores esté limitado, el titular de una concesión demanial cuyo objeto sea la prestación de servicios de pasaje o de manipulación y transporte de mercancías, tendrá derecho a la obtención de una de las licencias para la prestación de dicho servicio, siempre que cumpla las condiciones exigidas para ello, que estarán restringidas al ámbito del dominio público en concesión”. La excepcionalidad estaba justificaba, en tanto que de otro modo, la concesión demanial perdería virtualidad si no se tenía la licencia para desarrollar un servicio portuario de prestación de servicio al pasaje o de manipulación y transporte de mercancías.

- Supeditar el acceso a la prestación de servicios a la obtención de un título habilitante, en concreto, el Art. 63 de la Ley 48/2003 señalaba: “La prestación de servicios básicos requerirá la obtención de la correspondiente licencia de la Autoridad Portuaria”. Se establecía una doble clasificación de las licencias³⁸⁷, generales y específicas, los servicios de manipulación y transporte de mercancías, entre los que se incluye, según el Art. 60.2. d), la carga, estiba, descarga, desestiba y trasbordo de mercancías, estaban sujetos a la obligación de obtener una licencia de carácter general, sin perjuicio de poder otorgarse licencias por tipo de tráfico o de carga. El plazo de vigencia de dichas licencias venía estipulado en el Art. 66, para el servicio de manipulación y transporte de mercancías, estos plazos oscilaban desde los ocho años a los treinta y cinco dependiendo de la inversión realizada.

³⁸⁷ Ob.cit. ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO. “El régimen jurídico de los servicios portuarios. (Especial referencia a la Ley 48/2003, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general”. Págs. 23-42. “La licencia es el título legitimador que autoriza al privado la gestión del servicio en régimen de libre competencia. A su vez, la licencia está regulada en los pliegos redactados por Puertos del Estado, que tienen alcance general, y desarrollada por las prescripciones particulares de cada autoridad portuaria, según las circunstancias de cada puerto. Sin embargo, ha de advertirse que la libre competencia tiene sus limitaciones derivadas de las obligaciones impuestas en razón del carácter público. Los operadores han de garantizar mínimamente la continuidad del servicio y la seguridad del funcionamiento del puerto. La licencia, naturalmente, recoge los derechos y obligaciones del titular y la adjudicación se hace mediante concurso en régimen de publicidad, transparencia y no discriminación. La licencia es, pues, el título habilitante para la prestación de los servicios básicos”.

- A las autoridades públicas implicadas, Puertos del Estado y las diferentes Autoridades Portuarias, se les concedieron poderes de intervención y control de los servicios portuarios que llevaban a cabo los particulares, así lo recogió el Art. 56.3 de la Ley al señalar: *“Puertos del Estado promoverá la competencia en el sistema portuario, pudiendo adoptar las medidas de regulación, ordenación y control que a tal fin sean necesarias, conforme a lo dispuesto en esta Ley y sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros organismos”*. Entre estos cometidos se encontraba la capacidad de las Autoridades Portuarias de arbitrar los conflictos entre empresas prestadoras de servicios.
- Asimismo, los poderes públicos estaban encargados de asegurar que la libre competencia no perjudicará el derecho de los usuarios a acceder a servicios de calidad. Dentro de esta competencia se enmarca la referencia al establecimiento de obligaciones de servicio público. Dentro de esta competencia se recogía la posibilidad de aprobar tarifas máximas, cuestión a la que se aludirá más adelante en detalle, pero sobre la que se pronunciaba expresamente el Art. 76.2. apartado c). *“La aprobación de las tarifas máximas en los servicios básicos abiertos al uso general cuando el número de prestadores del servicio esté limitado o sea insuficiente para garantizar la competencia. Asimismo, controlarán la transparencia de las tarifas y conceptos que se facturen.”*
- El ejercicio de la potestad sancionadora es otra de las funciones fundamentales para desempeñar el control sobre los operadores privados, existiendo una distribución de competencias entre Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias por razón de la cuantía de la infracción.
- La creación de un registro de empresas prestadoras de servicios portuarios básicos según lo dispuesto en el Art. 69 garantizaba que los organismos portuarios pudieran ejercer las funciones de regulación y control.

Otros mecanismos arbitrados por la legislación del 2003 para salvaguardar la competencia fueron el establecimiento de un régimen de separación contable para los titulares de licencias de prestación de servicios básicos, así como para la

Autoridad Portuaria en los casos en los que prestara algún servicio básico (Art. 78). Por último, se crearon dos organismos, como fueron el Observatorio permanente del mercado de los servicios portuarios básicos y el Comité de servicios portuarios básicos. El primero de estos organismos estaba adscrito a Puertos del Estado y tenía por finalidad analizar las condiciones de competitividad en relación con los precios y la calidad de los servicios, así como, acordar las variables de competitividad sobre las que establecer recomendaciones.

De otro, el Comité de servicios portuarios básicos, estaba integrado dentro del Consejo de Navegación y Puerto, dicho Comité lo formaban los usuario de servicios básicos, las organizaciones sectoriales de trabajadores y prestadores de servicios más representativas, entre las encomiendas más importantes que tenía establecido el Comité es que la Autoridad Portuaria, al menos una vez al año, debía realizar consulta sobre las tarifas de los servicios básicos abiertos al uso general.

II. LOS PLANTEAMIENTOS DE LOS SERVICIOS DE ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIA TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 48/2003. LA TRANSFORMACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE ESTIBA EN AGRUPACIONES PORTUARIAS DE INTERÉS ECONÓMICO (APIE).

1. El rol de las autoridades públicas en las APIE.

El nuevo papel del Estado como impulsor de la libertad de empresa en el sector portuario, supuso que el Estado dejó ser un prestador directo de servicios. Su nueva encomienda fue la de crear el marco jurídico propicio para las inversiones particulares en el entorno del puerto.

Tal y como señala ALAZNE ODRIOZOLA LANDERAS³⁸⁸ la nueva regulación del 2003 dio un nuevo papel a los estamentos públicos: *“...ya que el papel de la autoridad pública, a través de las Autoridades Portuarias, se orienta a la provisión y gestión de los espacios de dominio público, a la regulación de la actividad económica que constituyen los servicios portuarios básicos que se desarrollan en el puerto, que corren a cargo, esencialmente, del sector privado”*.

³⁸⁸ Ob.cit. ODRIOZOLA LANDERAS, ALAZNE. “A propósito de la Ley 48/2003, de Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general: su incidencia en el sector de la estiba y desestiba”. Pág. 10.

Como ya ha quedado expuesto, los servicios de estiba y desestiba se encuadran dentro de los denominados, con la nueva Ley, servicios portuarios básicos, de este modo estos pasaron a ser confiados a la iniciativa privada en régimen de libre competencia. Esta nueva concepción implicó necesariamente una transformación de las Sociedades Estatales, que hasta 2003 se encargaban de la realización de los servicios de estiba y desestiba. Este canje puede recordar al cambio que supuso la modificación normativa de la Ley 27/1992, donde las tradicionales Organizaciones de Trabajos Portuarios se convirtieron en Sociedades Estatales. En aquel momento el Estado pasó hacerse cargo directamente de la gestión del servicio, en cambio con la legislación del 2003 el Estado abandona esta posición para dejar paso a la actuación de los particulares.

La Disposición Adicional Sexta de la Ley 48/2003 fue la encargada de regular la transformación de las sociedades estatales de estiba y desestiba en APIE. La primera de las cuestiones es que la propia Ley estableció un plazo de año que posteriormente debió ampliarse por medio del *Real Decreto-Ley 3/2005, de 18 de febrero*³⁸⁹, por el que se adoptan medidas en relación con la prestación de servicios portuarios básicos y se amplía el plazo para la transformación de las sociedades estatales de estiba y desestiba en agrupaciones portuarias de interés económico; en concreto, el Art. 1 de esta norma concedió un plazo de ampliación de 18 meses. Es interesante matizar que en el año 2012 todavía quedaban algunas Sociedades como las de los puertos de Cartagena y Ceuta, que no habían realizado la transformación.

Pero centrandolo el análisis, únicamente, en el cambio de normativa, es importante matizar que la nueva regulación no supuso solamente un cambio de denominación en las SEED pasando a denominarse APIE, sino que como se tendrá ocasión de comprobar, seguidamente, detrás de este cambio se alumbraban importantes modificaciones para el sector de la estiba y desestiba.

2. Las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE) y la traslación de la figura al modelo portuario.

En primer lugar, la Disposición Adicional Sexta estableció que las APIE, tendrían personalidad jurídica, carácter mercantil y que se regirían por lo dispuesto en la propia Ley 48/2003, y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley 12/1991, de 29

³⁸⁹ BOE nº 43 de 19 de febrero de 2005.

de abril, de Agrupaciones de Interés económico (AIE). Dicha norma constituyó un nuevo modelo de cooperación inter-empresarial para aquellas empresas que buscaban asociarse, con el límite de que nunca la agrupación podría alcanzar las facultades o actividades de uno de sus miembros.

La base de esta nueva concepción se encuentra, nuevamente, en la integración europea. En el ámbito comunitario se había aprobado el Reglamento (CEE) nº 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE)³⁹⁰. Aunque se trata de figuras jurídicas muy vinculadas, en tanto que perseguían fines similares, es importante matizar que cada una de ellas tenía su propio régimen jurídico, así lo enunció el Preámbulo de la Ley 12/1991, de 29 de abril³⁹¹

En el caso de las AEIE su finalidad era facilitar y fomentar las actividades económicas de sus miembros, todos ellos empresarios europeos, mediante la unión de recursos, actividades y competencias, que potenciaran su desarrollo económico en el ámbito del mercado comunitario. El Reglamento comunitario señalaba que para la constitución de una AEIE, se debía contar, al menos, dos miembros pertenecientes a Estados miembros diferentes.

La traslación de esta figura al ordenamiento español se realizó a través de las denominadas agrupaciones de interés económico, considerando el legislador que se asimilaban a sociedades mercantiles sin ánimo de lucro, y que tenían por finalidad facilitar la actividad de los socios por medio de una actividad económica auxiliar e independiente de la que propiamente los socios de la AIE desarrollaban.

Por este motivo la Ley 12/1991 otorgó a la AIE la limitación de que su objeto se limitara, exclusivamente, a una **actividad económica auxiliar** de las propias de sus socios. Poniendo en relación esta cuestión, con el objeto que la Disposición Adicional Sexta de la Ley 48/2003 sobre las agrupaciones portuarias de interés económico (APIE), es evidente que existe una más que

³⁹⁰ Disponible en: www.europa.eu.

³⁹¹ Punto III del Preámbulo. “No coincide de manera absoluta la configuración de ambas instituciones, aunque ha procurado mantenerse el máximo paralelismo y, desde luego, la unidad de tratamiento en sus rasgos esenciales. La figura europea se halla inspirada en el precedente francés

factible traslación de la figura jurídica al ámbito portuario. En concreto, la Disposición Adicional Sexta señalaba: *“La agrupación portuaria de interés económico tendrá por objeto poner a disposición de sus socios los trabajadores que desarrollen las actividades que integran el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías que no puedan realizarse con personal propio de la plantilla de aquellos de conformidad con el título IV del Real Decreto-Ley 2/1986. Asimismo, la agrupación portuaria de interés económico podrá poner a disposición trabajadores para desarrollar actividades complementarias a los servicios básicos a los que se refiere el Art. 85.1.1.4 de la Ley a los socios que, debidamente autorizados, las realicen. Igualmente será objeto de estas agrupaciones la formación continua de los trabajadores que garantice la profesionalidad en el desarrollo de las tareas portuarias a sus trabajadores, a cuyo efecto los socios vendrán obligados a colaborar con la agrupación facilitando los medios que sean necesarios”*.

Del análisis de esta disposición se aprecian tres líneas de actuación que enmarcan el objeto de las APIE:

a) La puesta a disposición de trabajadores.

En aquellos casos en los que los socios, todos ellos empresas estibadoras que realizaban servicios básicos en el entorno de un determinado puerto, requirieran de trabajadores para desarrollar las actividades propiamente de carga, estiba, desestiba, descarga, y trasbordo de mercancías, debían acudir a los trabajadores de la APIE. Con la excepción de aquellos casos en los que dichas labores pudieran desarrollarse con personal propio de la plantilla.

Esta es la encomienda principal de las APIE, dado que la propia finalidad de su constitución, tal y como, establece la Disposición Adicional Sexta de la Ley 48/2003, es la de facilitar el desarrollo y mejorar los resultados de la actividad de las empresas estibadoras, como consecuencia de la irregularidad de la demanda de mano de obra necesaria para la realización de las actividades que constituyen el servicio de estiba y desestiba portuaria.

b) Desarrollo de actividades complementarias.

Igualmente, las APIE podían poner a disposición de cualquier empresa que operara en el puerto, no se limitaba a los socios de la APIE, trabajadores para realizar actividades complementarias de los servicios básicos. El servicio básico de carga, estiba, desestiba y descarga se realiza generalmente en el buque y en la zona de servicio del puerto, pero en ocasiones, antes de llevar a término estas labores o una vez realizada, se requiere de empresas que facilitan a los clientes otro tipo de servicios, como los recogidos en el Art. 86 de la Ley, servicios de depósito y de transporte horizontal³⁹². Expresamente, el punto 3 del Art. 86 señalaba que para la realización de este tipo de servicios básicos no era obligatoria la contratación de los trabajadores portuarios cualificados como estibadores, así como, tampoco era necesario que las empresas que realizan estas actividades formaran parte de la APIE.

c) La formación continua de los trabajadores.

Como se ha venido sustentando a lo largo de esta tesis, una de las principales funciones por las que se ha recurrido a la constitución de esta figura jurídica, en sus diversas modalidades a lo largo de su trayectoria, es la de garantizar una formación de los trabajadores encargados de las labores propias del servicio de estiba y desestiba. Al obligar a todos los socios de la APIE a colaborar en dicha formación se está garantizando la profesionalidad del sector.

No es factible poder asegurar una correcta formación fuera del contexto portuario, como ya ha quedado expuesto, dado que no es un sector que pueda dejarse en manos de la iniciativa privada, puesto que dudosamente sería un negocio rentable, dada la gran inversión que supondría para una empresa tener que dotarse de los medios necesarios para la realización de prácticas, por este motivo, las propias empresas estibadoras, socias de la APIE estaban por Ley obligadas a facilitar los medios necesarios para la formación.

³⁹² La redacción del Art. 86 define estos servicios:

“Servicio de depósito. Consiste en el servicio de almacenamiento temporal de la mercancía o equipamiento para su ordenación y control, con objeto de hacer posible las operaciones de intercambio entre modos de transporte o de inspección, directamente vinculadas al tráfico marítimo de mercancías. No se incluyen el almacenamiento vinculado al grupo de mercancías. Servicio de Transporte horizontal. Se entiende por servicio de transporte horizontal la operación consistente en el traslado de la mercancía o equipamiento entre dos emplazamientos cualesquiera, incluyendo en su caso la carga o descarga a equipo de transporte y exceptuando los movimientos de aproximación al costado del buque y de separación del mismo descritos en el Art. 85.1”

Así pues, la figura jurídica elegida fue coherente con la finalidad perseguida con la constitución de las APIE, estas se configuraron claramente como actividades auxiliares de sus socios, con el objetivo de que cada uno de ellos no tuviera que soportar de forma individual los riesgos de la estacionalidad de la demanda. Pero igualmente, con esta medida se pretendió garantizar la pervivencia de las tradicionales exigencias de los servicios públicos, la continuidad y la regularidad en la prestación del servicio, dada la trascendencia de la actividad portuaria para el conjunto de la economía del país. Cuestión distinta fue la de apartar a las Autoridades Portuarias de los órganos de control de las APIE.

Seguidamente, se analizará el nuevo rol que el legislador del 2003 quiso dar a las Autoridades Portuarias, teniendo en cuenta que en una concepción liberal de la economía no tiene cabida que las autoridades públicas, controlen o siguiera participen de la gestión de las actividades liberalizadas.

3. La separación de las Autoridades Portuarias de la prestación del servicio de estiba y desestiba.

Probablemente, esta fue la cuestión que más incertidumbre generó en su día en el sector portuario. Hasta el año 2003 las Autoridades Portuarias habían formado parte de las SEED, su desaparición de los órganos de control de las APIE dio lugar por parte de los colectivos de trabajadores a numerosas movilizaciones, pues se pensó que se pretendía una erradicación del modelo tradicional³⁹³. La oposición de los colectivos de trabajadores, supuso en muchos casos que el procedimiento de transformación se dilatará durante varios años. Aunque como se tendrá ocasión de analizar más adelante, la mayor preocupación del sector fue la implantación del modelo de autoprestación o autoasistencia.

El nuevo modelo propuesto significó un importante cambio en el modelo de gestión portuaria en España, el legislador, que al amparo del Derecho

³⁹³ Disponible en: www.expansion.com, de 13 de marzo del 2008. «*La huelga de estibadores paraliza siete puertos*»: “Los sindicatos reclaman que se pare el proceso de privatización del sector de estiba portuaria, iniciado con la Ley 48/2003 del Partido Popular (conocida como la Ley de Puertos) por la cual desaparecen las sociedades estatales de estiba y desestiba de carácter público para dar lugar a la constitución de las APIE (agrupaciones portuarias de interés económico). En opinión de UGT y CCOO, dicho proceso de transformación de las sociedades públicas en privadas, que ya se lleva a cabo, entre otros puertos, en los de Barcelona, Valencia, Algeciras y Bilbao, consolidará un monopolio en la actividad y tendrá graves consecuencias para el empleo en el sector”.

Comunitario, modificó el papel de las Autoridades Portuarias, e hizo desaparecer la idea de que estas debían ser prestadoras directas de servicios para encomendarles únicamente la misión de favorecer la libre competencia. Así lo recogió el Art. 56 de la Ley, igualmente, el organismo Puertos del Estado encaminó sus funciones hacia la promoción de la competencia, pudiendo adoptar medidas de regulación, ordenación y control. La propia Exposición de Motivos realizó una elocuente proclama de intenciones: *“La Ley produce así desde esta perspectiva un importante cambio en el modelo de gestión de los puertos, en el que el papel de la autoridad pública, representada a través de las Autoridades Portuarias, se orienta a la provisión y gestión de los espacios de dominio público, a la regulación de la actividad que constituyen los servicios portuarios básicos que se desarrollan en el puerto, que corren a cargo, esencialmente, del sector privado, reservándose a la Autoridad Portuaria una actividad prestacional subsidiaria orientada principalmente a los casos de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada. Todo ello, sin perjuicio del papel fundamental que, desde la aplicación en su gestión de los principios de eficiencia, agilidad y flexibilidad propios de una gestión empresarial, las Autoridades Portuarias han venido desarrollando en la promoción de estrategias globales orientadas hacia el cliente común, tendentes a asegurar la adaptación permanente de la oferta global portuaria a las necesidades y estrategias de la actividad económica a que éstas sirven y a contribuir a crear un ámbito de cooperación de todos los agentes de la comunidad portuaria, dirigido a la mejora de los servicios portuarios y a la promoción de los puertos”*.

De este modo, las funciones de los organismos públicos portuarios quedan reducidas a dos, la provisión y gestión de los espacios de dominio público, y las relativas a la regulación de la competencia en los servicios portuarios básicos. Por lo que se refiere a la segunda de las funciones, el artículo 76 de la Ley 48/2003 diferencia las funciones propias de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias.

En cuanto a las labores de estiba y desestiba toda vez que la Autoridad Portuaria dejó de ser la titular del servicio, confiando éste a la iniciativa privada, las funciones de los organismos públicos quedaron delimitadas de la siguiente

manera: Puertos del Estado debía aprobar unos pliegos reguladores generales, que cada Autoridad Portuaria se haría cargo de adoptar a sus particulares necesidades. Estas se harían cargo igualmente de otorgar los títulos habilitantes, aunque su encomienda principal quedó reducida al control del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, entre las que destaca asegurar la continuidad del servicio que pudiera requerir la demanda. Solamente, en casos excepcionales se permitía actuar a las Autoridades Portuarias de forma subsidiaria, asumiendo la prestación del servicio de forma directa o indirecta, por un plazo no superior a cinco años, y siempre que se justificara que los operadores privados no podían atender a la prestación del servicio.

Hasta la entrada en vigor de la regulación del año 2003, las Autoridades Portuarias participaban con el 51% de las acciones, en las SEED, tras la aprobación de la Ley 48/2003, las Autoridades Portuarias debían separarse, teniendo derecho a la liquidación de su participación, según lo dispuesto en la normativa relativa a Sociedades Anónimas.³⁹⁴

Según estableció la propia Ley 48/2003 la transformación de las sociedades estatales de estiba y desestiba se rigió por lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobaba el *Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, respecto de la transformación de este tipo de sociedades, y en particular, por lo dispuesto por el Reglamento del Registro Mercantil, por lo que se refería a las cuestiones relativas a la transformación de esas sociedades en agrupaciones de interés económico.

La Disposición Adicional Sexta de la Ley 48/2003 estableció una regulación respecto de la participación en el capital social de las APIE, en este sentido, tras la liquidación de la participación de las Autoridades Portuarias, a los antiguos accionistas se les asignó una participación igual al porcentaje que el socio tenía en el capital social de la sociedad estatal. Entre los criterios para determinar la participación de cada socio, la Disposición establecía los siguientes: el grado de

³⁹⁴ El punto II de la Disposición Adicional Sexta recogía esta cuestión “Las Autoridades Portuarias se separaran de la sociedad estatal cuando se produzca el acuerdo de transformación, teniendo derecho a la liquidación de su participación de conformidad con lo dispuesto en el Art. 225 de la Ley de Sociedades Anónimas”

utilización de la plantilla, la inversión en medios materiales afectos al servicio, la superficie otorgada en concesión y el volumen anual de mercancías manipuladas.

Otro de los puntos de análisis interesante, es el que se refiere a la financiación de las APIE, la Disposición Adicional Sexta, en su punto 7, determinó que los costes de estructura de la agrupación se financiaran por los socios en los términos que señalara la escritura de transformación, siendo necesario que se alcanzará el 50% de acuerdo con el grado de participación de cada socio en el capital social. El resto se podía financiar en función de la utilización del personal de la plantilla de la agrupación. En particular, los costes salariales y no salariales de los trabajadores portuarios de la plantilla de la agrupación debían ser cubiertos exclusivamente con los ingresos procedentes de la facturación a los socios por la utilización de los servicios de dicho personal. El incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas por parte de un socio podía dar lugar a que se emplazara a la Autoridad Portuaria para que procediera a la extinción de la licencia por incumplimiento reiterado, sin perjuicio de que la agrupación podía acudir a la vía ordinaria para reclamar el cumplimiento de la obligación.

El funcionamiento de las APIE se sustentaba en un Consejo de Administración, cuya composición debía determinarse en la escritura de transformación. Los acuerdos adoptados por los órganos de administración de las APIE podían ser impugnados por la Autoridad Portuaria en la que la agrupación ejercía su actividad. En particular el punto 10 de la Disposición Adicional Sexta hacía mención a un supuesto excepcional, en el que la Autoridad Portuaria conservaba ciertos poderes de control sobre la actividad de las APIE, al recoger la siguiente disposición: *“Los acuerdos relativos a la prestación del servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, que resulten gravemente dañosos para el interés general del puerto, o que perjudiquen a la libre competencia entre los prestadores del servicio, **podrán ser suspendidos por el Presidente de la Autoridad Portuaria**, por propia iniciativa o a instancia de los socios que representen al menos el cinco % del capital social, debiendo proceder, en el plazo de 20 días a contar desde la adopción de tal medida, a la impugnación del*

acuerdo suspendido, con expresa solicitud de ratificación de la medida cautelar adoptada. Si no se procediera a la impugnación del acuerdo en el plazo señalado, el acuerdo de suspensión quedaría sin efecto”.

Por último, antes de procederse a la transformación, la Ley 48/2003 determinó que en cada SEED se realizara una auditoria previa a su conversión en la agrupación portuaria de interés económico, con el objeto de evaluar la situación económica de la entidad, y en su caso, liquidar las deudas contraídas previamente a su transformación.

A juicio de esta autora, en esta, como en otras muchas cuestiones relacionadas con esta Ley, el legislador hizo las cosas muy apresuradamente, prueba de ello, es que aun a pesar del plazo de un año, prorrogado por otros 18 meses, muchas SEED siguieron funcionando sin transformarse en APIE durante años. Una ejemplificación es que con la última transformación que sufrió el sector, por medio de la aprobación en el año 2010 de una nueva regulación por la que las APIE debían constituirse como Sociedades Anónimas de Gestión de los Estibadores Portuarios (SAGEP), en algunos puertos, como era el caso del Puerto de Cartagena, aun persistía el modelo de Sociedad Estatal de estiba bajo la denominación de “SESTICARSA”.

III. EL ESTABLECIMIENTO DE LA AUTOPRESTACIÓN O AUTOASISTENCIA PORTUARIA.

1. Antecedentes. La autoasistencia en la Propuesta de Directiva sobre el acceso al mercado de servicios portuarios del 2001.

El concepto fue exportado al contexto portuario tras materializarse en el ámbito comunitario la liberalización de los servicios de “*handling*” en el transporte aéreo³⁹⁵, y fue objeto de una transposición a nuestro ordenamiento jurídico a finales de los años noventa³⁹⁶.

³⁹⁵ Disponible en: www.europa.eu. Ver el análisis realizado en el Libro Blanco de la Comisión “Gestión del tráfico aéreo. Liberalización del espacio aéreo europeo” de 6 de marzo de 1996. COM (96) 57 final.

³⁹⁶ Según la Agencia Estatal de Seguridad Aérea dependiente del Ministerio de Fomento, el concepto de *handling* se refiere a la asistencia en tierra. La Directiva 96/67/CE del Consejo de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad, establece el marco común regulador para la prestación de dichos servicios en los Estados miembros. Tiene por objeto garantizar la apertura del mercado en régimen de libre competencia, con las limitaciones que impone la salvaguarda de las condiciones de seguridad y las restricciones por motivos de espacio y capacidad de las infraestructuras aeroportuarias. La Directiva fue incorporada al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 1161/1999, de 2 de julio, por el que se regula la prestación de los servicios aeroportuarios de asistencia en tierra y por

En la mencionada Directiva “*Sobre acceso al mercado de servicios portuarios*” de 2001, que ya ha sido objeto de análisis en esta tesis, se recogían normas que pretendían reforzar la autoasistencia portuaria. De este modo, se pretendía que la tripulación de los buques estuviera habilitada para la realización de determinados servicios. Así pues, cualquier usuario del puerto, utilizando su propio personal podía proporcionarse directamente diversos servicios, sin necesidad de concertar ningún contrato con terceras partes, evidentemente las labores de carga y descarga entraban dentro de esta modalidad. Sin embargo, como ya ha quedado expuesto el Parlamento Europeo a finales de 2003 rechazó la propuesta³⁹⁷, como consecuencia, entre otras, de la férrea oposición de los estibadores portuarios en diversos países europeos a la propuesta de Directiva³⁹⁸, lo que dio lugar a múltiples enmiendas³⁹⁹ y finalmente su rechazo.

el cual se establecen los requisitos exigibles para el ejercicio de estos servicios en los aeropuertos españoles. Posteriormente, fue modificado parcialmente por el Real Decreto 99/2002 de 25 de enero, por lo que se refiere al procedimiento para la obtención de la autorización para prestar servicios de asistencia en tierra (*handling*) en aeropuertos españoles de interés general, así como, para práctica de la autoasistencia por parte de las compañías aéreas en dichos aeropuertos. Fuente www.seguridadaerea.es.

³⁹⁷ “*El Parlamento echa a pique la liberalización de los servicios portuarios.*” Fuente www.europarl.europa.eu. “El Parlamento Europeo tenía poderes para modificar sustancialmente una legislación de esa índole. Aunque había muchos diputados dispuestos a apoyar un fomento de la competencia en algunos sectores del mercado de servicios portuarios, el Parlamento se mostraba en general prudente respecto a tal liberalización y consideraba importante que se mantuviera en este sector un nivel elevado en materia de normas de seguridad. La propuesta legislativa, durante los tres años que duro su paso por el Parlamento, fue objeto de numerosas enmiendas de los diputados. Con ellas se querían aclarar puntos como la duración de las autorizaciones para la prestación de servicios portuarios, la compensación para los antiguos prestadores de tales servicios, la transparencia financiera y las ayudas estatales. Aunque Parlamento y Consejo lograron ponerse de acuerdo en ciertos puntos, no supieron hacerlo en algunos sectores cruciales, especialmente en los servicios de practica y en la manipulación de la carga.

Finalmente, el asunto llegó a la «conciliación» (un procedimiento de negociación de carácter especial concebido para que se produzca una transacción entre el Parlamento y el Consejo, en caso de que existan graves desacuerdos) y se logró un acuerdo en septiembre del 2003. No obstante, el acuerdo solo contaba con el respaldo de la más exigida mayoría de los miembros de la delegación del Parlamento, compuesta por 15 diputados. Cuando, en noviembre de 2003, se sometió a votación de todos los diputados el Parlamento en sesión plenaria, el acuerdo fue rechazado. Solo en dos ocasiones anteriores en el Parlamento había rechazado un acuerdo obtenido a través del procedimiento de conciliación.”

³⁹⁸ “*La Voz de los puertos. La estiba*”. Boletín de la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar, nº 78. IV Época. Octubre 2003. “La convocatoria de Róterdam reunió a más de 9000 estibadores que, sumados a los 6000 de Barcelona, suman 15.000. De este modo, el pasado 29 de septiembre de 2003 se convirtió en una jornada histórica memorable para el movimiento sindical portuario, ya que, a la misma hora y en diferentes ciudades, se llevaron a cabo diversas acciones con un mismo objetivo: defender la profesión portuaria”.

³⁹⁹ Los partidos de izquierdas entre los que se encontraban los socialistas, los verdes y miembros de Izquierda Unitaria Europea se pusieron del lado de los trabajadores portuarios. Los grupos de

Es evidente que el punto que más controversia generó en relación con la propuesta de Directiva del 2001, fue el impulso de la autoasistencia en el sector de la manipulación de la carga. Según los datos que manejaban las instituciones europeas, este sector ha empleado tradicionalmente a miles de personas, principalmente en los Países Bajos, Bélgica, Alemania, Francia y Reino Unido. En la mayoría de los países las normas preveían que las autoridades portuarias debían contratar trabajadores debidamente inscritos con anterioridad en los sindicatos locales para la encomienda de las labores de carga y descarga de mercancías.

En el lado opuesto las empresas navieras pugnaban por una liberalización de la contratación, para poder realizar dichas labores con su propio personal del buque o contratando personal eventual de forma libre, lo que se conoce con el término «autoasistencia». El miedo del colectivo de trabajadores portuarios radicaba en que el establecimiento de esta medida potenciaría la contratación de trabajadores no sindicados, sin preparación suficiente, y contratados por salarios inferiores, lo que inevitablemente conllevaría la pérdida de puestos de empleo de trabajadores cualificados.

La crítica más importante que se hacía al establecimiento de la autoasistencia radicaba en la **perdida de garantías de seguridad** en la prestación de los servicios. A pesar de que el Parlamento y el Consejo llegaron al acuerdo de limitar los supuestos de autoasistencia a los casos en los que se respetaran estrictamente las disposiciones nacionales en materia de empleo y formación, llegando incluso al acuerdo de que la autoasistencia únicamente tendría cabida en los casos en los que una compañía naviera deseara prestarse a sí misma servicios portuarios; es decir, sólo podría hacerlo mediante su propio personal de tripulación, sin posibilidad de contratación de personal externo. En el lado opuesto los sindicatos se opusieron con vehemencia a tal medida.

Entre las argumentaciones de algunos partidarios del establecimiento de la autoasistencia con la aprobación de la Propuesta de Directiva del 2001, se

centroderecha como el Grupo PPE-DE y los liberales, consideraban que la autoasistencia beneficiaría al sector, aunque consideraban que la autoasistencia debía limitarse a los buques y cargas de tamaño reducido, de este modo se evitaría que hubiera una masiva pérdida de puestos de trabajo.

encontraba la fundamentación de que la autoasistencia era una exigencia ineludible con las normas sobre competencia recogidas en los Tratados. Al respecto de esta cuestión JAIME CABEZA PEREIRO⁴⁰⁰ señalaba que no existía en aquel momento, a principios del 2000, una jurisprudencia que avalara esta postura, teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la cuestión se habían emitido, y ya que han sido objeto de análisis en esta tesis. En concreto, señalaba este autor:

“En el asunto Mercì Convenzionali Porto di Genova no se considero incompatible con el Tratado la prohibición de la autoasistencia, sino que ésta se prohibiera a favor de unas empresas estibadoras que ostentaban un derecho exclusivo para la realización de las tareas de estiba y desestiba. Y en Becu se añadió que no era contrario al Tratado que el trabajo portuario en zonas portuarias se reservara a trabajadores que hubiesen obtenido la oportuna acreditación, aunque su número se limitara a las necesidades de mano de obra y cobraran una retribución sensiblemente superior a la que cobrarían trabajadores que desarrollasen funciones análogas.”

Por lo tanto, no parecía que el argumento de la defensa de la competencia fuera suficiente para sustentar la idea de que era imprescindible establecer un sistema de autoasistencia en los puertos europeos, sino se quería conculcar la normativa comunitaria. Las normas sobre competencia únicamente se preocupan de que no existan, salvo que el interés general lo exija, empresas que ocupan una posición dominante. Así pues, no existía un amparo normativo comunitario, que diera lugar al establecimiento de una total libertad en la contratación de personal portuario para la encomienda de las labores de carga y descarga.

2. El modelo de autoprestación recogido en la Ley 48/2003.

2.1 Los preceptos legislativos en relación a la autoprestación y la integración de servicios portuarios básicos.

A pesar de que la Directiva Europea no llegó a aprobarse la Ley 48/2003 se sustentó en algunos de los pilares de la normativa comunitaria, cuestión que no parece la mejor técnica legislativa a juicio de esta autora. Igualmente, en el 2003 se

⁴⁰⁰ Ob.cit. CABEZA PEREIRO, JAIME. “Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria. En torno a un cisma sobre el Proyecto de Directiva de acceso al mercado de los servicios portuarios”. Pág. 1213.

obviaron, con la aprobación de la nueva Ley de Puertos, los acuerdos entre los agentes implicados, trabajadores y empresarios, como el III Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario, vigente en el momento de entrar en vigor la Ley, cuestión que en ningún caso pudo ser útil para el consenso de la nueva regulación.

La Exposición de motivos de la Ley 48/2003 acogió la idea de autoasistencia que recogía la Directiva, únicamente, cambio la denominación por la de autoprestación, al señalar: *“La autoprestación se produce cuando el usuario que pudiendo contratar la prestación de servicios portuarios con empresas autorizadas para la prestación del servicio en el puerto, opta por prestárselos a si mismo con su personal embarcado y sus propios medios, sin celebrar contratos con terceros. La Ley crea una licencia específica para ellas, estableciendo las circunstancias en que procede su otorgamiento y aquellas en que puede denegarse, así como las compensaciones económicas que, en su caso, procedan para los prestadores de los servicios abiertos al tráfico general que resulten perjudicados por la integración”*.

Pero no solo la Ley se limitó a regular el sistema de autoprestación, también introdujo otra novedad legislativa **“la integración de servicios portuarios básicos”**, con ella se aludía a la posibilidad de que una terminal privada, en la que operaban exclusivamente buques de un grupo empresarial, pudiera prestar servicios técnico-náuticos a sus propios buques.

Los Art. 73 a 75 de la Ley se encargaron de regular estas dos nuevas modalidades, entre los requisitos exigidos para su constitución destacan los siguientes:

- Para el caso de la autoprestación, el Art. 73.1 establecía que *“El personal de la empresa autorizada para la autoprestación debía cumplir los requisitos de calificación exigidos al personal de las empresas prestadoras de servicios portuarios”*. De esta manera, se restringía la posibilidad de que cualquier persona pudiera desempeñar las labores propias de los servicios portuarios, cuestión que había sido objeto de controversias en el seno de las instancias comunitarias al debatir la propuesta de Directiva.

- Tanto para la realización de la autoprestación como para la integración de servicios, la Ley en el Art. 73.3 determinó la obligación de que la Autoridad Portuaria, previo informe de la Administración marítima en lo concerniente a seguridad marítima, fuera quien autorizara estas actividades. Las únicas excepciones que se establecieron para poder solicitar la autorización de autoprestación es que el buque no enarbolara el pabellón de algún Estado incluido en la lista negra del Memorándum de Paris o en relación al servicio de practicaje.
- Respecto de los requisitos y procedimiento que debía seguirse para la obtención de la licencia que autorizara a la autoprestación o la integración de cada uno de los servicios, estos debían ajustarse a las condiciones previstas en los pliegos reguladores y prescripciones particulares de los servicios.
- Cuestión particular, es la recogida en el Art. 75 de la Ley, en la que se establecieron las compensaciones económicas que debían señalarse en las licencias de autoprestación o integración de servicios. Según este artículo, los titulares de dichas licencias debían abonar una compensación económica como contribución para que las obligaciones de servicio público, que recaían sobre los titulares de licencias abiertas al tráfico general, pudieran ser atendidas, en particular, las de mantener la regularidad y continuidad de los servicios. Las Autoridades Portuarias eran las encargadas de facturar el valor de la compensación económica anual, para posteriormente distribuir entre los prestadores del servicio abierto al uso general con arreglo a los criterios recogidos en los pliegos de prescripciones particulares.
- La única excepción a lo dispuesto hasta el momento para la autoprestación estaba contenida en la Disposición Adicional Decimocuarta, relativa a la autoprestación de servicios portuarios básicos por buques de Estado y buques y aeronaves afectados al servicio de la Defensa Nacional. En estos casos éstos podían optar por el régimen de autoprestación de los servicios portuarios básicos en los que así lo permitiera la Ley, sin necesidad de recabar autorización de la Autoridad Portuaria ni realizar el pago de ninguna compensación económica.

Uno de los aspectos que más suspicacias levantó en el colectivo de trabajadores estibadores, fue el hecho de que el régimen laboral aplicable al personal que realizaba las actividades que constituían el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías⁴⁰¹, continuó siendo el dispuesto en el Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo, tal y como, señalaba la Disposición Adicional Séptima de la Ley 48/2003. No obstante se excluía de la aplicación de este régimen a aquellos trabajadores que realizaran dichos servicios en régimen de autoprestación. El colectivo de trabajadores portuarios estibadores entendió que de este modo se abría la posibilidad a que sus condiciones laborales se vieran claramente perjudicadas, encaminándose hacia la precarización, en tanto que, lógicamente los trabajadores de los buques realizarían las labores propias del servicio según las cláusulas laborales de su contrato, sin tener que ajustarse a las condiciones estipuladas para el conjunto de trabajadores portuarios.

2.2 Oposición del colectivo de trabajadores del mar a la regulación normativa de la Ley 48/2003. Un posible caso de “dumping social”.

La oposición de los portuarios a la autoasistencia se debió a que estos entendían que con esta medida el Gobierno se había plegado a las exigencias de las grandes transnacionales, que únicamente buscaban una mayor optimización de sus recursos, sin importar, si con la medida podía ponerse en riesgo la seguridad en la realización de las labores portuarias. Los trabajadores portuarios mantenían que la calidad de los servicios y el respeto de los derechos laborales de los trabajadores eran cuestiones básicas e irrenunciables que aseguran el buen funcionamiento del sector, cuestiones que no debían ponerse en riesgo en aras a garantizar la libre competencia.

En concreto, las reivindicaciones del colectivo de estibadores para oponerse a la nueva regulación se centraron en manifestar que solo desde la profesionalidad en las tareas de estiba y desestiba, se podía garantizar un buen servicio, reducir sus costes y evitar los accidentes laborales. Una completa desregulación del sector, como en un principio proponía la propuesta de Directiva, podía conllevar un

⁴⁰¹ Según la propia Disposición Adicional Séptima en su punto nº 1 establece: “El régimen laboral aplicable a los estibadores portuarios de las agrupaciones portuarias de interés económico que realicen las actividades que constituyen el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías será el establecido en los títulos IV y V del Real Decreto. Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio de estiba y desestiba de buques y normativa que lo desarrolle, en lo que no se oponga a las disposiciones de esta Ley”.

riesgo para la estabilidad del empleo y la seguridad, teniendo en cuenta, que permitía a las navieras poder contratar libremente mano de mano barata, no cualificada y no sindicada.

Algunas de las demandas del colectivo de trabajadores portuarios fueron introducidas como enmiendas en el debate de la Directiva, recogiénolas posteriormente el legislador español en la redacción de la Ley 48/2003. Este es el caso del practicaaje⁴⁰², que tal y como señaló el Art. 73.3 de la Ley española, no podía autorizarse la autoprestación para este servicio portuario. El argumento que se sustentó en sede comunitaria es que este servicio afecta de forma muy importante a la seguridad marítima. En el caso, los estibadores consiguieron que la autoasistencia se limitara a la tripulación de los buques, exigiendo además, que el personal enrolado que llevara a término esas funciones, contara con la misma clasificación profesional que los prestadores del servicio en puerto. El objetivo era evitar el denominado “*dumping social*”⁴⁰³ y la competencia desleal entre los trabajadores que lleven a término la autoasistencia y los trabajadores sindicados del puerto.

Entendido el “*dumping social*” como aquel fenómeno en el que en aras a conseguir una mayor rentabilidad los empresarios pueden beneficiarse de políticas laborales lapsas, es cierto que podían apreciarse ciertas notas relacionadas con el fenómeno del “*dumping social*” en los originarios planteamientos de la propuesta de Directiva para el sector de trabajadores portuarios.

Bajo la bandera de la defensa de la libre competencia no pueden enarbolarse postulados que atenten contra condiciones laborales consolidadas. Aunque si bien

⁴⁰² El servicio de practicaaje se definía en el Art. 81.1 de la Ley 48/2003 indicando: “Se entiende por practicaaje el servicio de asesoramiento a capitanes de buques y artefactos flotantes para facilitar su entrada y salida y las maniobras náuticas dentro de los límites geográficos de la zona de practicaaje en condiciones de seguridad y en los términos que se establecen en esta Ley, en el reglamento del servicio y en el pliego regulador del mismo. Este servicio se prestará a bordo de los buques, incluyéndose en el mismo las instrucciones impartidas por los prácticos desde el momento en que partan de la estación de practicaaje para prestar el servicio”.

⁴⁰³ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS. “*El Derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo*”. Revista de Relaciones Laborales, nº 2. 2000. Pág. 15. “Más allá de las teorías economicistas sobre el «*dumping social*». Dicha noción remite a una desvalorización del factor trabajo y una política sistemática de degradación de las condiciones de reproducción salarial y no salarial (Besse; Mingione), para de este modo afianzar una posición competitiva en el mercado a través de un modelo de flexibilidad defensiva basado en la reducción de los costes (salariales y sociales) del factor trabajo”.

es cierto, por otra parte, que tampoco puede paralizarse la evolución de determinados sectores, como puede ser el portuario, parapetándose tras reivindicaciones que consoliden situaciones desproporcionadas respecto de otros ámbitos. Así pues, fue, y sigue siendo necesario, analizar la situación desde todos los puntos de vista. Uno de las propuestas para paliar situaciones de “*dumping social*” ha sido la incorporación de cláusulas sociales a la política comercial, aunque siempre ha contado con la oposición de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁴⁰⁴.

En el caso particular de los trabajadores portuarios estibadores, durante años se había luchado por encontrar un equilibrio entre las políticas comerciales y el respeto de unos derechos laborales mínimos. En algunos países, con cierto grado de desarrollo, no será hasta finales del siglo XIX, cuando se consoliden unas condiciones laborales que se alejen de la precariedad. A principios del siglo XX, con la finalidad de reducir las diferencias en los mercados de trabajo en cualquier lugar del mundo, se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), encargada de promulgar convenios sobre diversos ámbitos de suscripción voluntaria por parte de los Estados.

Igualmente, destaca el papel del **Convenio número 137, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos, de 1973**⁴⁰⁵ que entró en vigor el 24 de julio de 1975, posteriormente ratificado por España el 22 de abril de 1975. En el propio Preámbulo del Convenio se enfatiza en la necesidad de preservar unas buenas condiciones laborales de los trabajadores portuarios, al mencionar expresamente:

“Considerando que los trabajadores portuarios deberían beneficiarse de la introducción de nuevos métodos de manipulación de la carga y que, por lo tanto, a la vez que se planean e introducen los nuevos métodos, deberían planearse y adoptarse una serie de medidas para mejorar en forma duradera su situación, tales como la regularización del empleo y la

⁴⁰⁴ LOBEJÓN HERRERO, LUIS FERNANDO. “Pasado, presente y futuro de la cláusula social: el papel de la organización mundial del comercio”. Información Comercial España: Revista de Economía, nº 843. 2008. Págs. 149-161.

⁴⁰⁵ Disponible en: www.ilo.org.

estabilización de los ingresos, y otras medidas relativas a las condiciones de trabajo y de vida y a la seguridad e higiene del trabajo portuario.”

Reforzando este considerando el Art.3 del citado convenio establecía la obligación de que los trabajadores portuarios registrados, debían tener prioridad para el trabajo portuario. Igualmente, el Art. 5 señalaba: “*A fin de que la introducción de nuevos métodos de manipulación de cargas se traduzca en los máximos beneficios sociales, la política nacional deberá fomentar la colaboración entre los empleadores o sus organizaciones y las organizaciones de trabajadores, para aumentar el rendimiento del trabajo portuario con la participación, cuando proceda de las autoridades competentes*”. De este modo, se hacía más que evidente, que los poderes públicos a la vista de las disposiciones de la OIT hubieran debido fomentar políticas consensuadas y no actuar de forma unilateral.

Esta argumentación ha sido utilizada por el Estado español para oponerse en el procedimiento sancionador que ha concluido con Sentencia condenatoria al modelo de estiba en España. El organismo Puertos del Estado en respuesta al Dictamen Motivado de septiembre de 2012 presentó en diciembre de 2012 alegaciones al respecto, señalando que la protección de los trabajadores, a través de la garantía de prioridad en la contratación, que recoge el Convenio 137 de la OIT, constituía por sí misma una causa de interés general que legitimaba el sistema de imposición de obligaciones a la empresas prestadoras del servicio. La respuesta de la Sentencia, aunque después se estudiará con más detalle en esta tesis, ha sido lógicamente contravenir este argumento, ya que el objetivo de la protección de los trabajadores puede alcanzarse con medidas menos restrictivas.

IV. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LOS PUERTOS ESPAÑOLES CON LA APROBACIÓN DE LA LEY 48/2003 DE 26 DE NOVIEMBRE.

1. El nuevo modelo de régimen económico. Pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional al respecto de las exacciones portuarias.

La propia denominación de la Ley 48/2003 “*de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general*”, remarca la importancia que el legislador quiso dar al régimen económico. El giro adoptado en este ámbito

respecto de la legislación anterior de 1992 fue significativo, aun a pesar de que se sustentaban sobre los mismos principios de autonomía de gestión y de suficiencia financiera. Tal y como, se ha expuesto en capítulos anteriores, el sistema de la Ley de Puertos de 1992 estableció un modelo en el que las retribuciones satisfechas por los servicios portuarios se constituían como precios privados, por el contrario, la Ley 48/2003 efectuó una regresión al modelo de ingresos de Derecho Público. BARTOMUE TRIAS PRATS⁴⁰⁶ establece que ambos modelos están claramente invertidos al señalar:

“Si la Ley 27/1992 trató de simultanear ese modelo de financiación con una reserva de titularidad pública sobre los servicios portuarios, la Ley de 2003 ha determinado la puesta en juego de un proceso de auténtica apertura al sector privado. Podría afirmarse, aunque con algunas necesarias matizaciones, que las Leyes de 1992 y 2003 representan, por lo que se refiere a los servicios portuarios y a la economía de los organismos gestores, estrategias claramente invertidas. O para expresarlo más gráficamente, representan ecuaciones que unen a igual nivel términos contrapuestos. Así, el esquema de la Ley de 1992 vinculaba servicios monopolizados con ingresos de naturaleza privada, intermedio la «privatización» del régimen de prestación. En cambio, la Ley 2003 conecta percepciones de Derecho público con servicios prestados en régimen de competencia, a través en este caso del expediente de la liberalización de tales servicios”.

La Ley 48/2003 se encarga de recoger en su Exposición de motivos que con la misma se pretende establecer una flexibilidad del sistema, en cuanto a la fijación de la cuantía de las prestaciones, siguiendo la línea, que tras la STC 185/1995, de 14 de diciembre⁴⁰⁷, se había establecido, y que obligó a modificar la Ley de Puertos de 1992, por medio de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre. Con la Ley del 97 se determinó una nueva regulación de los elementos esenciales de los cánones, a fin de dar a dichas prestaciones patrimoniales de carácter públicos la debida cobertura legal. En concreto, por medio de esta Ley se estableció una

⁴⁰⁶ Ob.cit. TRIAS PRATS, BARTOMEU. “El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales”. Pág. 369.

⁴⁰⁷ BOE nº 11 de 12 de enero de 1996. Recurso de Inconstitucionalidad 1405/1989.

nueva redacción del Art. 70 de la Ley de 1992 relativo al ámbito y determinación de las tarifas por servicios portuarios.⁴⁰⁸

Uno de los argumentos fundamentales de la Sentencia 185/1995 cimentó la idea de que ante determinadas prestaciones patrimoniales de carácter público, no puede alegarse una potestad tarifaria que se quede al margen de las garantías derivadas del principio de reserva de Ley. Así pues, el Tribunal Constitucional determinó que en los casos en los que puedan apreciarse atisbos de una cierta coactividad, como elemento fundamental de una prestación patrimonial de carácter público, no puede calificarse a las tarifas como precios privados, que se determinarían por medio de Orden Ministerial, puesto que se conculca el principio de reserva de Ley

La STC 185/1995 de 14 de diciembre, no es el único antecedente jurisprudencial que se puede encontrar en relación con el significado de la expresión “*prestación patrimonial de carácter público*”, empleada en el Art. 31.3 de la CE, igualmente las STC/1997 de 28 de octubre y 233/1999 de 13 de diciembre analizaron el tema. Tiempo después, en el año 2005 el Tribunal Constitucional tuvo ocasión, de nuevo, de pronunciarse sobre las tarifas exigidas por la prestación de servicios portuarios en tres Sentencias, la STC 102/2005, de 20 de abril, 121/2005, de 10 de mayo y la 122/2005 de 11 de mayo.

La significación práctica de estas Sentencias quedó reducida, puesto que ya se había producido una reforma legislativa del modelo enjuiciado por medio de la Ley 48/2003. La mayor incidencia de estas Sentencias se centró en la legislación

⁴⁰⁸ La Ley 62/1997 de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE N° 312 de 30 de diciembre de 1997), estableció la siguiente redacción del Art. 70:

“1. Las Autoridades Portuarias exigirán por los servicios portuarios que presten el pago de las correspondiente tarifas. Estas tarifas tendrán en carácter de precios privados y deberán garantizar el objetivo de autofinanciación, evitar prácticas abusivas en relación con los tráficos cautivos, así como actuaciones discriminatorias y otras análogas. El Ministerio de Fomento definirá los supuestos y la estructura tarifaria a aplicar por los servicios prestados para el conjunto del sistema portuario, así como sus elementos esenciales.

2. Las Autoridades Portuarias aprobarán sus tarifas conforme a los criterios de rentabilidad que se establezcan, que en cualquier caso será positiva, y a las estrategias comerciales de cada Autoridad Portuaria.

Dichas tarifas se actualizarán con periodicidad anual, de acuerdo con la evolución de los diferentes componentes del coste de los servicios y con los criterios de política portuaria que se establezcan.

3. El tráfico portuario que utilice instalaciones en régimen de concesión administrativa construidas o no por particulares estará sujeto al pago a la Autoridad Portuaria correspondiente de las tarifas que se establezcan en las cláusulas concesionales, con las bonificaciones y exenciones que vengan determinadas en las mismas”.

autonómica en materia de puertos, en tanto que, las Comunidades Autónomas podían en sus legislaciones haber previsto la consideración de precios privados respecto de la remuneración de determinados servicios portuarios, que según su naturaleza, hubieran debido ser considerados como prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria.

En las tres Sentencias del 2005 el Tribunal Constitucional trató de determinar diversas cuestiones, por un lado, la naturaleza jurídica de las tarifas portuarias reguladas en la Ley 27/1992, es decir, si fue correcta la interpretación de las mismas como “precios privados”, o como, “prestaciones patrimoniales de carácter público”, y de otro, si se había vulnerado el principio de reserva de ley tributaria de los Art. 31.3 y 133.1 de la CE⁴⁰⁹. En los pronunciamientos del TC en las Sentencias del 2005 se acude en ocasiones a lo dispuesto en el Preámbulo de la Ley 48/2003 de 26 de noviembre, donde el legislador señaló: “...la nueva Ley incorpora, con creces, el mínimo de regulación exigido por la doctrina constitucional, garantizando la prohibición de cualquier discrecionalidad o libre actuación de las Administraciones portuarias. Pero, asimismo, y dentro de los límites marcados por dicha doctrina, permiten un margen de maniobra suficiente a aquellas para que, en función de criterios técnicos y de mercado, fijen la cuantía concreta y singular de cada una de las tasas...”.

Por lo que respecta a la prestación de servicios, las Sentencias del TC de 2005 concluyeron que podía sostenerse que existía una situación de monopolio en el caso de la actuación de las Autoridades Portuarias, en tanto que, éstas con la Legislación del año 1992, ostentaban la titularidad exclusiva en la prestación de servicios, así pues, según el FJ 5 de la STC 102/2005, los particulares que requerían hacer uso de determinados servicios portuarios “...se veían obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación”.

El legislador del 2003 pretendió reordenar el sistema de ingresos portuarios, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional que intentó plasmar en la Ley

⁴⁰⁹ La redacción de los artículos constitucionales determina:

Art. 31.3 “Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley”.

Art. 133.1 “La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante Ley”.

48/2003, partiendo de una nueva concepción sobre lo que debía entenderse por prestaciones patrimoniales de carácter público. Hasta la citada Sentencia del Constitucional, el modelo de percepciones se enmarcaba en la existencia de unos precios que debían pagar los usuarios de servicios portuarios en el marco de un contrato, por lo tanto, no se consideraban como tributos- tasas- por la realización de un hecho imponible. Por el contrario, el modelo adoptado por la Ley 48/2003 se decantó porque la financiación de los puertos se determinará mediante el sistema de tasas, adquiriendo un carácter residual la percepción de precios privados o tarifas. Así pues, se observa una diferenciación entre lo dispuesto en el Capítulo IV del Título I de la Ley relativo a las “*Tasas Portuarias*” (Art. 14 y ss) y el Capítulo V del mismo Título I que aludía “*De los precios privados por servicios prestados por las Autoridades Portuarias*”.

Las Sentencias del 2005 produjeron un gran número de rectificaciones de liquidaciones practicadas de acuerdo con la legislación anterior, por este motivo la *Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación sanitaria y para el sector del transporte por carretera*, en su Disposición Final Segunda, modificó la *Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*. De este modo, en aquellos supuestos en los que determinadas sentencias judiciales firmes en las que se declarara la nulidad de las liquidaciones de tarifas practicadas por las Autoridades Portuarias, tras la entrada en vigor de la Ley 27/1992 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003, como consecuencia de la nulidad de las disposiciones que les servían de cobertura, estas debían ser exigidas nuevamente por la Autoridad Portuaria a partir de la entrada en vigor de esta disposición, debiendo procederse a la práctica de una nueva liquidación.

Cuestión distinta a todo lo expuesto respecto de las tarifas portuarias, es el caso de los **cánones portuarios**, estos si fueron objeto de una revisión en la modificación de la Ley de puertos del año 1997, la propia Exposición de motivos de la Ley, se encargó de remarcar: “*Asimismo, se establece la regulacion de los elementos esenciales de los cánones, a fin de dar a dichas prestaciones patrimoniales de carácter público la debida cobertura legal, a raíz de la doctrina que se deriva de*

la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre". En este sentido la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, modificó la redacción del Art. 36 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, por el que se establecían las funciones de las Autoridades Portuarias⁴¹⁰. Asimismo, se modificó el Art. 69 relativo al "*canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario*", añadiendo un 69. bis en relación con "*canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales o industriales*", y un 69. ter, para el establecimiento de las exenciones.

En el siguiente apartado de forma breve se analizará el modelo diseñado en la Ley 48/2003, posteriormente, en el capítulo siguiente de esta tesis se estudiará el modelo diseñado por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, y que es bastante continuadora del modelo dual que seguidamente se expondrá, sin embargo, así como el legislador del 2003 sustentó la financiación de los puertos españoles en el modelo de tasas portuaria, estableciendo un carácter residual a los supuestos de percepciones de precios privados, la Legislación del 2010 diseña un modelo en el que ambas modalidades conviven en equilibrio.

2. Tasas portuarias y precios privados (tarifas) por servicios prestados por las Autoridades Portuarias en la Ley 48/2003.

2.1 El régimen económico en relación con el proceso liberalizador en los servicios portuarios.

El legislador del 2003 entendió que dado que su inspiración se había sustentado en las políticas comunitarias que propugnaban un nuevo marco de transporte más competitivo, tendente hacia la consecución de una total liberalización, el papel que debía desempeñar el régimen económico era fundamental. No en vano el Art. 1 de la Ley 48/2003 estableció entre sus principios y objetivos generales "*la mejora de la competitividad de los puertos de interés general*".

El Art. 8 de la Ley desarrollo dicho principio enfatizando que: "*Deberán, adoptar, entre otras, medidas encaminadas a la mejora de la calidad y de la eficacia en la*

⁴¹⁰ La redacción del Art. 36.m) relativa a las competencias de las Autoridades Portuarias quedó del siguiente modo: "Recaudar los cánones o precios públicos por las concesiones y autorizaciones otorgadas, vigilar el cumplimiento de las cláusulas y condiciones impuestas en el acto de otorgamiento, aplicar el régimen sancionador y adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección y adecuada gestión del dominio público portuario".

prestación de los servicios y la reducción del coste del paso de la mercancía a través de los puertos, promoviendo tarifas competitivas en los servicios portuarios, aplicando coeficientes correctores en las tasas portuarias y estableciendo bonificaciones, en los términos previstos, que permitan articular acciones comerciales adecuadas a cada tipo de tráfico en colaboración con el sector privado”.

De este modo, es más que evidente, la significación que la Ley remarca respecto del régimen económico en aras a la consecución de la competitividad de los puertos españoles. Con esta finalidad se instauró el **principio de libertad tarifaria** en el Art. 1.f). Dicho artículo establece el libre establecimiento para determinar el importe de las tarifas, de acuerdo con criterios de rentabilidad y política comercial. Dicho principio fue desarrollado de forma más exhaustiva en el Art. 7 de la Ley⁴¹¹, reservándose las Autoridades Portuarias, en el caso de los servicios prestados por el sector privado, únicamente, la facultad de establecer las tarifas máximas para el caso de los servicios básicos.

Teniendo en cuenta que el modelo instaurado en la Ley 48/2003 calificaba a la mayoría de los servicios portuarios como servicios básicos, sujetos a la iniciativa privada, a partir de la entrada en vigor de la Ley fueron las empresas privadas quienes percibieron dichas retribuciones; reservándose las Autoridades Portuarias la facultad de controlar, en algunas ocasiones, la potestad tarifaria, así lo dispuso el Art. 61.1.c) de la Ley: *“Son obligaciones de servicios público, de necesaria aceptación por todos los prestadores de servicios básicos en los términos en que se concreten en sus respectivos títulos habilitantes, las siguientes: (...) c. Someterse a la potestad tarifaria, cuando proceda, en las condiciones establecidas en las prescripciones particulares por las que se rige el título habilitante”.* De este modo, la mayoría de las retribuciones que los usuarios de servicios portuarios básicos remuneraban tenían la consideración de precios privados, en tanto que, eran prestados por operadores privados.

⁴¹¹ “1. Las Autoridades Portuarias establecerán libremente las tarifas en aquellos servicios comerciales que presten en concurrencia con la iniciativa privada, con los límites que se deriven de la obligación de evitar prácticas abusivas, así como actuaciones discriminatorias y otras análogas. Estas tarifas no podrán ser inferiores al coste del servicio.
2. Las tarifas por servicios prestados por el sector privado se fijaran libremente, sin perjuicio de las tarifas máximas que en los servicios portuarios básicos puedan establecer las Autoridades Portuarias.
3. El Ministerio de Fomento velará por asegurar la máxima autonomía de gestión de las Autoridades Portuarias en esta materia”.

Existe, no obstante, a pesar del notable ascenso de la iniciativa privada en el sector portuario, un supuesto en el que las Autoridades Portuarias continuaron teniendo la posibilidad de realizar servicios comerciales, tal y como lo recoge el Art. 90 de la Ley: *“La prestación de servicios comerciales por las Autoridades Portuarias estará limitada a aquellas actividades directamente relacionadas con la actividad portuaria que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones y, además, para atender a las posibles deficiencias de la iniciativa privada. En contraprestación por estos servicios, dichos organismos exigirán las correspondientes tarifas, que tendrán naturaleza de precio privado, y que vienen reguladas en el capítulo V del título I de esta Ley”*.

Así pues, las Autoridades Portuarias podían igualmente ser beneficiarias de ingresos considerados como precios privados. En este caso, se aplicaba igualmente el principio de libertad tarifaria, teniendo las Autoridades Portuarias la obligación de no realizar prácticas abusivas con el establecimiento de tarifas que no se ajustaran al coste del servicio.

2.2 El principio de autosuficiencia financiera portuaria.

El régimen financiero de los puertos es una cuestión estrechamente ligada a la propia supervivencia del sistema. LUIS COSCULLUELA MONTANER⁴¹² recordaba: *“En nuestro breve excursio histórico de la administración portuaria española hemos tenido ocasión de comprobar que el eje de la política y régimen de explotación de los puertos se encuentra en sus necesidades financieras derivadas de la complejidad técnica de las obras y del utillaje de los puertos”*. Es evidente por tanto, que un buen sistema financiero garantiza obtener los ingresos necesarios que hacen de soporte económico para la perduración de los puertos.

El modelo que recogió la Ley 48/2003 es el de la autofinanciación del sistema portuario, el Art. 3 señaló a esta cuestión: *“1. Los ingresos de las actividades ordinarias del sistema portuario estatal y de cada una de las Autoridades Portuarias deberán cubrir, al menos, los siguientes conceptos: a. Los gastos de explotación y los gastos financieros. b. Las cargas fiscales. c. La depreciación de*

⁴¹² Ob.cit. COSCULLUELA MONTANER, LUIS. *“Administración Portuaria”*. Pág. 105.

sus bienes e instalaciones. d. Un resultado razonable que permita hacer frente al coste de las nuevas inversiones y a la devolución de los empréstitos emitidos y de los préstamos recibidos”.

Con esta fórmula se pretendía que los puertos pudieran hacer frente a sus necesidades de diversa índole e igualmente conseguir un “resultado razonable”, expresión que podría asimilarse a un cierto margen de beneficio. Respecto de la rentabilidad, el mismo Art. 3.2 de la Ley se encargó de matizar que sería la propia Autoridad Portuaria la encargada de señalar su determinación anual, *“Para garantizar la autofinanciación del sistema portuario y de cada una de las Autoridades Portuarias de acuerdo con los respectivos planes de empresa, Puertos del Estado acordará con cada Autoridad Portuaria, en la forma prevista en el Art. 36 de esta Ley, el objetivo de rentabilidad anual de cada una de ellas atendiendo a sus características y condicionamientos específicos, a las diferencias en la situación competitiva, a la previsible evolución de la demanda, a las necesidades inversoras de cada Autoridad Portuaria y a las circunstancias especiales derivadas de las condiciones de alejamiento, insularidad y ultraperiferia, teniendo en cuenta el objeto global de rentabilidad fijado para el conjunto del sistema portuario, así como respetando, en todo caso, el principio de libre competencia”.*

En la consecución del objetivo de la autofinanciación, es evidente que las tasas y tarifas se consideraron por el legislador del 2003 como una pieza fundamental, así lo remarcó el Art. 16. f): *“La modificación de las cuantías fijas resultantes de la aplicación de los elementos de cuantificación de las tasas portuarias podrá efectuarse mediante orden ministerial, en función del objetivo de rentabilidad anual para el conjunto del sistema portuario, tomando en consideración las necesidades de inversión, el nivel de endeudamiento, la evolución de los costes, la eficacia en la gestión y la evolución de la demanda”.*

Una de las implicaciones que buscaba esta nueva normativa portuaria es el hecho de que la consecución de unos puertos autosuficientes, consecuentemente conllevaría a una mayor competitividad. Paradójicamente, el legislador optó por una vuelta al sistema de ingresos de naturaleza tributaria, lo que consecuentemente restaba libertad en el modelo comercial de los puertos, en tanto que, sus ingresos venían

marcados por una reserva de Ley, lo que significaba que su cuantificación estaba fuera del margen de control de las propias Autoridades Portuarias, como si ocurría en la anterior normativa. Este cambio venía motivado en gran medida por la doctrina constitucional que había rechazado el modelo legislativo anterior. No obstante, la propia Exposición de motivos señalaba que para compatibilizar dicha reserva legal, con criterios competitivos, se hacía necesaria una cierta flexibilización, para ello se recurrió al mecanismo de las bonificaciones, y en algunos supuestos al establecimiento de coeficientes correctores.⁴¹³

En primer lugar, respecto de los **coeficientes correctores**, el Art. 26 de la Ley⁴¹⁴, señalaba que tenía por finalidad precisamente, potenciar la competitividad de los puertos y garantizar el nivel de autofinanciación de cada Autoridad Portuaria. Dichos coeficientes correctores debían ser aprobados por los Consejos de Administración de cada Autoridad Portuaria, conforme a lo acordado en el correspondiente plan de empresa teniendo en cuenta, entre otros criterios, las necesidades de inversión, el nivel de endeudamiento, la mejora en la eficiencia, la previsible evolución de la demanda y el objetivo anual de rentabilidad definido para cada Autoridad Portuaria.

El segundo de los mecanismos, aludía a la posibilidad de establecer **bonificaciones**, que podían realizarse sobre la cuota de la tasa del buque, el pasaje o bien sobre la tasa de la mercancía, tal y como recogía el Art. 27 de la Ley. La regla general en materia de bonificaciones aplicables a las tasas portuarias, venía recogida en el Art. 16 d) de la Ley 48/2003⁴¹⁵.

⁴¹³ La Exposición de Motivos de la Ley 48/2003 remarcó esta flexibilidad al hacer referencia a las siguientes cuestiones: “Para lograr dicha compatibilización, la nueva Ley incorpora, con creces, el mínimo de regulación exigido por la doctrina constitucional, garantizando la prohibición de cualquier discrecionalidad o libre actuación de las Administraciones portuarias. Pero, asimismo, y dentro de los límites marcados por dicha doctrina, permiten un margen de maniobra suficiente a aquellas para que, en función de criterios técnicos y de mercado, fijen la cuantía concreta y singular de cada una de las tasas y, en particular, de las bonificaciones para potenciar a España como plataforma logística internacional para la captación de tráficos internacionales”.

⁴¹⁴ La literalidad del Art. señala: “Para potenciar la competitividad de los puertos, garantizar el nivel de autofinanciación de cada Autoridad Portuaria y favorecer el ajuste de sus ingresos a las desviaciones de su estructura de costes asociada a las infraestructuras portuarias, respecto de la media del sistema portuario, cada Autoridad Portuaria, en función de su rentabilidad de explotación, aplicará anualmente a las cuotas de las tasas del buque, del pasaje y de la mercancía un coeficiente corrector idéntico para todas ellas entre 0,85 y 1,15...”.

⁴¹⁵ “Con objeto de promover la competencia entre puertos, mejorar su competitividad, incrementar la inversión privada en infraestructuras, potenciar el papel del España como plataforma logística

El objetivo era igualmente potenciar la competitividad de los puertos españoles en el tráfico internacional, pero no era la única causa por la que podían establecerse bonificaciones, otros motivos recogidos en el mismo Art. 27 se refieren a la posibilidad de establecer bonificaciones para potenciar la intermodalidad , y así integrar a los puertos en las cadenas logísticas nacionales e internacionales. Igualmente, se recogía la posibilidad de que cada Autoridad Portuaria estableciera bonificaciones con el objetivo de potenciar la captación y consolidación de sus tráficos. En el caso de los puertos insulares cabía la opción de que estos establecieran bonificaciones especiales, dado su ubicación más alejada, tal fue el caso de los puertos de las Islas Canarias, Baleares y Ceuta y Melilla. Por último, la Ley recogía dos posibilidades, establecer bonificaciones para incentivar mejores prácticas medioambientales en los operadores portuarios o sencillamente para incrementar la calidad en la prestación de los servicios.

2.3 Diferente significación en el régimen financiero de los precios privados o tarifas y las tasas portuarias.

A la hora de conjugar la importancia de estos conceptos, es necesario reseñar que no todos los ingresos públicos portuarios tienen la misma significación, por ese motivo se considera necesario plantear una diferenciación, a partir de la configuración establecida en la Ley 48/2003, de los ingresos del sistema portuario:

- Los precios privados o también denominadas tarifas por servicios y actividades prestadas por las Autoridades Portuarias, bien sean servicios comerciales o servicios portuarios básicos, en este último caso, cuando actúen de forma subsidiaria a la iniciativa privada.
- Tasas portuarias.

Si se analizan cada una de estas categorías jurídicas, se aprecian las notables diferencias que el legislador del 2003 quiso remarcar entre ambas:

internacional, fomentar la intermodalidad, reforzar la captación y consolidación de tráficos, atender a las especiales condiciones de alejamiento e insularidad, incentivar mejores practicas medioambientales e incrementar la calidad en la prestación de los servicios, se establecerán bonificaciones en las correspondientes tasas, en los supuestos y con los limites previstos en esta Ley”.

a) Los precios privados o tarifas.

En este caso existe lógicamente el principio de libertad tarifaria, con la única limitación contenida en el Art. 61.1.c) relativo a las obligaciones de servicio público y que prevé la posibilidad de un cierto control de las Autoridades Portuarias en este ámbito. Para el caso de los precios privados por servicios prestados por las propias Autoridades Portuarias el Art. 31 señalaba. “*Las Autoridades Portuarias exigirán por los servicios comerciales que presten el régimen de concurrencia el pago de las correspondientes tarifas. Estas tarifas tendrán el carácter de precios privados y deberán contribuir a lograr el objetivo de autofinanciación, evitar prácticas abusivas en relación con los tráficos cautivos, así como actuaciones discriminatorias y otras análogas*”. Para el caso excepcional de que las Autoridades Portuarias prestarán servicios básicos, el Art. 76.1.h) establecía que será la propia Autoridad Portuaria la encargada de aprobar las tarifas.

b) Tasas portuarias.

Los Art. 14 a 18 de la Ley fueron los encargados de establecer la regulación relativa a las reglas generales aplicables a las tasas portuarias, dado que el objeto de análisis de esta tesis no es, propiamente, el régimen financiero, no nos detendremos en un análisis pormenorizado de los diferentes tipos de tasas portuarias recogidas en la legislación del 2003, únicamente se remarcarán aquellos aspectos que puedan afectar al servicio de estiba y desestiba portuaria.

En primer lugar respecto a lo que alude al ámbito de aplicación las tasas portuarias podían exigirse por dos tipos de conceptos:

- Tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público portuario.
- Tasas por la prestación de servicios no comerciales por las Autoridades Portuarias.

La primera de las reglas generales que la Ley recogió en el Art. 16 respecto de las tasas portuarias, es la siguiente: “*Las tasas portuarias responderán necesariamente a los objetivos de coordinación del sistema de transporte de*

interés general que el Gobierno establezca y al principio de autosuficiencia del sistema portuario, de forma que la suma de los productos de las mismas y de los demás recursos económicos del sistema portuario cubra los gastos de explotación y los gastos financieros, las cargas fiscales, la depreciación de sus bienes e instalaciones y un resultado razonable que permita hacer frente al coste de las nuevas inversiones y a la devolución de los empréstitos emitidos y de los prestamos recibidos. El objetivo de rentabilidad para el conjunto del sistema portuario se fijará por Ley y podrá ser revisado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en función de criterios de política de transporte, de la previsible evolución de la demanda y de las necesidades inversoras del sistema”.

Entre estas cuestiones destacar que la redacción del precepto recuerda a lo dispuesto en el Art. 3.2, en relación a la autofinanciación del sistema portuario, de este modo, es evidente, lo íntimamente ligados que estaban ambos conceptos en la concepción del sistema portuario para el legislador del 2003. Por otro lado, se remarca en este precepto que el objetivo de rentabilidad del conjunto del sistema portuario se fijará por Ley, estableciendo de este modo una reserva de Ley que no figura expresamente en el Art. 3.2 de la Ley.

Así pues, la Ley estableció dos vertientes respecto del concepto de rentabilidad:

De un lado, la rentabilidad de cada Autoridad Portuaria, fijada conjuntamente por cada entidad y Puertos del Estado. En este supuesto se establecía la obligación de valorar determinados condicionantes y siempre en el marco del objetivo global de rentabilidad fijado para el conjunto del sistema portuario. Circunstancia que lleva lógicamente a diferenciar, de otro lado, la rentabilidad del sistema portuario, cuyo margen debe establecerse por Ley.⁴¹⁶

Por lo que se refiere a la determinación de la cuantía de las tasas, solamente, a los efectos que resultan más interesante para esta tesis, recordar que el nuevo modelo

⁴¹⁶ NAVARRO FERNÁNDEZ, PABLO FRANCISCO. “La nueva regulación de las tasas portuarias contenida en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general”. Varios autores. La nueva legislación portuaria (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General). Consorcio Zona Franca de Vigo. Atelier. 2004. Pág. 191. Según este autor la rentabilidad del sistema portuario se traducía en una expresión matemática fruto de una operación aritmética: “en concreto, se calcula como el cociente entre el resultado del ejercicio después de impuestos y el inmovilizado neto medio del ejercicio, excluyendo el inmovilizado en curso”.

de ingresos públicos sujeto a una reserva legal, establecido en la Ley 48/2003 como consecuencia de la doctrina constitucional, determinó dos mecanismos correctores, en aras a la competitividad del entorno portuario español en el marco internacional, los coeficientes correctores y las bonificaciones, figuras que ya han sido objeto de análisis en el apartado anterior.

Concluyendo con el análisis de las tasas reseñar que la Ley del 2003 preveía un régimen de exenciones para los diversos supuestos de tasas, entre los beneficiarios de estas exenciones se encontraban los organismos y entidades de las Administraciones Públicas en determinados casos, generalmente, relacionados con la vigilancia e inspección. Igualmente, entidades de carácter humanitario, como Cruz Roja del Mar también estaban exentas del pago de determinadas tasas, en el desempeño de sus labores.

V. SISTEMATIZACIÓN DE LOS CAMBIOS MÁS SIGNIFICATIVOS DE LA NORMATIVA CONTENIDA EN LA LEY 48/2003.

Seguidamente, se tratarán de enumerar, a modo de resumen, los aspectos más reseñables de la legislación del 2003, teniendo en cuenta que la significación de esta Ley es más que evidente en el conjunto del Ordenamiento portuario español.

- a) Por primera vez se encumbraron principios como la **privatización y la liberalización** de determinados servicios, con una larga tradición monopolista. Tras la entrada de España en la Unión Europea, los servicios portuarios debían adaptarse, como antes lo habían hecho otros sectores de actividad o mercados calificados de interés general, a las reglas comunitarias. Esta adaptación supuso la incorporación de fórmulas organizativas y de procedimiento jurídico-privadas en las Administraciones portuarias, también la desaparición de diversas empresas públicas, como es el caso en el sector de la estiba, y por último, y conectado igualmente con el servicio de estiba, la desaparición de monopolios públicos de determinados servicios.
- b) El cambio operado tras la privatización de servicios generó consecuentemente, un cambio en la tradicional **noción de servicios públicos en el contexto portuario**, con la nueva Ley, estos pasaron a

tener nuevas denominaciones, en el caso de los servicios portuarios de estiba y desestiba, estos pasaron a ser considerados como servicios básicos, reservándose las Autoridades Portuarias la facultad de establecer determinadas obligaciones de servicio público. De este modo las administraciones públicas abandonaron su papel de prestadoras de servicios para adoptar nuevos roles más relacionados con la tutela de los intereses generales.

- c) Consecuentemente, tras los cambios anteriores la **organización portuaria** se vio notablemente alterada. Los poderes públicos implicados en el marco portuario, Autoridades Portuarias y el organismo estatal de Puertos del Estado debieron acomodarse a los nuevos postuladores liberalizadores del sector, por este motivo sus encomiendas se vieron modificadas. De este modo, los poderes públicos desarrollaron funciones tales, como la creación de infraestructuras, la ordenación del tráfico portuario y principalmente, el actuar como garantes de la libre competencia entre operadores privados. Así pues, los poderes públicos pasaron de ser actores principales en el entorno portuario, para pasar a ser meros acomodadores de las empresas privadas, garantizando que estas pudieran actuar en las mejores condiciones. Este nuevo papel de los poderes públicos, como reguladores del mercado en el sector portuario, en ocasiones generó una cierta ambigüedad, porque en determinados supuestos los organismos públicos siguieron prestando servicios portuarios y comerciales, aunque fuera de forma subsidiaria, a pesar de la preeminencia del ámbito privado.
- d) Respecto de la actuación, tanto de las Autoridades Portuarias, como de Puertos del Estado, la Ley del 2003 establecía que bajo su denominación de organismos públicos, estos debían adoptar su actuación al **ordenamiento jurídico privado**, con la única salvedad de los casos en los que se les atribuya el ejercicio de las funciones de poder público, en esos casos su actuación estaba sujeta al Derecho público, el caso más importante, son las cuestiones relativas al dominio portuario. Igualmente, en materia de contratación, y en consonancia nuevamente con la normativa comunitaria, estos debían someterse a los principios de publicidad y concurrencia.

- e) Uno de los aspectos más trascendentes que fueron modificados por la Ley del 2003, fue el **régimen económico**, cambiando el sistema de retribución de los servicios, las llamadas tarifas portuarias, en ingresos de Derecho Público y naturaleza tributaria. El punto de partida fue la doctrina constitucional sobre el concepto de prestaciones patrimoniales de carácter público, estas con anterioridad a la Ley 48/2003 fueron consideradas como precios privados, pero el alto tribunal entendió que tras esta calificación se escondían determinadas prestaciones coactivas, y por tanto, no podían obviarse las previsiones constitucionales que sobre las mismas recogía la CE de 1978, principalmente la reserva de Ley tributaria.

El TC determinó que las prestaciones patrimoniales de carácter público podían devenir tanto de relaciones sujetas al Derecho privado, como al Derecho público, por este motivo cuando se dictó en la Disposición Transitoria Segunda de la *Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social*⁴¹⁷, la regulación de un régimen transitorio aplicable a las tarifas por servicios portuarios prestados por las Autoridades Portuarias, en realidad no se produjo ninguna modificación de lo dispuesto en el Art. 70.2 de la Ley del 92, en tanto que se seguía sustentando la idea de la naturaleza privada y no tributaria de los ingresos portuarios.

- f) En el ámbito de los servicios de estiba y desestiba los cambios más relevantes se centraron, por un lado en la transformación de las SEED en APIE, y de otro lado, el establecimiento de la autoprestación o autoasistencia portuaria, cuestiones ambas que han sido estudiadas en detalle a lo largo de este trabajo.

⁴¹⁷ “Disposición Transitoria Segunda. Régimen transitorio aplicable a las tarifas por servicios portuarios prestados por las Autoridades Portuarias.

La Disposición Transitoria Tercera de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, queda redactada del siguiente modo:

Hasta que se produzca la entrada en vigor de la Ley que regule la libertad tarifaria y la modificación de los aspectos económico-financieros de los puertos del Estado que de ella se deriven, resultará plenamente aplicable en cuanto, estructura y elementos de las tarifas lo dispuesto, en las demás leyes reguladoras y en la Orden del Ministerio de Fomento de 30 de julio de 1998, por la que se establece el régimen de las tarifas por servicios portuarios prestados por las Autoridades Portuarias, cuya modificación solo podrá hacerse por una norma con rango de Ley, así como la Orden del Ministerio de Fomento de 30 de julio de 1998, por la que se establecen los límites máximos y mínimos de las tarifas por servicios prestados por las Autoridades Portuarias, y la Orden de 16 de diciembre de 1998, de Adaptación de la Orden de 30 de julio de 1998, por la que se establece el régimen de las tarifas por servicios portuarios prestados por las Autoridades Portuarias, al artículo 6 de la Ley 30/1998 de 29 de julio de Régimen Especial de las Illes Balears.”

VI. LA LEY 33/2010, DE 5 DE AGOSTO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 48/2003, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LOS PUERTOS DE INTERÉS GENERAL.

1. Antecedentes y objetivos generales de la Ley.

La primera de las cuestiones que destacan de esta nueva Ley es que era una modificación de la anterior, por lo tanto, no se trataba de establecer una total alteración de la regulación vigente, sino de introducir algunos cambios. Igualmente, como se estudiara más adelante, el TRLPMM, por su propia técnica legislativa, tampoco supondrá un cambio de planteamientos, solamente, una reestructuración del sistema normativo portuario disperso en diversos textos legales.

A lo largo de los últimos veinte años se han acometido distintas reformas parciales en la normativa portuaria, partiendo de la idea de que las líneas básicas del origen del sistema portuario, tal y como, se concibe hoy en día, nacieron con la promulgación de la Ley de 1992. De todas las reformas, probablemente, la más significativa fue la del 2003 al instaurar un cambio de posicionamiento dirigido hacia la liberalización de los servicios portuarios, como se ha tenido ocasión de analizar en los apartados anteriores de esta tesis. La Ley 33/2010 continuó esta misma línea, el propio Preámbulo de la Ley así lo señalaba: *“...se considera conveniente reforzar la normativa que, desde comienzos de la década pasada, partiendo de la Ley 27/1992, instauró los principios de autonomía de gestión y autosuficiencia económica-financiera de los puertos de interés general, siguiendo con la Ley 62/1997, que incorporó la participación de las Comunidades y Ciudades Autónomas a la gestión de las Autoridades Portuarias, y continuando con la Ley 48/2003, que adapta el sistema tarifario portuario a la obligada naturaleza de tasas, avanza en la liberalización de los servicios portuarios e incorpora una completa regulación del dominio público portuario para potenciar la participación e inversión de la iniciativa privada en la actividad portuaria, ha facilitado el espectacular desarrollo de los puertos españoles de interés general, con el objeto de adaptarla a las necesidades derivadas de coyunturas económicas rápidamente cambiantes”*.

La segunda de las cuestiones a tener en cuenta de la Ley 33/2010, es que según dispuso la Disposición final Sexta, la Ley entró en vigor, salvo algunas excepciones⁴¹⁸, a los veinte días desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado el día 7 de agosto de 2010. Cuestión que suscitó algunas complejidades dado la trascendencia de la regulación y el sector al que se refería.

A esta cuestión también debe añadirse el particular régimen de entrada en vigor, que la propia Ley 33/2010 recogió en sus cinco disposiciones transitorias, relativas a temas tan relevantes como: a) Disposición transitoria primera. Aplicación de las tasas de utilización a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. b) Disposición transitoria segunda. Licencias de prestación de servicios portuarios básicos. c) Disposición transitoria tercera. Manipulación de medios mecánicos de las Autoridades Portuarias. d) Disposición transitoria cuarta. Régimen transitorio aplicable a los Planes de utilización de los espacios portuarios y a los Planes Directores. e) Disposición transitoria quinta. Pliegos Reguladores de los servicios portuarios básicos. Todas estas interinidades se sustentaban en la idea recogida en la Disposición final séptima, por la que se autorizaba al Gobierno para dictar un Texto Refundido en el plazo de seis meses a partir de la publicación, plazo que concluyó el 7 de febrero del 2011. Hubo que esperar hasta el 20 de octubre del 2011 para efectivamente tener el Texto Refundido, en el que además, se recogieron los preceptos vigentes de la Ley 27/1992 y de la Ley 48/2003.

Como tercera premisa señalar los aspectos más generales que modificó la Ley 33/2010, en líneas generales se trató de seguir la senda establecida en la Ley del

⁴¹⁸ La literalidad de la Disposición Final Sexta señala como excepciones a la entrada en vigor de la Ley las siguientes: “El artículo primero relativo a la modificación del Título I de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, y disposiciones adicionales y transitorias aplicables a este Título, con la excepción del artículo 10.9 letra f), del artículo 19.3 y del artículo 19.4, cuya entrada en vigor coincidirá con la de la de primera Ley de Presupuestos Generales del Estado, o en la que en su caso corresponda, que apruebe los coeficientes correctores de las tasas del buque, del pasaje y de la mercancía que corresponden a cada Autoridad Portuaria de acuerdo con lo previsto en la letra g) del artículo 7 y en la disposición adicional vigésimo primera de esta ley. El artículo 10.9. letra f), el artículo 19.3 y el artículo 19.4 entraran en vigor conjuntamente con el resto de la presente ley que no afecta al Título I, a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, siendo sus efectos de aplicación a las tasas que se devenguen en el año de su aprobación.

Transitoriamente, hasta la completa entrada en vigor del artículo primero, para la aplicación de los apartados 3 y 4 del artículo 19 será necesario únicamente el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, previo informe vinculante de Puertos del Estado”.

2003, por la que los puertos españoles orientaron sus servicios portuarios hacia una mayor competencia. Así lo recogió el Preámbulo de la Ley al mencionar: “*La aportación de esta Ley al marco normativo citado es la flexibilización del modelo tarifario para que cada Autoridad Portuaria pueda adaptarse a la realidad económica de cada momento y el refuerzo y profundización en la liberalización de los servicios portuarios y de la actividad económica y comercial que se desarrolla en los puertos, consiguiendo así que el conjunto de la legislación portuaria sea el cimiento estable para la mejora continua de la competitividad del sistema portuario de interés general en conjunto y de cada uno de los puertos que lo integran, asegurando el cumplimiento de su misión, que no es otra que coadyuvar al desarrollo económico y social del país*”.

Para lograr este objetivo el legislador partió de una concepción de los puertos de interés general que se sustenta en el modelo “*landlord*”⁴¹⁹, o también conocido como “*puerto propietario*”, considerando que de este modo se alcanzaría un modelo de gestión portuaria que garantizaría una mayor competitividad del sistema portuario español⁴²⁰. Como inciso mencionar que existen diversos tipos de gestión portuaria en el que se combinan las titularidades del sector público y del sector privado:

- *Modelo Service Port* (Puerto Público). La autoridad portuaria pública es la encargada directa de prestar los servicios necesarios del puerto, siendo la propietaria de todas las infraestructuras y equipamientos.

⁴¹⁹ Este modelo de gestión portuaria se sustenta en la idea de que las autoridades públicas, en nuestro sistema las Autoridades Portuarias, son propietarias de un puerto, y toman decisiones sobre cuestiones tales como: la reserva de espacio, el desarrollo de infraestructuras, y la asignación de usos de los espacios portuarios. Igualmente, se encargan de las labores de control y seguridad en el ámbito portuarios, tanto de instalaciones públicas como privadas.

Entre las características de este modelo destacan:

- Los servicios de remolque y practicaje son prestados por las propias autoridades públicas o bien por empresas privadas.
- El puerto está dividido en varias terminales independientes, de las que se hacen cargo los operadores de cada una de ellas, debiendo acometer su mantenimiento.
- Las infraestructuras comunes serán responsabilidad de las autoridades públicas.

⁴²⁰ El Preámbulo de la Ley recogió esta idea: “Para avanzar en estos objetivos, los puertos de interés general tienen que conformarse como puertos «Landlord avanzados», como se califican en alguna terminología portuaria, facilitadores de la actividad económica, de la competitividad de nuestro tejido social y empresarial y de su sostenibilidad ambiental, así como coordinadores de los diferentes agentes y administraciones que intervienen en el paso por puerto de buques y mercancías”.

- *Modelo Tool Port* (Puerto Proveedor). La autoridad portuaria pública es la propietaria de las infraestructuras, así como de los equipamientos e inmuebles del entorno portuario, pero es el sector privado el encargado de realizar los servicios, generalmente en régimen de concesión o licencia.
- *Modelo Private Port* (Puerto Privado). En estos casos se trata de puertos proveedor de servicios privados o de uso exclusivo de una empresa. En estos supuestos la autoridad pública no es la titular del espacio portuario, por lo que los operadores privados son los encargados de toda la inversión, e incluso en algunos supuestos la autoridad portuaria pública tampoco ejerce la función reguladora.

El legislador al optar por el *modelo Landlord avanzados* se reservaba la titularidad del espacio portuario en su conjunto. Con este sistema la autoridad portuaria pública da en concesión el espacio portuario a diversas empresas privadas, que serán las encargadas de realizar la prestación de servicios. De este modo, el puerto suele estar dividido en diferentes terminales, de las que se encarga cada operador privado. Igualmente, de las infraestructuras necesarias para la puesta en funcionamiento también se encargan los operadores privados, tanto de su inversión como de su mantenimiento. Las autoridades portuarias públicas en este sistema suelen adoptar el rol de agente regulador de la actividad y administrador del dominio público.

En España este modelo ha tenido tradicionalmente una particularidad, que alude directamente al objeto de análisis de esta tesis, si bien, en el modelo *landlord* las empresas privadas contratan a su propio personal, en algunos supuestos, una parte de los trabajadores puede proceder de una entidad de gestión de personal para la realización de trabajos portuarios, que cubre todo el ámbito de servicios del puerto, este fue el caso de las SEED.

En base a este modelo el legislador continuó con la idea de reforzar la autonomía de gestión portuaria y la autosuficiencia económica-financiera de los puertos de interés general, por este motivo se modificó el Título I de la Ley 48/2003, relativo al régimen económico del sistema portuario de titularidad estatal. El hecho de que los presupuestos de las autoridades portuarias sean independientes, y no se recojan

en los Presupuestos Generales del Estado, da cierta seguridad al sistema portuario, en tanto que, garantiza las inversiones necesarias. Si se tiene en cuenta el momento actual por el que pasan las economías de muchos países, de no ser por el modelo de autosuficiencia económica de los puertos, muchas inversiones no serían acometidas, puesto que tal vez, hubieran sido objeto de severos recortes presupuestarios.

Seguidamente, se expondrán las modificaciones más reseñables de la Ley en dos ámbitos, el régimen económico y la prestación de servicios:

- **En particular, entre las novedades que supuso la nueva Ley, por lo que se refiere al régimen económico las más significativas fueron las siguientes:**
 - a) Siguiendo la línea marcada por el Tribunal Constitucional, la Ley insistió en la condición de tasas de las antiguas tarifas portuarias. Respecto de las tasas portuarias exigidas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público portuario, y por la prestación del servicio de señalización marítima, estas recibieron una nueva denominación pasando a denominarse: tasa de ocupación (relativa a la utilización privativa del dominio público portuario), tasa de actividad (en relación con el ejercicio de actividades comerciales, industriales o de servicios) y tasa de utilización (alude a la utilización especial de instalaciones portuarias, entre otras puede referirse a la tasa del buque, del pasaje, o de las mercancías).
 - b) En el caso de la tasa por utilización, si bien se estableció una estructura y cuantía básica común para todas las Autoridades Portuarias, se recogió la posibilidad de que cada Autoridad Portuaria señalara los coeficientes correctores que se aplicarían bien sobre el buque, el pasaje o la mercancía, con el objetivo de incrementar la competencia leal entre puertos. Estos nuevos coeficientes debían recogerse en un Plan de Empresa y debían ser aprobados en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Evidentemente, esto supuso una gran novedad dado que rompía la uniformidad del sistema portuario español, permitiendo que cada Autoridad Portuaria adoptara una política empresarial acorde con su

propia realidad física, económica, posibilitando una mayor competitividad del sector tanto en el ámbito nacional como internacional⁴²¹. No obstante para evitar situaciones de competencia desleal, por Ley se establecieron unos límites a las propuestas que podían determinarse por las Autoridades Portuarias.

c) Tanto en el caso de las tasas de utilización, como en las de actividad, el régimen de bonificaciones también sufrió modificaciones, recogándose modalidades nuevas como la recogida en el Art. 19.4 de la Ley, relativa a la posibilidad de instaurar una bonificación para potenciar y consolidar el papel de España como plataforma logística internacional, en un claro intento de hacer más competitivo el sector portuario español.

d) Se suprimieron las tasas por servicios generales.

- **Otro ámbito en el que se produjeron significativos cambios fue en lo relativo a la prestación de servicios.**

De este apartado se detrae el análisis del servicio de manipulación, por ser propiamente el objeto de análisis de esta tesis, y dado que con esta nueva regulación del año 2010 se plantea un importante cambio de planteamientos, las novedades legislativas recogidas en la Ley 33/2010 serán analizadas en un apartado independiente. En líneas generales, por lo que se refiere a la prestación de servicios, el Artículo segundo de la Ley 33/2010 modificó el Título III de la Ley 48/2003, señalando una nueva redacción del Art. 56, en concreto el punto 3, en el que se determinó una nueva clasificación de los servicios portuarios: servicios generales, servicios portuarios, servicios comerciales y servicios de señalización marítima.

Así desapareció la antigua denominación de servicios portuarios básicos pasando a ser considerados sencillamente como servicios portuarios. Su definición se

⁴²¹ El Preámbulo de la Ley señalaba: “La aportación de esta Ley al marco normativo citado es la flexibilización del modelo tarifario para que cada Autoridad Portuaria pueda adaptarse a la realidad económica de cada momento y el refuerzo y profundización en la liberalización de los servicios portuarios y de la actividad económica y comercial que se desarrolla en los puertos, consiguiendo así que el conjunto de la legislación portuaria sea el cimiento estable para la mejora continua de la competitividad del sistema portuario de interés general en conjunto y de cada uno de los puertos que lo integran, asegurando el cumplimiento de su misión, que no es otra que coadyuvar al desarrollo económico y social del país”.

estableció en el Art. 59⁴²² y expresamente, se señaló a las labores de estiba y desestiba portuaria como servicio portuario de manipulación de mercancías.

Los **servicios generales** fueron considerados como los servicios comunes de los que podían beneficiarse todos los usuarios del puerto sin necesidad de solicitud, igualmente, entraban dentro de esta categoría aquellos servicios necesarios para el cumplimiento de las funciones propias de las Autoridades Portuarias, como por ejemplo el servicio de policía en las zonas comunes. Por lo que se refiere al régimen de prestación de los servicios generales, la Ley estableció que serían las Autoridades Portuarias las encargadas de llevarlos a término, sin perjuicio de que su gestión pudiera encomendarse a terceros cuando no se pusiera en riesgo la seguridad y, por supuesto, siempre que no implicaran el ejercicio de autoridad.

Por lo que se refiere a los **servicios comerciales**, considerados como aquellas actividades de prestación de naturaleza comercial que, no teniendo carácter de servicios portuarios, estuvieran vinculadas a la actividad portuaria, tampoco se establecieron cambios significativos, el Art. 87 señalaba que estos seguían prestándose en régimen de competencia, y para su realización se requería de la obtención de autorización de la Autoridad Portuaria.

Aun a pesar de estos cambios de denominación las modificaciones de la nueva Ley 33/2010, respecto de la regulación del 2003, por lo que se refiere a la prestación de servicios, no fueron muy significativas, se siguió la línea de mantener el libre acceso reglado a la prestación de servicios en un contexto de libre y leal competencia entre operadores. En este ámbito se introdujeron algunas

⁴²² “Artículo 59. Concepto y clases de servicios portuarios.: 1. Son servicios portuarios las actividades de prestación que sean necesarias para la explotación de los puertos dirigidos a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, y que sean desarrolladas en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias.

2. Tienen la consideración de servicios portuarios los siguientes:

a) Servicios Técnico-náuticos:

1º Servicio de practicaje.

2º Servicio de remolque portuario.

3º Servicio de amarre y desamarre.

b) Servicio al pasaje, que incluye: el embarque y desembarque de pasajeros, la carga y descarga de equipajes, y la de vehículos en régimen de pasaje.

c) Servicios de recepción de desechos generados por buques, que incluye: la recepción de los desechos y residuos del anexo I y/o del anexo IV y/o del anexo V y/o del anexo VI del Convenio MARPOL 73/78, según lo establecido en el artículo 80 de esta Ley.

d) Servicio de manipulación de mercancías, que consiste en la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el trasbordo de mercancías.”

de las modificaciones planteadas por la Comisión Nacional de la Competencia⁴²³ en aras a evitar situaciones de posición dominante.

Al respecto, en ulteriores apartados de esta tesis se hará un análisis con más detalle, solamente, adelantar que el Anteproyecto pretendía restablecer el carácter de servicio público de los servicios portuarios y un sistema de gestión indirecta con el que las empresas privadas que se harían cargo de la prestación de servicios a través del sistema concesional; la Comisión Nacional de la Competencia valoró que este planteamiento podía ser limitador de la competencia, en tanto que, se atribuía una mayor facultad de control de las Autoridades Portuarias sobre las empresas prestadoras. El Informe señaló que detrás de este nuevo planteamiento subyacía la intención de intervenir en el mercado de una forma más activa por parte de los poderes públicos⁴²⁴.

Únicamente, por lo que se refiere a la consideración de algunos servicios en particular, mencionar que la Ley incidió notablemente en el servicio portuario de recepción de desechos procedentes de buques, recogido en el Art. 80 de la Ley⁴²⁵, para adaptarse a la normativa comunitaria al respecto, por lo demás, al no ser objeto de análisis de esta tesis no se realizara un análisis detallado del régimen

⁴²³ Disponible en: www.cncompetencia.es. Informe 06/2009 Puertos de interés general. Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el Anteproyecto de modificación de la Ley 48/2003.

⁴²⁴ *Íbidem*. “Sin embargo, el sistema de gestión indirecta resulta más limitador de la competencia por varios motivos. Por una parte, el empleo de contratos de prestación de servicios portuarios permite cerrar el acceso al mercado por el plazo de vigencia de cada uno de ellos. Y por otra, el mecanismo del contrato supone un mayor control de la Autoridad Portuaria sobre las empresas prestadoras, tras lo cual subyace la voluntad de intervenir en el mercado de una manera más activa. Esa intervención se realiza a través de distintos instrumentos, algunos de los cuales ya están presentes en la Ley vigente, tales como la posibilidad de limitar el número de operadores, la posibilidad de que empresas privadas participadas por la Autoridad Portuaria correspondiente presten servicios, o en última instancia, la posibilidad de las Autoridades Portuarias de entrar en el mercado ante la «ausencia o insuficiencia» de prestadores”. (Pág. 6 del Informe).

⁴²⁵ El Preámbulo de la Ley mencionaba: “Por lo que se refiere al servicio portuario de recepción de desechos procedentes de buques, las modificaciones incluidas en esta Ley mejoran la regulación de la tarifa fija que deben abonar todos los buques que atraquen en un puerto, hagan o no uso de este servicio, teniendo en cuenta el espíritu de la Directiva 2000/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre, sobre instalaciones portuarias de recepción de desechos generados por buques y desechos de carga y del Real Decreto 1381/2002, modificado por el Real Decreto 1084/2009, que la traspone a la legislación española, con el objeto de estimular la entrega de los desechos y residuos generados por los buques a las plantas de recepción y tratamiento y evitando su vertido al mar durante la navegación; sin que la tarifa fija, en tanto que imposición de carácter público, sea un factor que incida en la competencia entre puertos y respetando simultáneamente el régimen general de prestación de los servicios portuarios.”

jurídico de cada uno de los servicios, a excepción del estudio en detalle del servicio de estiba y desestiba.

Así pues, en líneas generales el esquema trazado por la Ley 33/2010 es bastante continuista con la legislación anterior, la prestación de servicios seguía recayendo en la iniciativa privada en régimen de libre concurrencia, igualmente, el Art. 60 de la Ley seguía manteniendo, en cuanto al régimen de prestación de los servicios portuarios, determinadas obligaciones de servicio público, tales como la cobertura universal, la continuidad o regularidad de los servicios en función de las características de la demanda. Las Autoridades Portuarias continuaban manteniendo el control sobre la actuación de los operadores privados y el primer mecanismo de control en el que la Ley incidió de forma sustancial, fue en una exhaustiva regulación de los pliegos de prescripciones particulares de los servicios portuarios (Art. 62).

Una de las cuestiones más destacables por lo que se refiere al régimen de prestación de los servicios fue la que aludía a la regulación de incompatibilidades que estableció la nueva Ley. La finalidad radicaba en garantizar la competencia entre operadores, por este motivo el Art. 70 señaló una serie de medidas, entre las que destacaba la siguiente: *“Cuando el titular de la licencia para la prestación de un servicio portuario ostente una cuota de mercado superior al 50 % de la actividad relacionada con la prestación de dicho servicio portuario, en un puerto, (medida en términos que determinaba la propia Ley), o alcance dicho porcentaje a través de otras licencias en cuyos titulares tenga influencia efectiva”*. Para la consideración de la influencia efectiva, en el caso de las sociedades mercantiles, la Ley estableció que para su valoración debía acudir al régimen general del Código de Comercio y la normativa sobre sociedades. A efectos de poder comprobar que no se incurría en esta incompatibilidad el Art. 70.3 determinó que las empresas autorizadas para la prestación de servicios portuarios estaban obligadas a comunicar a las Autoridades Portuarias su composición accionarial, así como los cambios significativos en la misma.

Por último en cuanto a la prestación de los servicios, señalar que otra de las modificaciones de la Ley 33/2010 consistió en la reducción de los plazos máximos de duración de las concesiones, la nueva normativa contenida en el Art.

63 de la Ley. En concreto, para el servicio de estiba y desestiba se diferencian en razón de la inversión realizada, si esta no era considerada como significativa el plazo de la licencia era de 6 años, por el contrario si se consideraba que la inversión en equipos y material móvil si era significativa, el plazo podía oscilar entre los 10 y los 20 dependiendo de si había atraque en concesión o autorización, en esta misma línea, si la inversión era significativa en obras o instalaciones que tuvieran incidencia en la prestación del servicio, este plazo podía aumentarse hasta los 35 años.

Como ya se ha avanzado en alguna ocasión a lo largo de este trabajo, en el año 2014 estos plazos se han visto ampliados al constituirse una nuevo régimen de duración de las concesiones portuarias en los puertos de interés general, por medio de la promulgación en un primer momento del *Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia*, así como, por la posterior aprobación de la *Ley 18/2014 de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia*, que ha dado una nueva redacción al Art. 82 del TRLPMM. Más adelante en apartados posteriores de esta tesis se analizará con más detalle que supone y el porqué de esta ampliación en los plazos concesionales.

2. El servicio público de estiba y desestiba tras la aprobación de la ley 33/2010.

2.1 Cuestiones generales.

En cuanto al servicio de estiba y desestiba la novedad más significativa de la nueva legislación fue la incorporación de un nuevo Título V a la Ley 48/2003, según el Preámbulo con la finalidad de tener agrupada de forma ordenada y completa toda la regulación del régimen de gestión de los trabajadores que desarrollaban el servicio de estiba y desestiba.

Pero antes de pasar al análisis del nuevo Título, indicar que la Ley en el Título III relativo a "*La prestación de servicios*" señaló en el Art. 79 cual debía ser la definición y el ámbito de los servicio portuarios de manipulación de mercancías señalando: "*Se consideran integradas en este servicio portuario las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico*

marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre estos y tierra y otros medios de transporte. Para tener la consideración de actividades incluidas en este servicio deberán realizarse íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto y guardar conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado". De este modo, el requisito fundamental para entender que nos encontramos dentro del ámbito de actuación del servicio de manipulación de mercancías, es que este se desarrolle íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto. En concreto, los apartados a) y b) del Art.79 determinaban el conjunto de actividades que propiamente se referían a la carga y estiba o desestiba y descarga.

Otra de las novedades establecida en la Ley 33/2010 venía recogida en el Art. 89, al establecer que las operaciones de entrega y recepción de la mercancía, depósito, remoción y traslado de cualquier tipo, dejaban de estar consideradas como integrantes del servicio de manipulación de mercancías, pasando a ser consideradas como servicios comerciales. Cuestión que enlaza con la necesidad de que el servicio se preste dentro de la zona de servicio del puerto.

Igualmente, quedaron exentas de la consideración como servicio portuario de manipulación de mercancías las operaciones que se realizaran en instalaciones portuarias en régimen de concesión o autorización, si dichas actividades estaban directamente relacionadas con plantas de transformación, instalaciones de procesamiento industrial o envasado de mercancías propias que se movieran por la terminal marítima, con la excepción de que estas fueran realizadas por una empresa estibadora.

La significaciones de estas exclusiones tuvo una repercusión directa con los trabajadores portuarios, en tanto que, solo las actividades integrantes del servicio de estiba y desestiba, que fueran realizadas en concesión o autorización, debían ser llevadas a término por trabajadores cualificados, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de formación y aptitud. Al respecto, el nuevo Título V incluido en la Ley del 2010, relativo al "*Régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías*", estableció en su Capítulo III "*De los requisitos de capacitación de los trabajadores que realicen actividades del servicio portuario*

de manipulación de mercancías”. Los Art. 144 y 145 señalaron las exigencias de calificación exigida para los trabajadores portuarios encargados del servicio de estiba y desestiba.

Así pues, al excluir determinadas actuaciones del ámbito de actuación del servicio de manipulación de mercancías, según plantearon asociaciones representativas del sector como la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar en alegaciones presentadas sobre el borrador de la Ley de Puertos, se producía una “*desprofesionalización*” del trabajo de los estibadores portuarios.

2.2 Principales aportaciones incorporadas en el nuevo Título V de la Ley 33/2010. El nuevo régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

El nuevo Título se estructuraba en cinco Capítulos, relativos a cuestiones diversas: Capítulo I “*De las Sociedades de Gestión de la puesta a disposición de trabajadores*”, Capítulo II “*Del régimen laboral aplicable a los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías*”, Capítulo III “*De los requisitos de capacitación de los trabajadores que realicen actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías*”, Capítulo IV “*De la transformación de las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico y de la adaptación de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba*”, y por último, Capítulo V “*De la utilización de los servicios de la SAGEP por las empresas autorizadas a la realización de actividades comerciales del Art. 79.3.c) de esta Ley*”.

Por consiguiente, el Preámbulo de la Ley 33/2010 se encargó de enumerar las diferentes medidas adoptadas con la incorporación de este nuevo Título, todas ellas encaminadas a impulsar la competitividad en la prestación del servicio portuario de estiba y desestiba:

- El fomento de la contratación de trabajadores portuarios en relación laboral común por encima del 25% legalmente exigible con carácter general, tanto a través de la bonificación correspondiente a la tasa de actividad, como en la determinación de los plazos concesionales a las empresas de estiba.

- El incremento de la relación laboral común a medida que el mercado lo permita como consecuencia de la reducción de las irregularidades del tráfico y de la automatización de las operaciones.
- La ampliación de la exención como servicio portuario de manipulación de mercancías del embarque y desembarque a cualquier clase de vehículos de motor sin matricular en régimen de mercancía. Si bien, en este caso se estableció una excepción, debía utilizarse personal de la SAGEP cuando su oferta fuera igual o más ventajosa, con los mismos requisitos de calificación que los exigidos para realizar actividades de servicio portuario de manipulación de mercancías.
- El fomento de las denominadas “*autopistas del mar*”⁴²⁶ y de los tráficos marítimos de corta distancia que se cargan y descargan por rodadura de buques ro-ro, ro-pax, con-ro y ferries, permitiendo la prestación de estos servicios a las compañías navieras en régimen de autoprestación.
- La exención de la obligatoriedad de integrarse en el capital de la SAGEP a las empresas con licencia de autoprestación y la simplificación de los requisitos exigidos a los trabajadores para poder realizar las actividades incluidas en el servicio portuario de manipulación de mercancías.

La principal aportación de la Ley 33/2010 fue el cambio en el modelo de gestión de la puesta a disposición de trabajadores portuarios para llevar a término el servicio de manipulación de mercancías. Tal y como, ha quedado expuesto en apartados anteriores, la situación había llegado hasta el año 2010 con la supervivencia en algunos puertos del modelo de SEED, si bien, la mayoría habían realizado su

⁴²⁶ Ob.cit. ESTEPA MORENO, MANUEL. “*Regulación del transporte marítimo: las autopistas del mar*”. Pág. 623. Los beneficios que pueden esperarse de su puesta en servicio según este autor pueden cifrarse: “Los beneficios más directamente cuantificables que se prevén obtener con la realización de los proyectos de la clase de los examinados supondrían, según las primeras estimaciones, una disminución: De entre el 15% y el 20% en el coste del transporte de la carga.

De entre uno a dos días menos en el tiempo de transporte de la mercancía.

Para el arco atlántico, por ejemplo, comporta sustraer a medio plazo, de la RTE-T terrestre 17 millones de toneladas/año, lo que implica evitar el trayecto por carretera de 850.000 camiones/año con el consiguiente ahorro energético y de degradación de las infraestructuras viarias así como de descongestión del tráfico que por ellas circula.

Pero, además, ha de tenerse en cuenta que la puesta en marcha de una ruta marítima rápida de la clase de la analizada permite a las empresas que transportan sus productos a través de ella mejorar la productividad (proporción coste/beneficio) y diseñar una estrategia de crecimiento que no pase necesariamente por un incremento significativo de su flota de camiones”

transformación en Agrupaciones Portuarias de Interés Económico. Con la Ley 33/2010 el modelo cambió de nuevo, estableciéndose una transformación en sociedades anónimas que debían adoptar la denominación de “**Sociedades de Gestión de Estibadores Portuarios, Sociedad Anónima**” (SAGEP).

Esta nueva figura, con participación exclusivamente privada, pasó a estar constituida por las empresas titulares de licencias de prestación de servicios portuarios de manipulación, con una distribución accionarial alícuota por el número de titulares y proporcional por el volumen de facturación de cada una de ellas. Las SAGEP, cuya regulación se establece en la nueva Ley y, supletoriamente, por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, pasaron a distribuir su capital del siguiente modo: un 50% del capital distribuido proporcionalmente entre el número de titulares de licencia de prestación del servicio de manipulación de mercancías, y el otro 50% restante distribuido, igualmente, entre dichos titulares, pero no ya de forma proporcional, sino en función del grado de utilización temporal de la plantilla, valorando su volumen de facturación.

Con este mecanismo se trató definitivamente de consolidar la separación de las Autoridades Portuarias del capital de las sociedades estatales de estiba. Cuestión que ya había sido regulada en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 48/2003, al determinar la obligación de transformar las sociedades estatales de estiba y desestiba en APIES, pero que no había alcanzado total virtualidad tras casi siete años de vigencia de la norma, en gran parte como consecuencia de los problemas financieros que arrastraban algunas sociedades de estiba y a la férrea oposición del colectivo de trabajadores portuarios.

Si bien la nueva figura suponía afianzar la privatización, la realidad es que no se consiguió una plena liberalización de la prestación de los servicios de estiba, dado que, el control del servicio ha seguido en manos de unas determinadas sociedades de constitución legal, lo que supone *de facto* una restricción a la libertad de empresa. En este punto es cuando **la Comisión Europea envió a España en septiembre del 2012 un Dictamen Motivado**⁴²⁷, al entender que el modelo por el que se obliga a las empresas estibadoras, que operan en varios puertos españoles,

⁴²⁷ Disponible en: www.europa.eu. Referente IP/12/1022. Dictamen de fecha 29 de septiembre de 2012.

a participar financieramente en el capital de las empresas privadas que gestionan la provisión de estibadores, e impidiendo que estas recurran al mercado para contratar personal, a menos que la mano de obra propuesta por tal empresa privada sea inadecuada o insuficiente, atenta a las reglas del Tratado en materia de libertad de establecimiento.

La preocupación de la Comisión Europea radicó en que consideró que la legislación española que obliga a los operadores privados estibadores a participar en empresas privadas de gestión de trabajadores portuarios, podía resultar una barrera para el libre establecimiento de operadores de otros Estados miembros. En este sentido y dado que las reglas del TUE preconizan la supresión de restricciones a la libertad de establecimiento, entendió la Comisión en su Dictamen que la normativa española obstaculizaba el ejercicio de la libertad de establecimiento.

En un comunicado de prensa de la Comisión Europea ⁴²⁸ se indicaban cual era el efecto práctico de la restricción a la libertad de establecimiento de la normativa española:

“De conformidad con la legislación española, las empresas estibadoras que deseen establecerse en un puerto español de interés general están obligados a reunir los recursos financieros suficientes para poder participar en una SAGEP y para contratar a trabajadores de una SAGEP en condiciones que no controlan. Esto altera forzosamente las estructuras de empleo y las políticas de contratación de las empresas. Estos cambios pueden suponer graves perturbaciones para las empresas y tener consecuencias financieras considerables. Todo ello puede disuadir a las empresas estibadoras de establecerse en puertos españoles de interés general”.

Posteriormente, se analizará con detalle todo el procedimiento de sanción, pero es evidente que el ejecutivo español desaprovechó una oportunidad de enmendar el asunto sin tener que llegar a una sanción condenatoria. Se enrocó en postulados, tal vez, presionado por todos los agentes implicados, pero a juicio de esta autora hubiera sido más pertinente abordar una reforma del sistema, y no diferirlo teniendo en cuenta que al final era la única solución.

⁴²⁸ Disponible en: www.europa.eu/rapad/press-release_IP-12-1022_es-htm.

VII. LOS SERVICIOS PORTUARIOS EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2011, DE 5 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TRLPMM.

1. El régimen de prestación de los servicios portuarios.

Por su propia técnica legislativa un TRLPMM no introduce mayores modificaciones que la ordenación del sistema normativo aplicable a una determinada materia. De este modo comienza el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante :

“El ejercicio de la autorización parlamentaria de refundición de la pluralidad de normas legales que hasta este momento rigen en las materias portuarias y de la Marina Mercante, otorgada por la disposición final séptima de la Ley 33/2010 de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre⁴²⁹, ha requerido la utilización de todas las facultades conferidas en la autorización parlamentaria, que se otorgo con la mayor amplitud permitida por la Constitución. Esta autorización se refiere desde luego, y fundamentalmente a las Leyes 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, 62/1997, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley 27/1992 de 24 de noviembre, 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general; y 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, pero las tres primeras han sido objeto de diversas modificaciones concretas que igualmente comprende. El resultado actual es un conjunto normativo que, por estar formado, en acumulación, por normas de época, perspectiva y alcance diversos, carece de la trabazón, coherencia y consistencia internas deseables”.

⁴²⁹ “Disposición Final Séptima. Autorización al Gobierno para dictar un Texto Refundido. Se autoriza al Gobierno para que en el plazo de seis meses a partir de la publicación de esta Ley en el Boletín Oficial del Estado elabore un texto refundido de la Ley 27/ 1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general y de esta ley. La autorización a la que se refiere este apartado comprende la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.”

Son pues varios textos legales los que ahora son refundidos en un intento, según el propio legislador, de dotar de coherencia al sistema normativo portuario⁴³⁰ e integrar otras normas que tangencialmente afectan a la materia como fue la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*. Las afectaciones al TRLPEMM han venido de la mano de reformas legislativas, en particular de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado que cada ejercicio condicionan la política nacional, para el ejercicio 2015 fue la *Ley 36/ 2914 de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado*⁴³¹. En otras normas con trascendencia en la reforma del TRLPEMM han sido: *La Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*⁴³² y la modificación de la *Ley 22/1998 de 28 de julio, de Costas*, con la aprobación de la *Ley 2/2013 de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1998 de 28 de julio, de Costas*⁴³³.

El Título VI del Texto Refundido se refiere al régimen de prestación de servicios. En primer lugar el Art. 104 establece que la actividad portuaria se desarrollara en un marco de libre y leal competencia entre los operadores de servicios en los puertos de interés general. Señalando que el cumplimiento de dicho principio se encomienda tanto a Puertos del Estado, como a las Autoridades Portuarias en sus propios ámbitos territoriales y funcionales. Igualmente, este mismo artículo reconoce la libertad de acceso a la prestación de servicios en los puertos de interés general, en los términos legalmente establecidos. Por último, la clasificación de los servicios se mantiene igual que en la Ley 33/2010: servicios generales, servicios portuarios, servicios comerciales y servicio de señalización marítima.

⁴³⁰ Exposición de Motivos del TRLPEMM: "...dotar de coherencia al instrumento técnico e institucional puesto por éste al servicio de la consecución de los objetivos perseguidos cada vez en sus intervenciones en la materia, como actualizar las múltiples remisiones tanto internas, como a muchas otras normas reguladoras de diferentes sectores en la actualidad ya superadas o formalmente derogadas; es decir, clarificar el contenido de la normativa. Pero, además y con mayor alcance, también resolver las inevitables disfunciones, e incluso contradicciones internas, que inevitablemente presentaban las diferentes capas del ordenamiento regulador de la materia; lo que quiere decir, regularizar y armonizar éste para dotarle de la indispensable coherencia, teniendo también en consideración otras normas posteriores que afectan a la materia objeto de refundición, como el caso de la reciente Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible."

⁴³¹ BOE nº 315 de 30 de diciembre de 2014.

⁴³² BOE nº 252 de 17 de octubre de 2014.

⁴³³ BOE nº 129 de 30 de mayo de 2013.

El servicio de manipulación de mercancías (que engloba a las actividades de estiba y desestiba), se engloba dentro de los denominados servicios portuarios, tal y como recoge el Art. 108.1. letra d) del TRLPMM. La referencia a los servicios portuarios hace alusión a aquellas actividades de prestación que se consideran necesarias para la explotación de los puertos, y que están dirigidas a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, y que, además se desarrollan en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias.

Por lo que se refiere al régimen de prestación de los servicios portuarios, el Art. 109 del TRLPMM señala una serie de premisas:

- La prestación de servicios portuarios se llevará a cabo por la **iniciativa privada, rigiéndose por el principio de libre competencia**, salvo algunas excepciones establecidas en la Ley. De este modo, los puertos de interés general ya no tienen una actuación directa de las autoridades públicas por lo que se refiere a la prestación de servicios, como si ocurría en otras épocas. En la actualidad, en el modelo portuario las autoridades portuarias se reservan únicamente la prestación de los denominados servicios generales; aunque igualmente se establece para estos casos que su gestión puede encomendarse a terceros cuando no se ponga en peligro la seguridad o se refiera al ejercicio de la autoridad.
- Se mantiene en el TRLPMM la habilitación a las Autoridades Portuarias para adoptar las medidas necesarias para garantizar una adecuada cobertura de las necesidades de servicios portuarios, incluso pudiendo asumir **la prestación directa o indirecta de un servicios**, siempre que medie previamente el informe favorable de Puertos del Estado. Para que se produzca la actuación de las Autoridades Portuarias deberá acreditarse que por ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada no puede garantizarse una adecuada cobertura de las necesidades del servicio. El propio TRLPMM en el Art. 109.3 define que debe entenderse por insuficiencia de la iniciativa privada al señalar que esta se produce: “...cuando las licencias otorgadas no puedan atender toda la demanda existente en el puerto con los indicadores de calidad exigidos en el Pliego de

Prescripciones Particulares del servicio”. Se limita a cinco años el tiempo que la Autoridad Portuaria puede prestar el servicio, a no ser que subsistan las circunstancias que motivaron la asunción de la prestación.

- En los casos en los que se produce la prestación de un servicio portuario por parte de la Autoridad Portuaria, no se genera la extinción de las licencias en vigor, ni tampoco se impide que se presente solicitudes para nuevas licencias. Este supuesto, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, puede entenderse como un secuestro de la gestión del servicio por parte de las Autoridades Portuarias.
- La Autoridad Portuaria, en caso de impago del servicio, podrá autorizar a los prestadores la **suspensión temporal del servicio** hasta que se efectúe el pago o se garantice suficientemente la deuda que generó la suspensión. En este caso, la Ley no explica como se debería proceder puesto que, como ocurre en el supuesto anterior, debería garantizarse una adecuada cobertura de las necesidades, por lo tanto, debe entenderse que sería aplicable lo dispuesto anteriormente sobre la actuación directa de las Autoridades Portuarias, en el caso de que se produjera la suspensión temporal.

En cuanto al régimen de utilización de los servicios portuarios, el Art. 112 del TRLPMM recoge una serie de disposiciones, que parten de la premisa de que los servicios portuarios se prestarán a solicitud de los usuarios, aunque en algunos supuestos las Autoridades Portuarias pueden establecer la obligatoriedad de recurrir a ciertos servicios si concurren circunstancias extraordinarias que pueden poner en riesgo el funcionamiento, la operatividad, o la seguridad del puerto. Para ello las Ordenanzas Portuarias aprobadas por las Autoridades Portuarias deberán establecer, por razones de operativa y de seguridad, normas complementarias y condiciones específicas de utilización de los servicios portuarios, así como el ámbito geográfico al que se extiendan.

A lo largo de los apartados siguientes se va realizar una exposición sobre el modelo de estiba en España, y por el que se ha condenado al Estado español tras la Sentencia de 11 de diciembre de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con esta

exposición se pretende hacer un análisis de los motivos que han llevado a esta Sentencia condenatoria, entender como el modelo de estiba impone obligaciones a los particulares prestadores del servicio, que en muchos casos no encuentran encuadre en las reglas de la competencia que marcan el Derecho Comunitario.

2. Las licencias y los Pliegos de Prescripciones Particulares de los servicios portuarios.

El título habilitante para la prestación del servicio de estiba y desestiba es la **licencia** y no la concesión administrativa, en sintonía con la idea de que el Estado no es el titular del servicio, sino que la estiba y la desestiba son a día de hoy actividades privadas. Dado la singularidad e importancia del servicio, como ocurre en otros casos véase el sector del taxi, el prestador del servicio debe obtener previamente la correspondiente licencia, y para ello debe asumir las obligaciones contenidas en los pliegos de prescripciones particulares. Como se analizará a lo largo de los siguientes apartados, algunas de las condiciones impuestas para el otorgamiento de la licencia, son las que han sido objeto de sanción por parte del Tribunal Europeo en Sentencia de 11 de diciembre de 2014, es por ese motivo que se ahondará con más detalle en estos aspectos.

Por tanto, es preceptiva la obtención de la correspondiente licencia para llevar a cabo la prestación de servicios portuarios. Las licencias serán otorgadas por las Autoridades Portuarias respetando, en todo caso, la previa aprobación del correspondiente Pliego Regulator y Prescripciones Particulares del servicio. El otorgamiento de una licencia tendrá carácter reglado, siempre que previamente se haya acreditado el cumplimiento por el solicitante de las condiciones y requisitos previstos en la Ley, y en las prescripciones particulares del servicio. Es importante matizar que la obtención de la licencia no concede por sí el derecho a prestar el servicio en exclusiva, pudiéndose incluso limitar el número de prestadores de un determinado servicio.

Las Autoridades Portuarias se reservan la facultad de exigir a los prestadores del servicio, esté o no limitado su número, poner medios adicionales a los exigidos en su licencia, en aquellos casos en los que con los medios que tengan adscritos al servicio, no pudieran atender conjuntamente la cobertura total de la demanda, con los indicadores de calidad establecidos en las prescripciones particulares del servicio.

Además, en los supuestos en los que esté limitado el número de prestadores, las licencias se otorgaran por concurso, en estos supuestos las convocatorias de estos concursos y su adjudicación se publicara, si fuera preceptivo, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Igualmente, cuando el número de prestadores de un servicio este limitado, el plazo de vigencia de las licencias será menor que el establecido con carácter general.

Al efecto de la adjudicación por concurso en los supuestos de limitación de prestadores, el Art. 111.4 del TRLPMM establece un supuesto particular: *“No obstante lo anterior, el titular de una concesión o autorización de una terminal marítima de pasajeros o de mercancías cuyo objeto incluya la prestación de servicios al pasaje o de manipulación de mercancías, tendrá derecho a la obtención de una de las licencias para su prestación para si, o en su caso, para un tercero con un contrato en vigor a estos efectos con el titular de la concesión, siempre que se cumplan las condiciones exigidas para ello, que estarán restringidas al ámbito geográfico del dominio público de la concesión ”*.

La limitación del número de prestadores está prevista en el Art. 111 del TRLPMM, deberá ser siempre motivada y atenderá únicamente a razones de disponibilidad de espacios, de capacidad de instalaciones, de seguridad, de normas medioambientales, o por otras razones objetivas relacionadas con las condiciones de competencia. Para salvaguardar con el mayor rigor las reglas de la competencia, la motivación deberá incluir:

- La identificación clara de la restricción de la competencia en cuestión.
- La justificación de la necesidad del establecimiento de la restricción con arreglo al interés público.
- La acreditación de que no resulta posible acudir a alternativas viables que sean menos restrictivas de la competencia para conseguir el mismo fin de interés público.

En particular, por lo que se refiere al servicio de estiba y desestiba, la limitación de prestadores podrá efectuarse incluso por tipos de tráfico o mercancía. Esta limitación no puede establecerse por tiempo indefinido, sino que deberá revisarse

por la Autoridad Portuaria si varían las causas que la motivaron, bien a instancia propia o de terceros interesados.

Por otro lado, en el caso de que resultaran titulares de licencia personas físicas o jurídicas de terceros países no pertenecientes a la Unión Europea, el Art. 109 del TRLPMM establece, que será imprescindible la prueba de la reciprocidad. Con la excepción de que existan compromisos de la Unión Europea con la Organización Mundial del Comercio, por la que se eximen de cumplir este requisito, aun así, deberá respetarse tener atribuida la capacidad de obrar, y no estar incurso en ninguna causa de incompatibilidad.

Las licencias tendrán carácter específico, otorgándose para cada uno de los servicios portuarios. En el caso particular de las licencias para la prestación de servicios al pasaje y de manipulación de mercancías (que engloba la estiba y desestiba), las licencias podrán otorgarse para uno o varios tipos de tráficos o de mercancías. Por último, tal y como se tendrá ocasión de estudiar más adelante, indicar que las Autoridades Portuarias podrán autorizar licencias de autoprestación en los términos y con las condiciones previstas en la Ley.

El Art. 117 del TRLPMM señala el contenido que deberá tener la licencia de prestación de servicios portuarios. En relación al servicio de estiba y desestiba, el citado precepto establece en su apartado n) *“En las licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, porcentaje mínimo de trabajadores que se deben tener contratados en régimen laboral común”*. Cuestión que como ya se ha puesto de manifiesto en esta tesis, en muchos casos se incumple. Igualmente, el citado precepto establece en el apartado d) la alusión a las obligaciones de servicio público que procedan, y a las que están obligados los titulares de la licencia.

Uno de los aspectos comunes a otro tipo de licencias es que la Ley habilita para que se produzca la transmisión de licencias de prestación de servicios portuarios, al efecto el Art. 118 del TRLPMM establece que dicha transmisión podrá efectuarse siempre que se produzcan una serie de circunstancias. En el supuesto de la transmisión de licencias junto con la concesión del dominio público en el que se desarrolla la actividad, la Autoridad Portuaria para autorizar la transmisión

de una concesión, debe asegurarse de que no se originan situaciones de dominio del mercado susceptibles de afectar a la libre competencia dentro del puerto, en la prestación de los servicios portuarios o en las actividades y servicios comerciales directamente relacionados con la actividad portuaria.

En cuanto a los pliegos de prescripciones particulares de los servicios portuarios, las Autoridades Portuarias serán las encargadas de su aprobación, tras ser oído el Comité de Servicios Portuarios, y previa audiencia de las organizaciones sindicales más representativas y representativas del servicio correspondiente, así como a las asociaciones de operadores y usuarios más representativas cuyos fines guarden relación directa con el objeto del pliego. Los proyectos de pliegos serán remitidos a Puertos del Estado para que se emita informe vinculante antes de la aprobación definitiva.

Dentro de la regulación de los Pliegos el TRLPMM en el apartado g) del Art. 113.4⁴³⁴ señala la alusión a los medios humanos y materiales con que deberán contar las empresas prestadoras de servicios portuarios. Este artículo tiene a mi juicio una redacción un tanto caótica, puesto que de forma reiterada alude a la obligación de las empresas de contar con medios humanos y materiales con los que atender el servicio, en unas condiciones que se corresponden propiamente con las obligaciones de servicio público. El legislador recalca en la literalidad del artículo que no pretende alterar las reglas de la competencia, impidiendo con esta medida que un número suficiente de operadores concurren a la prestación de servicios portuarios. Es por exigencias como esta por las que el modelo de estiba ha sido cuestionado por las instancias comunitarias, concluyendo con una sanción al Estado español, como se ha venido avanzando a lo largo de esta tesis.

Si a esta medida se suma lo dispuesto en el Art. 117.1.n) del TRLPMM en relación con el servicio portuario de estiba y desestiba, en el que se establece que

⁴³⁴ La redacción del Art. es la siguiente: “Medios humanos mínimos y su calificación, así como los medios materiales mínimos y sus características. Los medios humanos y materiales serán los estrictamente necesarios para realizar las operaciones unitarias normalmente esperadas en el puerto, tanto las más simples como las más complejas, objeto del servicio en condiciones de seguridad, calidad, continuidad y regularidad en función de las características de la demanda, de forma tal que no alteren las condiciones de la competencia, sin perjuicio de las exigencias para hacer frente a las obligaciones de servicio público en las condiciones establecidas en esta Ley. Los Pliegos de Prescripciones Particulares del servicio no podrán exigir un mayor número de medios humanos y materiales que los necesarios para las operaciones unitarias señaladas con el objeto de no impedir que un número suficiente de operadores puedan concurrir al mercado, sin perjuicio de los que pudieran ser exigidos para hacer frente a las obligaciones de servicio público”.

la licencia deberá incluir el porcentaje mínimo de trabajadores que se deben tener contratados en régimen laboral común, se observa que el legislador español condiciona en gran medida la libertad de empresa de los operadores que deseen optar a la prestación del servicio. Regulación que ha sido finalmente sancionada, por el Tribunal de Luxemburgo, y que a juicio de esta autora, es patente que tiene difícil encuadre dentro de las reglas de la competencia.

La medida es aun más restrictiva de la libertad de empresa si se tiene en cuenta lo dispuesto, en cuanto a la regulación del régimen de contratación laboral común, en el Art. 150.4 del TRLPMM, al exigir que el número mínimo de trabajadores en régimen laboral común con que deben contar las empresas titulares de una licencia para el servicio portuario de manipulación de mercancías, en todo caso, deberá cubrir, al menos, **el 25% de la actividad de la empresa**, en computo interanual, en el ámbito del servicio.

Esta regulación fue en un primer momento objeto de crítica en el Dictamen Motivado de la Comisión de septiembre del 2012 al indicar: “...*las licencias para la prestación de servicios de manipulación de mercancías por empresas estibadoras incluyen el requisito de emplear a un número mínimo de estibadores dentro del «régimen laboral común» (este número de estibadores debe cubrir, al menos, el 25% de la actividad de la empresa)*”.

La respuesta que al efecto que efectuó Puertos del Estado en su informe de diciembre de 2012⁴³⁵, no respondió propiamente a los planteamientos de la Comisión, puesto que señala:

“A este respecto, hay que matizar que el régimen de gestión de los trabajadores de la estiba recogido en el TRLPEMM no conlleva la imposición a las empresas estibadoras establecidas en cualquier puerto español de interés general de una mano de obra que no necesitan, porque la obligación de mantener contratados en relación laboral común un número de trabajadores que se corresponda con el 25% de la actividad de la empresa no significa en modo alguno que se esté obligando a estas empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías a

⁴³⁵ Disponible en: www.puertos.es

sobredimensionar su plantilla, sino que se trata de que estas empresas tengan personal propio especializado en un número suficiente para atender un volumen mínimo de actividad y que solamente acudan al personal puesto a disposición de la SAGEP con ocasión de momentos de máxima actividad”.

A pesar de la postura de Puertos del Estado, a juicio de esta autora, parece excesivo el planteamiento que establece el TRLPMM, en tanto que, por un lado ya recoge en los Pliegos de Prescripciones Particulares la obligación de que las empresas que deseen ser prestadoras de servicios portuarios cuenten con un número mínimo de medios humanos y materiales, cuestión que además se refuerza, en tanto que, impone el cumplimiento de determinadas obligaciones de servicio público; si sumado a esta disposición, se une la obligación de contar expresamente con un número determinado de trabajadores en régimen laboral común, se está imponiendo a los operadores unas obligaciones, que difícilmente encuentran justificación en la salvaguarda del interés público que preconiza Puertos del Estado. Argumentos que finalmente se recogen todos ellos en los fundamentos de la Sentencia de 11 de diciembre de 2014 y que con más detalle se analizarán posteriormente.

Por lo que se refiere al procedimiento de otorgamiento de licencias de prestación de servicios portuarios, y siempre que el número de prestadores no esté limitado, todos los interesados en la prestación, que reúnan los requisitos establecidos en los Pliegos de Prescripciones Particulares, podrán optar por la prestación de un servicio, previa solicitud. El plazo de resolución según lo dispuesto en el Art. 115.1. es de tres meses, entendiéndose el silencio como estimatorio.

El plazo de tres meses cambia en los supuestos en los que se solicite licencia para la prestación de un servicio, ligada directa e indispensablemente al uso privativo de una determinada superficie del puerto. En este caso, el otorgamiento de la licencia estará vinculado recíprocamente al otorgamiento del correspondiente título administrativo y serán objeto de expediente único; en dicho caso, y según lo dispuesto en el Art. 115.4, el plazo máximo para notificar la resolución expresa de ambas solicitudes será de ocho meses, y el silencio tendrá carácter desestimatorio. Esto se produce porque el régimen de prestación del servicio portuario, está sujeto por un lado, a la autorización requerida para el desempeño de la actividad, y de

otro al correspondiente título habilitante para la ocupación del dominio público, cuando el desempeño de la actividad requiera obviamente del aprovechamiento del dominio portuario.⁴³⁶

El supuesto de **limitación del número de prestadores**, requiere de un procedimiento distinto, al tener que adjudicarse por **concurso**. En estos supuestos las Autoridades Portuarias elaborarán y aprobarán, previo informe de Puertos del Estado, un Pliego de Bases para cada concurso. El contenido mínimo del Pliego determinará: el número máximo de prestadores, el plazo máximo de la licencia, los requisitos de participación, los criterios de adjudicación, que deberán ser objetivos y no discriminatorios. El plazo para la presentación de las ofertas no podrá ser inferior a 52 días naturales. El Art. 115.2 del TRLPMM establece una particularidad: *“Si el número de licencias otorgadas en el concurso fuera inferior al número máximo de licencias a otorgar, estas podrán solicitarse en cualquier momento a la Autoridad Portuaria siempre que cumplan el Pliego de Bases del concurso, hasta que se alcance el número máximo de prestadores. La vigencia de dichas licencias será la misma que las otorgadas por concurso”*. El objetivo de esta medida es explotar al máximo todas las posibilidades del puerto, siendo consecuente con las reglas de la competencia, y que de este modo el tiempo de vigencia de las licencias sea siempre el establecido en el Pliego de Bases, independientemente del momento de adjudicación.

En cuanto a la extinción de las licencias de prestación de servicios portuarios, existen una serie de supuestos en el Art. 119, y una genérica remisión a que los Pliegos de prescripciones particulares del servicio pueden establecer las que consideren. Salvo el supuesto de que la licencia se extinga por el transcurso del plazo previsto en el licencia, en cuyo caso la extinción es automática, en el resto

⁴³⁶ El Art. 183 del TRLPMM establece la diferenciación respecto al hecho imponible de la tasa de actividad al señalar: “El hecho imponible de esta tasa consiste en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario, sujetas a autorización por parte de la Autoridad Portuaria.

En el supuesto de que las anteriores actividades impliquen ocupación del dominio público portuario, la autorización de la actividad se entenderá incorporada en la correspondiente concesión o autorización de ocupación del dominio público, sin perjuicio de la exigencia de las tasas que procedan por ambos conceptos.

En el supuesto de que la actividad implique la prestación de un servicio portuario, la autorización de actividad se entenderá incorporada en la correspondiente licencia o título administrativo habilitante de prestación del servicio portuario, debiendo incluirse esta tasa en la mencionada licencia.”

de supuestos corresponde a la Autoridad Portuaria, previa audiencia al interesado, la tramitación de la extinción.

Una mención a las licencias de servicios portuarios en estaciones marítimas de pasajeros y terminales de mercancías dedicadas al uso particular, que recoge el Art. 116, estas deberán atender a las mismas exigencias de cobertura universal, estructura tarifaria y tarifas máximas y obligaciones relativas a la continuidad y regularidad en función de la demanda del puerto, que el resto de las licencias. Por lo que se refiere a los medios humanos y materiales, la Ley no exige un determinado número, sencillamente se limita a señalar que estos deberán ser los adecuados para atender el volumen y características de los tráficos que puedan operar en las condiciones de seguridad y calidad exigidas, así como la continuidad y regularidad que exijan sus propios tráficos. Igualmente, los titulares de estas licencias están sujetos a las obligaciones de servicio público.

Tanto si está limitado el número de prestadores como si no lo está, en el caso de los servicios al pasaje y de estiba y desestiba, el concesionario o el titular de una autorización de una estación marítima de pasajeros o de una terminal de mercancías dedicadas a uso particular tendrá derecho a la obtención de una licencia para la prestación de dichos servicios a los buques que operan en la misma, para sí mismo o, en su caso para un tercero con contrato en vigor con el titular de la concesión.

Por último, dos matices, de un lado mencionar que los titulares de licencias de prestación de servicios portuarios deberán llevar, para cada uno de los servicios que presten en una Autoridad Portuaria, una estricta separación contable. Esta misma obligación será exigible a las propias Autoridades Portuarias, en aquellos casos en los que ésta preste directamente un servicio portuario. De otro lado, hacer una alusión al **Registro de Empresas Prestadoras de Servicios Portuarios** que menciona el Art. 120 del TRLPMM, cada Autoridad Portuaria ha creado un registro de las empresas que operan prestando servicios en el puerto que gestiona, el registro tendrá carácter público, similar registro se crea por parte de Puertos del Estado como registro general, en el que figura la información suministrada por las Autoridades Portuarias sobre las licencias otorgadas para la prestación de los servicios. La *Orden de FOM/36/2014, de 10 de enero, por la que se determinan*

*los datos que se deben incluir en el Registro General de empresas prestadoras de servicios portuarios de Puertos del Estado y en los Registros de empresas prestadoras de servicios portuarios de las Autoridades Portuarias y se regula el procedimiento para su inscripción*⁴³⁷ ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 120.3 sobre los datos que se deberán incluir y sobre el procedimiento.

3. Las obligaciones de servicio público portuario.

El Art. 110 del TRLPMM es una disposición que ha sido recogida en los textos legales portuarios desde hace años. La Ley 30/2010 no le dedicaba un artículo propiamente, sino que la regulación estaba integrada dentro del Art. 60 relativo al régimen de prestación de los servicios portuarios. La premisa del Art. 110 del TRLPMM es que los servicios portuarios se prestarán ajustándose a lo dispuesto en las prescripciones particulares del servicio, para seguidamente matizar que estarán sujetos a las obligaciones de servicio público previstas en la Ley. El legislador ha pretendido ser cauteloso con las reglas de la competencia, por ese motivo al establecer las obligaciones de servicio público, señala que estas se aplicaran de forma que sus efectos sean neutrales en relación con la competencia entre prestadores de servicios portuarios. Las obligaciones de servicio público se especifican en los respectivos títulos habilitantes (licencias) que se otorguen a los prestadores de servicios.

El Art. 110 señala las siguientes obligaciones:

- a) **Cobertura universal**, aludiendo a la obligación de atender toda la demanda razonable, en condiciones no discriminatorias. Con la única excepción que la ley recoge para los casos de terminales de pasajeros y mercancías de uso particular, regulada en el Art. 116 del Texto Refundido⁴³⁸.
- b) **Continuidad y regularidad de los servicios**, una vez valorada la demanda, con la excepción de los supuestos de fuerza mayor. Al efecto de

⁴³⁷ BOE nº 19 de 22 de enero 2014.

⁴³⁸ “Los medios humanos y materiales deberán ser únicamente los adecuados para atender al volumen y características de los tráficos que pueda operar en las condiciones de seguridad y calidad exigidas, así como la continuidad y regularidad que exijan sus propios tráficos. Dichos medios quedarán adscritos al servicio de estos tráficos, sin perjuicio de las obligaciones de servicio público que sean pertinentes”.

garantizar la continuidad en la prestación del servicio, las Autoridades Portuarias podrán establecer servicios mínimos de carácter obligatorio.

- c) **Cooperación**, tanto con la Autoridad Portuaria y la Administración Marítima, como con otros prestadores de servicios, en labores de salvamento, extinción de incendios y lucha contra la contaminación, así como en la prevención y control de emergencias.
- d) **Colaboración** en la formación práctica en la prestación del servicio con los medios adecuados, en el ámbito del puerto en el que desarrolle su actividad.
- e) **Sometimiento a la potestad tarifaria de la Autoridad Portuaria**, cuando proceda, en las condiciones establecidas en las prescripciones particulares por las que se rige el título habilitante.

En los pliegos de prescripciones particulares se regularán expresamente, tal y como señala el Art. 113.4.e), las obligaciones de servicio público, estas serán de necesaria aceptación por parte de los prestadores del servicio, en particular, las relativas a la continuidad y regularidad del servicio, y las de cooperación con la Autoridad Portuaria en materia de seguridad, salvamento, lucha contra la contaminación, protección del medio ambiente, emergencias y extinción de incendios. Asimismo, en el apartado p) del citado precepto, se establece que los pliegos recogerán los criterios de distribución de las obligaciones de servicio público entre los prestadores del servicio. Estos criterios, según la Ley, deberán ser objetivos, transparentes, proporcionales, equitativos y no discriminatorios, para la consecución de estos objetivos, la Ley señala que se deberá tener en consideración la cuota de mercado de cada uno de los prestadores de servicios, para de este modo causar la menor repercusión posible en el normal funcionamiento de su actividad empresarial.

4. Sociedades de gestión de la puesta a disposición de trabajadores.

El Título V introducido con la aprobación de la Ley 33/2010, ha tenido una correlación en el TRLPMM como Capítulo VI “*Régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías*” del Título VI “*Prestación de servicios*”, Art. 142 a 155.

En el siguiente apartado, y siguiendo el mismo orden que estructura el TRLPMM se analizará la regulación relativa a la SAGEP. Tras un análisis de los aspectos más relevantes se desarrollará el mecanismo de transformación y adaptación en SAGEP, por un lado, de las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico, y de otro, de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba que recoge el TRLPMM en la Disposición Adicional Octava.

Es precisamente este modelo de gestión el que ha sido puesto en cuestión por las instancias comunitarias al condenar al Estado español porque algunas de las obligaciones que se imponen en este modelo no se ajustan a las reglas de libertad de establecimiento que preconiza la Unión.

4.1 Análisis de las Sociedades de gestión de la puesta a disposición de trabajadores. Principales diferencias con los modelos anteriores: las Sociedades Estatales y las Agrupaciones de Interés Comunitario.

La primera cuestión es que la regulación de las SAGEP se recoge expresamente en el TRLPMM y supletoriamente por la normativa sobre Sociedades Anónimas, el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Por lo tanto, estas nuevas Sociedades, a las que la norma obliga expresamente a llevar la denominación de Sociedades Anónimas (S.A)⁴³⁹, son consideradas propiamente como empresas privadas.

Con las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE) se partía de una consideración meramente asociativa. En el ámbito portuario las APIE tenían por finalidad una actividad económica auxiliar, así lo recogió expresamente la Disposición Adicional Sexta de la Ley 48/2003. El ámbito de actuación de las APIE quedaba vinculado a tres líneas de actuación: la puesta a disposición de trabajadores, el desarrollo de actividades complementarias, y la formación continua de los trabajadores.

El establecimiento de la obligación de crear una empresa privada para la contratación y oferta de trabajadores estibadores a las empresas de manipulación de mercancías en los puertos de interés general, supone un fenómeno jurídico que

⁴³⁹ El punto 3 del Art. 142.3 del Texto Refundido señala al respecto: “La denominación de cada Sociedad será la que se establezca en los estatutos, debiendo figurar en ella la expresión «Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios» o las siglas SAGEP, que serán exclusivas de esta clase de sociedades”.

merece especial consideración. La primera de las preguntas que se pueden formular es: **¿Cuál es la fundamentación para determinar una obligación que se opone al principio de la libertad de establecimiento?**. Como ya se ha tenido ocasión de señalar en diferentes ocasiones a lo largo de esta tesis, el argumento ha radicado siempre en la necesidad de garantizar que exista mano de obra cualificada que pueda atender, en todo momento, la demanda de trabajadores que realicen las labores de mantenimiento de la carga.

Al hilo de la anterior pregunta surge otra cuestión: **¿Es proporcional el establecimiento de la obligación recogida en la normativa española?**. Este es probablemente el matiz más significativo, la Comisión en su Dictamen del 2012, señalaba que existen otros instrumentos, orientados a garantizar una correcta formación de los estibadores, sin necesidad de imponer a las empresas operadoras del sector que participen financieramente en el capital social de una empresa encargada de la puesta a disposición de trabajadores. Argumentos que finalmente se han recogido en la Sentencia de 11 de diciembre de 2014.

Para contestar a estas preguntas, y a otras relacionadas, es necesario primeramente conocer la normativa española contenida en el TRLPMM, a continuación se enumeran las principales características del modelo de gestión que suponen las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios:

a) Las SAGEP se constituyen en los puertos de interés general.

El Art. 4 del TRLPMM remite al Anexo I de la Ley para saber que puertos en España tiene tal consideración. Estos puertos de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 149.1.20.a) de la CE, son competencia exclusiva de la Administración del Estado. La clasificación de un puerto como de interés general radica en la posibilidad de que sean encuadrados en algunas de las siguientes circunstancias:

- Que se efectúen en ellos actividades comerciales marítimas internacionales.
- Que su zona de influencia comercial afecte de forma relevante a más de una Comunidad Autónoma.

- Que sirvan a industrias o establecimientos de importancia estratégica para la economía nacional.
- Que el volumen anual y las características de sus actividades comerciales marítimas alcancen niveles suficientemente relevantes o respondan a necesidades esenciales de la actividad económica general del Estado.
- Que por sus especiales condiciones técnicas o geográficas constituyen elementos esenciales para la seguridad del tráfico marítimo, especialmente en territorios insulares.

Es evidente que los puertos de interés general tienen una importante incidencia en parcelas de actuación de los poderes públicos, en particular, por lo que se refiere a la economía. Esta es una de las justificaciones que tradicionalmente han cimentado el sistema portuario de puesta a disposición de trabajadores estibadores, llegando a incluso a tener la consideración de un servicio público, como ocurría en la legislación del año 86. Igualmente, puede mantenerse que la trascendencia de la actividad requiere una particular atención, pero es difícil mantener la pervivencia de estructuras de servicio público en un contexto internacional de libre competencia. A juicio de esta autora se hace imprescindible que a corto plazo se aborde el tema, con la implicación de todos los sectores implicados, trabajadores, empresarios y estamentos públicos, más sobre todo cuando está sobre la mesa una Sentencia condenatoria. Si bien, es necesario garantizar un buen sistema de condiciones de trabajo para los estibadores, de otro, no pueden imponerse por parte del Estado obligaciones que dificulten la libertad de establecimiento. El equilibrio de ambas posiciones es necesario, y para conseguir este objetivo, la participación de las autoridades públicas se hace imprescindible, no se comparte la línea argumental que defiende una completa liberalización del sector y posterior desregulación, puesto que de ser así podría ponerse en riesgo la prestación del servicio en condiciones de seguridad y completa cobertura de las exigencias de la demanda de mano de obra.

No obstante, es importante matizar que el legislador ha señalado que en los puertos de interés general “*podrá*” constituirse una sociedad anónima mercantil privada, la “*obligación*” se establece para la conversión de las Sociedades

Estatales de Estiba y las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico existentes a la entrada en vigor de la presente Ley. Este matiz deja abierta la posibilidad de que en el caso de la constitución de un nuevo puerto de interés general, que pudiera establecerse en España, no existiría teóricamente la obligación de constituir una SAGEP.

El TRLPMM en su Disposición Adicional Octava establece los requisitos de transformación y adaptación de las SAGEP, en el caso de las SEED, y de las APIE, siendo el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley 33/2010, de 5 de agosto. Teniendo en cuenta, que la Ley 33/2010, según señalaba la Disposición final sexta entró en vigor a los veinte días desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, fecha que se produjo el 7 de agosto de 2010, cuando se publicó el TRLPMM en octubre del 2011, el plazo de transformación ya había expirado.

b) El objeto social de las SAGEP.

Según el Art. 142 del TRLPMM el objeto social de las SAGEP es la gestión de la puesta a disposición de sus accionistas de los **trabajadores estibadores que requieran para la realización de las labores propias del servicio de manipulación de mercancías, y que no puedan llevarse a cabo por personal propio de la plantilla de la empresa estibadora**. Los trabajadores, que forman la plantilla de la SAGEP, son contratados propiamente por esta, actuando de un modo similar a una empresa de trabajo temporal.

La justificación a este sistema, la Ley la fundamenta en la *“irregularidad de la mano de obra necesaria para la realización de las actividades incluidas en dicho servicio”*. Para muchas empresas estibadoras el mecanismo de recurrir a la SAGEP le permite racionalizar costes, que de otro modo serían fijos, teniendo en cuenta que contar con una plantilla muy extensa con la que poder atender eventuales picos de demanda sería inviable.

La actividad de la SAGEP con los accionistas puede referirse a otro tipo de actividades, como **poner a disposición de los accionistas trabajadores para desarrollar actividades comerciales sujetas a autorización en la zona de servicio de los puertos**, siempre que dichos socios estén debidamente autorizados para

realizarlas. En este caso, no se establece expresamente si existe la obligación de contratar con la SAGEP, puesto que el verbo utilizado por el legislador es “*podrá*”, cuestión que deberá analizarse según los Estatutos de cada una de las SAGEP.

Otro de los elementos que conforman el objeto social de la SAGEP es la **formación continua** de los trabajadores que garantice la profesionalidad en el desarrollo de las actividades que integran el servicio de manipulación de mercancías. Este es otro de los argumentos tradicionales que han justificado la necesidad de regulación de este servicio. La formación de los trabajadores estibadores es compleja y requiere de una gran inversión, en tanto que la maquinaria que se utiliza para la realización del servicio es de gran envergadura, y necesariamente además las prácticas deben desarrollarse en el entorno portuario, esta cuestión material dificulta darse una formación fuera del entorno portuario. Al igual que ocurre con el tema del mantenimiento de una plantilla numerosa con la que atender puntuales picos de demanda, en este caso las empresas estibadoras son conscientes de que se racionalizan costes, si la formación continua de sus trabajadores no forma parte de sus costes fijos. Al respecto, en un apartado posterior relativo a la capacitación de los trabajadores estibadores, se analizará con más detalle el tema de la formación.

Por último, al hacer referencia al objeto social de la SAGEP el Art. 142 recoge que también incluye el objeto social la puesta a disposición de trabajadores a las empresas que estén autorizadas para la realización de actividades comerciales que no tienen la consideración de servicio portuario de manipulación de mercancías de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 103.3.c) de la Ley. En concreto, este Art. señala: “*Quedan exentas de su consideración como servicio portuario de manipulación de mercancías las actividades siguientes: c) El embarque y desembarque de camiones, automóviles y cualquier clase de vehículos a motor, con sus remolques o semiremolques, cuando se realicen por sus propietarios, usuarios o conductores habituales dependientes de aquellos. Asimismo, está excluido del servicio de manipulación de mercancías el embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular*”.

Aunque, la cuestión que más controversia genera en relación a la regulación contenida en el TRLPMM en relación a este tema, se encuentra en el Art. 155,

bajo la Sección 4ª relativa a la “*Utilización de los servicios de la SAGEP por las empresas autorizadas a la realización de actividades comerciales del Art. 130.3.c) de esta Ley*”, en el que se indica expresamente la siguiente obligación de solicitud de oferta a la SAGEP: “*Las empresas que estén autorizadas para la realización de actividades comerciales, que no tienen la consideración de servicio portuario de manipulación de mercancías de acuerdo con lo previsto en el Artículo 130.3.c) de esta Ley, **deberán** atender sus necesidades de personal para estos servicios mediante la utilización de personal de la SAGEP siempre y cuando su oferta sea igual o más ventajosa en términos de calidad y coste en el sector de la estiba*”.

La primera cuestión que llama la atención es que en este caso el legislador ha recurrido al verbo “*deberán*” estableciendo claramente el imperativo de recurrir al personal de la SAGEP, siempre que la oferta sea igual o más ventajosa. A juicio de esta autora, probablemente el establecimiento de esta prebenda legal tenga poco, o ningún, encuadre en el sistema de libre competencia que establece la Unión Europea. De hecho el propio Dictamen de la Comisión Europea del 2012, al que se ha aludido con anterioridad, mencionaba expresamente esta cuestión, al señalar que se estaba obligando a empresas, que no son miembros de la SAGEP, a recurrir a trabajadores contratados y ofrecidos por esta. Seguramente, esta hubiera debido ser una de las primeras cuestiones que se analizara y se expusiera ante la Comisión, de este modo se hubiera podido evitar que el asunto acabará en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No puede sustentarse, una medida de este tipo en la legislación española, en tanto que, evidentemente dificulta el libre ejercicio de una actividad empresarial. Se trata de una medida proteccionista que tiene por objeto salvaguardar los intereses, de un lado de los trabajadores, y de otro de las empresas accionistas de la SAGEP, en detrimento de otras ofertas de mano de obra. No debemos olvidar que en algunos casos el servicio se refiere al embarque y desembarque de camiones, automóviles y cualquier clase de vehículos a motor, con sus remolques o semiremolques, matriculados o sin matricular, por lo que no puede utilizarse el argumento de la especialización, que si se justifica en otro tipo de labores integrantes del servicio de estiba y desestiba. En este caso no se requiere un alto

grado de profesionalización para llevar a cabo la labor de embarque y desembarque de vehículos, por lo tanto, no puede argumentarse que cualquier profesional, con los requisitos de capacitación, sea o no trabajador de la SAGEP, no pueda realizar este trabajo.

El hecho de que la empresa que requiera de este servicio deba solicitar una oferta a la SAGEP de forma obligatoria, y posteriormente, contratar con ella si la oferta es igual o más ventajosa en términos de calidad y coste en el sector de la estiba, limita en gran medida sus posibilidades de establecer estrategias de mercado. Por todo lo expuesto, se considera necesario y urgente una reformulación de esta regulación. Lo cierto es que era altamente previsible que si el asunto finalmente acababa en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concluyera con un pronunciamiento condenatorio, teniendo en cuenta anteriores pronunciamientos del Tribunal en relación a medidas proteccionistas, por ese motivo hubiera debido abordarse el asunto mucho antes y no dejar que la situación llegará hasta el punto en el que se encuentra.

c) El capital social de la SAGEP.

El Art. 143 del TRLPMM señala, recurriendo de nuevo al verbo “*deberán*”, que todas las empresas que deseen prestar el servicio portuario de estiba y desestiba y obtengan la correspondiente licencia deberán, en su caso, integrarse como partícipes en el capital de la SAGEP. Con la única excepción de las empresas con licencia de autoprestación.

El capital social inicial de la SAGEP viene determinado en los propios Estatutos de la Sociedad, distribuyéndose entre los titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en vigor en el puerto de referencia el momento de constituirse la SAGEP. La fórmula para determinar el capital social tiene una doble vertiente, en aras a garantizar la representación igualitaria de todos los integrantes, evitando posibles posiciones de dominio, así pues se señalan dos criterios:

- 1º El 50 % del capital se distribuirá proporcionalmente entre el número de titulares de licencias de prestación del servicio de manipulación de mercancías.

2º El restante 50% se distribuirá entre dichos titulares en función del grado de utilización temporal del plantilla, medido en volumen de facturación.

Asimismo, con el objeto de que la distribución del capital social se ajuste a la realidad empresarial del sector, esta será objeto de revisión según dispongan los Estatutos de la Sociedad. En todo caso, se producirá una revisión siempre que se produzcan nuevas incorporaciones de socios⁴⁴⁰ o la separación de un accionista. Los reajustes en la composición accionarial conllevarán para los accionistas el derecho a la liquidación y la obligación de adquisición de las participaciones sociales que correspondan como consecuencia del reajuste afectado. En el supuesto de que alguna empresa estibadora deje de prestar el servicio, el resto de accionistas se ven obligados a adquirir mayor número de participaciones sociales, este reembolso económico obligatorio, en muchos casos puede ocasionar un efecto perjudicial para los demás operadores integrantes de la SAGEP.

Otras cuestiones relativas al capital social de la SAGEP, y vinculadas a la separación de un accionista, es que en ningún caso, podrán ser accionistas quienes no tengan un vigor una licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, y lo más importante, en ningún caso un titular de licencia en vigor puede separarse de la Sociedad, salvo que obtuviera una licencia para la autoprestación. De este modo, se está obligando al resto de accionistas hacerse cargo del capital social de la SAGEP en exclusividad.

Si a lo anterior unimos que la SAGEP no puede poseer directa o indirectamente participación en ningún tipo de sociedad, es decir no puede tener una actuación empresarial al margen de su objeto social, se hace aun más evidente que los propios accionistas deben responder con su participación en el capital social. La situación

⁴⁴⁰ Para el supuesto de nuevas incorporaciones de accionistas que hubieran obtenido una licencia, el Art. 142.2. del Texto Refundido señala diversas cuestiones que deben tenerse en cuenta:

- En el caso de nuevas incorporaciones el criterio de distribuir el 50% de capital en función del grado de utilización temporal de la plantilla, se aplicará considerando las estimaciones razonables de los nuevos accionistas sobre sus necesidades de trabajadores de la sociedad durante el primer año de pertenencia a la misma.
- El plazo para fijar la nueva participación de los accionistas en el capital de la Sociedad se fijara por el Consejo de Administración de la SAGEP en un plazo máximo de 15 días, desde que la Autoridad Portuaria comunica la obtención de una nueva licencia.
- En el caso de que el Consejo de Administración de la Sociedad no adoptara acuerdo alguno en el plazo de 15 días, el titular de la licencia con derecho y deber de ser miembro de la SAGEP, podrá solicitar y obtener la puesta a disposición de trabajadores que necesite.

que se ha dado en muchos puertos españoles, es que tras la salida de las Autoridades Portuarias de la participación en las actuales SAGEP, los actuales accionistas titulares de licencias se encuentran en la obligación de responder a una situación financiera, en algún caso precario, que no ha sido generada por su actuación.

Las SEED han pervivido hasta la actualidad han acarreado, a lo largo de los años, un importante déficit, con la transformación en SAGEP las empresas estibadoras deben asumir un estado de financiación, situación que en muchos casos agrava la conculcación de la libertad de establecimiento que predicen los postulados comunitarios. Este punto es tal vez de los que más controversia genera, en tanto que, detrás de un problema de conculcación de la competencia, también subyace, como en otros muchos casos, un problema económico de financiación y déficit.

d) Funcionamiento de la SAGEP

Respecto de los órganos de Gobierno, la SAGEP se regirá por un Consejo de Administración, cuya composición se determinará en los Estatutos de la Sociedad.

En cuanto al régimen económico, el equilibrio económico de la sociedad se garantiza por el importe total de las facturas que abonan los accionistas a la SAGEP en función de la utilización de los trabajadores contratados. Una cuestión muy importante es que el precio unitario de los servicios de puesta a disposición de trabajadores se fija por el órgano de gobierno de la SAGEP, teniendo en cuenta que pueda cumplirse el objetivo de equilibrio presupuestario anual.

Los accionistas de la SAGEP responden de la totalidad de los pasivos y obligaciones de la sociedad, personal y mancomunadamente entre si, en proporción a su participación en el capital social.

En los supuestos en los que un accionista no pague las facturas que le corresponden dentro del plazo señalado al respecto por el órgano de gobierno de la SAGEP, además de reclamar el abono de cantidades por la vía ordinaria, la SAGEP puede suspender la puesta a disposición de trabajadores, así como, la posibilidad de que el accionista moroso incorpore a su plantilla trabajadores en relación laboral común. Si el incumplimiento en el impago es reiterado, se podrá solicitar a la Autoridad Portuaria que extinga la licencia de prestación del servicio portuario de estiba y desestiba.

e) Facultades de las Autoridades Portuarias en relación a la actuación de las SAGEP.

Si bien es cierto, que el margen de actuación de las Autoridades Portuarias se ha visto claramente mermado al no tener participación en las SAGEP, estas aun conservan algunas facultades:

- En los Consejos de Administración de las SAGEP seguirá habiendo representación de la Autoridad Portuaria con un miembro en calidad de consejero independiente.
- Las Autoridades Portuarias conservan la legitimación para impugnar los acuerdos nulos o anulables adoptados por los órganos de gobierno de la SAGEP. En particular, el Art. 145.4. del TRLPMM establece la posibilidad de adoptar, por parte de la Autoridad Portuaria, la medida cautelar de suspensión de los acuerdos que resulten gravemente dañosos para el interés general del puerto, los usuarios, algún accionista o que perjudiquen a la libre competencia entre los prestadores del servicio portuario. Si bien, dicha suspensión queda condicionada a que en el plazo máximo de 20 días el acuerdo sea impugnado ante el órgano jurisdiccional civil.
- En el supuesto de incumplimiento reiterado por parte de algún accionista de la SAGEP respecto de sus obligaciones, previa solicitud, la Autoridad Portuaria puede proceder a la extinción de la licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.
- Las Autoridades Portuarias están facultadas para solicitar información a la SAGEP, en concreto, por lo que se refiere a la evolución del personal contratado en relación laboral especial, la relación de trabajadores puesto a disposición, los contratos en relación laboral común realizados por los titulares de las licencias con personal de la SAGEP, las ofertas nominadas o innominadas realizadas por los titulares de licencia a trabajadores de la SAGEP y sus resultados, así como, cualquier otra petición interesada por el Observatorio Permanente del Mercado de los Servicios Portuarios.

Sin perjuicio de que el tema será tratado más adelante, merece una mención especial el régimen sancionador regulado en el Título IV de la Ley, dado que, según lo dispuesto en el Art. 315 del TRLPMM las Autoridades Portuarias tienen competencia para la imposición de las sanciones previstas en la Ley. De un lado, si estas se refieren a supuestos de infracciones leves relativas al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que se prestan en él, o bien, en el caso de infracciones graves. Con la particularidad, de que el importe de las multas e indemnizaciones por infracciones relativas al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que se prestan en él, se considera ingreso propio de la Autoridad Portuaria en cuyo ámbito se hubiera cometido la infracción.

4.2 La Transformación y adaptación de las SAGEP.

La Disposición Adicional Octava del TRLPMM establece los requisitos de transformación y adaptación, por un lado, de las APIE, y de otro, de las SEED. En ambos casos se establece un plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley 33/2010, cuestión a la que ya se ha hecho mención, indicando al respecto que en la fecha de entrada en vigor del TRLPMM todavía no se había procedido a una completa transformación en todos los puertos españoles.

En el caso particular de las APIE, debían ser las asambleas de los socios quienes acordaran necesariamente la transformación de la Agrupación. La transformación no cambia la personalidad jurídica de la sociedad, que continua subsistiendo bajo la nueva forma, manteniendo sus relaciones jurídicas y subrogándose en sus derechos y obligaciones. Esta transformación se ha regido según lo dispuesto por la Ley, y en el caso de cuestiones no previstas, se debía recurrir a la regulación contenida en la *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*.

En los supuestos en los que aun pervivía el modelo de las SEED, las Juntas Generales de Accionistas, debían igualmente proceder a la adaptación en SAGEP. En este caso, la transformación además de regirse por lo dispuesto en el propio TRLPMM, en lo no previsto, se estará a lo dispuesto en el *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, de Sociedades de Capital, considerando la adaptación como un proceso de modificación de los Estatutos*. Las Autoridades Portuarias, así como el resto de accionistas que no tuvieran obligación de

pertenecer a la SAGEP al separarse de la sociedad tenían derecho al reembolso del valor real de su participación, según lo dispuesto en el *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, de Sociedades de Capital*, para los casos de sustitución del objeto social⁴⁴¹.

5. Régimen laboral aplicable a los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías.

El modelo estructurado en el Art. 149 del Texto Refundido establece dos tipos de relaciones laborales para los trabajadores que desarrollen su actividad en el servicio portuario de estiba y desestiba, de un lado, una relación laboral especial, o bien, una relación laboral común. En el supuesto que la relación se establece con la SAGEP como una relación laboral, se considera como *relación laboral especial*, cuya regulación se recoge en el *Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*⁴⁴². Es importante matizar, que quedan fuera del ámbito de la relación especial, las relaciones labores establecidas entre la SAGEP y el personal contratado por ellas para realizar actividades que no integran propiamente el contenido del servicio portuario de estiba y desestiba.

Si por el contrario la relación laboral es directamente con las empresas titulares de licencias del servicio portuario de estiba y desestiba, la relación laboral, es considerada como una *relación laboral común*. Para este supuesto la Ley no establece propiamente una obligación de las empresas de contratación con la SAGEP, sino que alude al criterio de la **prioridad**, y solo, en los supuestos en los que la SAGEP no pudiera atender las demandas de las empresas, se podrá acudir a la contratación libre de trabajadores, siempre que estos cumplan con los requisitos de capacitación.

⁴⁴¹ En concreto, la Disposición Adicional Octava remite en este ámbito a lo dispuesto en el Art. 348 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que dice expresamente:

“1. Los acuerdos que den lugar al derecho de separación se publicarán en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. En las sociedades de responsabilidad limitada y en las anónimas cuando todas las acciones sean nominativas, los administradores podrán sustituir la publicación por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo.

2. El derecho de separación habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación.”

⁴⁴² El Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se recoge en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, el Art. 2.1.h) establece expresamente como una relación laboral de carácter especial. “La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas”.

Esta cuestión suscita no pocas incertidumbres legales, en tanto que, para los responsables de las empresas del sector supone una clara restricción a la libertad de empresa. Si bien se puede justificar que los trabajadores cumplan con unos requisitos de idoneidad para la realización de la actividad, la remisión a que, prioritariamente, se deba de optar por la contratación de trabajadores de la SAGEP, contraviene los postulados liberalizadores que se preconizan desde la Unión Europea, en tanto que, se presupone que en el mercado libre no pueden encontrarse trabajadores que realicen las labores portuarias propias del servicio de manipulación de mercancías.

No es una cuestión sencilla de resolver y las posturas comenzaron a estar claramente enfrentadas desde la remisión por parte de la Comisión del Dictamen Motivado de Septiembre del 2012, en el que se puso en cuestión el modelo de la legislación española. Por una parte el colectivo de trabajadores consideraba que de prosperar el afán desregulador que preconizan las instancias comunitarias, el sector de la estiba sufriría una considerable merma en las condiciones laborales. De otra, las empresas del sector entendían que las restricciones a la libertad de empresa, que impone la legislación española han dificultado durante años sus perspectivas de negocio. Los planteamientos de la Comisión siempre han girado en torno a la misma idea: el modelo de la legislación española choca con otros sistemas de contratación en países del entorno comunitario. Países en los que no existe la reserva de contratación preferente, y en los que se atienden los problemas de irregularidad del trabajo portuario de formas diversas que no atentan contra la libertad de establecimiento.

Seguidamente, se analizarán los dos regímenes laborales, el común y el especial, incidiendo en particular en las cuestiones que restringen la libertad de empresa. Se trata de exponer los argumentos que se han esgrimido tradicionalmente para determinar la prioridad de la SAGEP, a la hora de ofertar trabajadores portuarios que puedan desempeñar las labores propias del servicio portuario de manipulación de mercancías. Si bien conviene hacer una precisión, en los puertos españoles, en muchos casos, no se cumplen el requisito de contratación en régimen laboral común que establece la legislación, los trabajadores pertenecen a la SAGEP, y es esta la que a través del sistema de rotación, que se explicará seguidamente, da

cobertura a las necesidades de las empresas estibadoras con licencia en el entorno de cada puerto.

Las Autoridades Portuarias son las encargadas de asegurar el cumplimiento de los mínimos exigidos por la Ley, respecto de la contratación de personal en régimen laboral común. Existen en la Ley mecanismos relacionados con el otorgamiento de la licencia para prestar el servicio portuario de estiba y desestiba, con los que las Autoridades Portuarias podrían obligar a que estas medidas se cumplieran, de este modo, el sistema si tendría una virtualidad más práctica y más acorde a los planteamientos comunitarios, como se tratará de exponer en los epígrafes siguientes.

INMACULADA BALLESTER PASTOR⁴⁴³ apunta la complejidad de la relación laboral de los estibadores para los laboralistas. Aunque no es objeto de esta tesis analizar las cuestiones estrictamente laborales, pero como se ha apuntado en páginas anteriores, si se hace imprescindible establecer unas pinceladas del régimen laboral para comprender la férrea oposición de los trabajadores a que el modelo cambie, puesto que gozan de unas condiciones laborales envidiables. Para la citada autora la finalidad de la normativa contenida en el TRLPMM no es otra:

“El objetivo de tales preceptos es lograr que las empresas estibadoras cuenten en todo momento con personal disponible y con la formación requerida, algo exigible por la irregularidad de la prestación de trabajo, el creciente grado de tecnificación existente de tales operaciones marítimas y por el hecho de que los servicios deben prestarse con rapidez y eficacia pues la rentabilidad de las empresas operadoras depende de los buques no permanezcan en puerto más tiempo de lo debido. Una adecuada prestación del servicio portuario de la manipulación de mercancías permite, asimismo, que el tráfico marítimo, cuya prestación debe garantizarse por el Estado, se desarrolle de forma óptima”.

En resumen, la especial forma de prestación del trabajo, tanto de los trabajadores como de los empleadores confiere a la estiba un carácter singular, que ha justificado durante años, y en todas los cambios legislativos que se han analizado,

⁴⁴³ BALLESTER PASTOR, INMACULADA. “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”. Prólogo. Pág. 11. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014.

una regulación específica del trabajo que se acomete en los puertos, que da lugar a que se excepcione la aplicación de las normas comunes de derecho laboral. La justificación para estas especificidades en el entorno portuario se ha sustentado en el hecho de que al sistema portuario se le reconoce un trascendental valor estratégico y vertebrador en muchísimas ocasiones del conjunto de la economía en su conjunto.

5.1 El régimen laboral común.

El primero de los regímenes plantea una relación laboral como cualquier otra en el entorno empresarial, si bien, la Ley señala este régimen laboral común como preferente, en la realidad del entorno portuario español las empresas estibadoras no cumplen con los requisitos que la Ley les marca en la confección de sus plantillas, dado que los trabajadores siguen mayoritariamente manteniendo una relación laboral especial con la SAGEP.

Analizando este primer supuesto la relación es propiamente laboral, pero a pesar de tratarse de una relación laboral común, existen matices que diferencian a este sector de cualquier otro, los empresarios no tienen una libertad plena para contratar a su personal, ni para la composición de su plantilla. La fundamentación a estas restricciones se ha fundamentado tradicionalmente en la concepción como servicio público que ha tenido el servicio de estiba y desestiba, si bien, el Dictamen Motivado de la Comisión, cuestiona alguna de las imposiciones que recoge la legislación española.

Seguidamente, se analizarán las cuestiones más reseñables de la regulación contenida en el Art. 150 del TRLPMM:

- Cuando una empresa titular de licencia del servicio de manipulación de mercancías perteneciente a la SAGEP, decide contratar trabajadores en régimen laboral común para conformar su plantilla, la Ley establece que **prioritariamente** deberán realizar dichas contrataciones a través de ofertas nominativas o innominadas a los trabajadores de la SAGEP. Por lo tanto, se trata de una primera imposición, que restringe la libertad de empresa, en tanto que, obliga a la contratación de trabajadores de forma preferente, sin poder contratar libremente trabajadores en el mercado. Esta medida excesivamente

proteccionista con los trabajadores de las SAGEP, restringe de forma evidente la posibilidad una efectiva movilidad de trabajadores entre puertos de un mismo país o de distintos países, argumento esgrimido por las instancias comunitarias en su Dictamen Motivado del 2012 y que finalmente ha recogido también la Sentencia de 11 de diciembre de 2014.

En opinión de esta autora no existe una fundamentación legal que avale esta norma, siendo, además, sumamente disuasorio para ampliar la oferta de nuevos trabajadores en el mercado. Puede decirse que las expectativas de encontrar un empleo por parte de los trabajadores que accedan al mercado laboral y que decidan optar por formarse en el sector, son muy limitadas, puesto que son muy pocas las opciones de acceder a un puesto de trabajo en el mercado libre. A diferencia de lo que ocurre en el resto del mercado laboral, donde un trabajador se especializa para poder optar a un puesto de trabajo, para el que se exige una determinada cualificación, en el sector de la estiba, durante muchos años no se ha exigido ningún tipo de cualificación, más que los trabajadores demostrarán la aptitud psicofísica para obtener el permiso de conducir

El propio Art. 150.1 del TRLPMM establece que solo en los casos en los que no existan en la SAGEP personal portuario adecuado o en número suficiente, o de que, en caso de existir, se rechacen las ofertas recibidas, se podrá contratar libremente trabajadores con la cualificación exigida. La conclusión más lógica, es que pocas personas se plantearan formarse en este sector, a sabiendas de que sus expectativas laborales para encontrar un empleo están limitadas.

- Una de las salvaguardas de este tipo de relaciones, es que según lo dispuesto en el apartado 3 del Art. 150 “*serán nulos los pactos que prohibían o tengan como consecuencia impedir la celebración de un contrato de trabajo de relación laboral común entre un trabajador y un titular del servicio portuario de manipulación de mercancías*”.
- Una vez establecida una relación laboral común entre un trabajador procedente de la SAGEP y una empresa titular de una licencia del servicio

portuario de estiba y desestiba, esté esta última integrada dentro de la SAGEP o no, existen una serie de **privilegios para el trabajador**. El más importante es que la relación laboral con la SAGEP no desaparece, solamente, queda en suspenso, teniendo el trabajador la opción de reanudar esta relación especial de origen si se extingue la relación laboral común. Las condiciones para dicha reanudación es que el trabajador no haya dimitido, o no se haya visto inmerso en un despido disciplinario declarado procedente o por mutuo acuerdo entre trabajador y empresario.

La interpretación que puede deducirse de esta normativa es que la relación laboral especial solo puede establecerse por tiempo indefinido, tal y como regula el Art. 151.1 del TRLPMM. Esta última cuestión plantea algunas controversias, si bien puede justificarse dadas las características de la actividad, es difícil que dicha medida se sustente durante mucho tiempo, en tanto que, obliga al mantenimiento de una plantilla, y no parece estar muy en sintonía con las reformas laborales, que en la actualidad tienden a flexibilizar este tipo de imposiciones.

- Otra de las **restricciones a la libertad de empresa** con la que se encuentran las empresas titulares de una licencia para el servicio portuario de estiba y desestiba, está recogido en el apartado 4 del Art. 150 al señalar: *“El número mínimo de trabajadores en régimen laboral común que deben tener contratados las empresas titulares de una licencia para el servicio portuario de manipulación de mercancías quedará determinado en la correspondiente licencia, de acuerdo con lo previsto al respecto en los Pliegos Reguladores del servicio”*.

Si bien, la medida puede estar fundamentada en las características de servicio público de la actividad portuaria de manipulación de mercancías, en opinión de esta autora, esta medida es excesiva si se pone en relación con las restricciones a la contratación libre de trabajadores a las que se ven sometidas estas empresas. La obligación de contratar con la SAGEP en los supuestos en los que se requiera de más personal, ya establece una garantía, en tanto que, se da por sentado que el número de trabajadores de

la SAGEP es el adecuado para atender a los posibles picos de demanda de trabajadores.

Si sumado a lo anterior, analizamos que el propio Art. 150.4 recoge igualmente, la obligación “*En todo caso, deberá cubrir, al menos, el 25 por ciento de la actividad de la empresa, en cómputo interanual, en el ámbito del servicio*”. La justificación ha esta obligación estriba en asegurar que todas las empresas del sector contarán con personal especializado para atender la actividad, cuestión que limita la libertad de empresa y la posible planificación interna que realice para poder configurar su propia plantilla.

Para tratar de mitigar los posibles adversos que podría tener, sobre algunas empresas, la obligación de mantenimiento de un mínimo de plantilla, la propia Ley en el mismo Art. 150.4 establece que la Autoridad Portuaria puede determinar excepciones, esta medida requiere de la supervisión de Puertos del Estado: “*No obstante lo anterior, la Autoridad Portuaria podrá incluir en los Pliegos de Prescripciones Particulares del servicio, previo informe de Puertos del Estado, causas regladas objetivas de excepción total o parcial de este requisito en razón de las características, frecuencia y estacionalidad de los tráficos que opere la empresa, o, en su caso, resolver a petición de la empresa o de la SAGEP, que podrá ser formulada en cualquier momento, la excepción total o parcial por razones de interés de la competitividad del puerto*”.

El establecimiento de la obligación de garantizar el 25% de la actividad de la empresa, en cómputo interanual, solamente, puede encontrar justificación en las tradicionales obligaciones de servicio público. Sin embargo, es dudoso que pueda seguir manteniéndose una obligación de este tipo, parece más acorde, que las medidas se adopten por la Autoridad Portuaria vayan encaminadas a una actividad de supervisión y control, analizando la plantilla de la empresa y el volumen de actividad, pero no exigiendo desde el momento de concesión de una licencia, un número determinado de trabajadores.

Al respecto veremos posteriormente, la postura que ha mantenido Puertos del Estado en el Informe que ha remitido a la Comisión, tras el Dictamen Motivado que esta remitió sobre la Legislación española. En opinión de esta autora, la normativa portuaria en este punto deberá modificarse, para adaptarse a los postulados comunitarios sobre libertad de empresa y competencia. En tanto que, puede entenderse como una medida disuasoria para el libre establecimiento en España de empresas interesadas en el sector, el hecho de que se les obligue al mantenimiento de un número determinado de personal en plantilla.

- Siguiendo con el punto anterior, en el Art. 150.5 se determina como una **causa de extinción de la licencia** del servicio portuario de manipulación de mercancías, el incumplimiento de la obligación de mantener contratados en relación laboral común el número de trabajadores que se corresponda con el porcentaje determinado para la concesión de la licencia, y que como mínimo debe cubrir el 25% de la actividad de la empresa, en computo interanual. Como ya ha quedado expuesto esta medida parece excesiva, si bien, es cierto que debe garantizarse un número de efectivos suficiente para poder acometer las labores propias del servicio.

Llegados a este punto, es interesante detenerse en una disposición contenida en el Art. 150.5 que señala: *“Asimismo, los pliegos condicionaran el otorgamiento de prórrogas de las señaladas concesiones a haber alcanzado un determinado porcentaje de estibadores portuarios en relación laboral común, por encima del porcentaje establecido en el párrafo primero de este apartado. Reglamentariamente se establecerá el plazo máximo de las prórrogas, que en su caso se otorguen, en función del porcentaje de estibadores portuarios en relación laboral común”*. A juicio de esta autora, esta medida no encuentra una verdadera justificación, es desproporcionado y atenta contra las reglas de la competencia que preconiza la Unión Europea, un criterio que únicamente, se sustente en el número de efectivos que una empresa mantenga en relación laboral común.

- Por último, y respecto de la consideración que la Ley determina sobre la consideración que debe hacerse sobre el **número mínimo de**

trabajadores en régimen laboral común, el Art. 150.6 señala que este podrá ser cumplimentado sin suspender la relación laboral especial mediante la adscripción a las empresas usuarias de trabajadores por tiempo superior a un turno laboral. De este modo, se establece un coto muy vetado para la incorporación de nuevos trabajadores, puesto que siempre se acaba acudiendo a los trabajadores de la SAGEP, sin poder optar libremente por la contratación puntual de trabajadores.

5.2 El régimen laboral especial.

La determinación de las condiciones del régimen laboral especial se establece en el Art. 151 del TRLPMM. La primera de las cuestiones destacables es que la contratación de trabajadores por la SAGEP en régimen laboral especial se estipulará por el órgano de gobierno según establezcan los propios Estatutos de la SAGEP. De este modo, se pueden encontrar diversos tipos de relaciones laborales especiales en cada una de las SAGEP, no obstante, pueden establecerse una serie de rasgos comunes según se recoge en el citado artículo del TRLPMM, entre los que destacan:

- El contrato de trabajo en el ámbito de la relación laboral especial deberá siempre concertarse con carácter de **contrato por tiempo indefinido**. Este punto es una de las reivindicaciones que el colectivo de trabajadores siempre ha defendido con más vehemencia en todos los conflictos laborales que se han suscitado a lo largo de los años. La medida se ha justificado porque no solo garantiza una seguridad laboral a los trabajadores, también se avala desde instancias públicas, en tanto que, garantiza que nunca se podrá producir una situación en la que no pueda asegurarse la correcta prestación del servicio de manipulación. Es cierto, que pueden plantearse dudas respecto de esta imposición legal a las empresas pertenecientes a la SAGEP de deberán hacer frente a una plantilla o hacer frente a los costes de su reducción.

A pesar de lo anterior, la relación laboral especial puede extinguirse, además de por las causas previstas en el Art. 49 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, por voluntad de la SAGEP, en los supuestos en los que el trabajador rechace de forma reiterada ofertas de empleo que

se adecuen a su categoría profesional, y que provengan de una empresa titular de una licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías, que este interesada en establecer con el trabajador una relación laboral común, en la forma y en los supuestos que se analizaran en el siguiente apartado.

Particularmente, la Ley se ha encargado de reseñar las condiciones por las que una oferta de empleo se considera adecuada, esta deberá garantizar unos ingresos anuales en cómputo anual y en condiciones homogéneas, al menos iguales a las que el trabajador percibiría de seguir vinculado a la SAGEP. Igualmente, se considera que el rechazo de la oferta es reiterado cuando se produce habiendo transcurrido menos de dos años desde el rechazo anterior.

- El **sistema de rotación** será por el que se realizará la asignación de los trabajadores una vez producida la demanda de servicios, por parte de las empresas accionistas de la SAGEP. De este modo, existe la certeza de que todos los miembros de la plantilla tendrán una equitativa carga de trabajo.
- La **libertad de contratación de las empresas se limita a un turno de trabajo**. Esta es una de las cuestiones en las que incidió el Dictamen Motivado de la Comisión de septiembre de 2012, al reseñar como uno de los motivos de la presentación de una denuncia formal contra la legislación española es el hecho de que *“Únicamente si los estibadores ofrecidos por una SAGEP no son suficientes o adecuados, las empresas estibadoras pueden contratar trabajadores en el mercado, pero solo para un turno de trabajo”*.

En concreto, el Dictamen se refería a la regulación contenida en los apartados 4 y 5 del Art. 151 que dicen expresamente:

“ 4. Cuando por cualquier causa, incluyendo no haber trabajadores disponibles en el momento en que el buque esté listo para recibir el servicio, la SAGEP no pudiese proporcionar los trabajadores demandados por los accionistas para su puesta a disposición temporal de los mismos y no concurrieran las condiciones previstas en sus Estatutos

para incrementar el número de trabajadores contratados por la SAGEP, las empresas usuarias podrán contratar directamente, sin que exceda de un turno de trabajo, a los trabajadores que reúnan la cualificación exigida en esta Ley.

5. Los titulares de licencia del servicio de manipulación de mercancías que estén exentos de su participación en la SAGEP conforme a lo previsto en esta ley deberán, en primer lugar, solicitar la puesta a disposición temporal de trabajadores de la SAGEP en los casos en que el personal fijo de la empresa no pueda atender la carga puntual de trabajo. El coste de la puesta a disposición de los trabajadores no será superior al establecido en la SAGEP para la actividad equivalente. En el caso de que la SAGEP no estuviera en condiciones de poner a disposición el personal solicitado, se podrá contratar libremente sin que exceda de un turno de trabajo”.

El primero de los apartados, el 151.4, se refiere a las empresas que si forman parte de la SAGEP, estas para que puedan contratar directamente a trabajadores con la cualificación pertinente, deberán darse dos requisitos, en primer lugar que el número de trabajadores no pueda atender las necesidades de demanda de mano de obra, y que además, no concurren las condiciones recogidas en los Estatutos para incrementar el número de trabajadores.

Aunque si bien el supuesto más controvertido a juicio de esta autora se encuentra en el apartado quinto del Art. 151, puesto que obliga a empresas que están exentas de participar en la SAGEP, a contratar en primer lugar con la SAGEP, la Ley además es clara utiliza el verbo “*deberán*”. La obligación de estas empresas estriba para aquellos supuestos en los que con el personal fijo de la empresa no puede atenderse una carga puntual de trabajo. Así pues, la medida es excepcional, en tanto que, se parte de un exceso de trabajo, en el que la empresa se ve en la necesidad de recurrir a más mano de obra, debiendo acudir a la SAGEP para que esta le proporcione trabajadores. La Ley prevé que el coste de este servicio no podrá ser superior al establecido en la SAGEP para la actividad equivalente. Solamente, en el supuesto de que la SAGEP no pudiera hacer frente a esta demanda, la empresa podría acudir a la contratación libre de

trabajadores, sin exceder de un turno de trabajo. Aunque no figure expresamente, como en el supuesto anterior, se entiende que dicha contratación se efectuara a trabajadores con la pertinente cualificación.

- Las **obligaciones salariales y de seguridad social** en los supuestos de relaciones laborales especiales corresponden a la SAGEP. Por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones en materia de **riesgos laborales**, el Art. 151.7 del TRLPMM⁴⁴⁴, establece que la empresa usuaria, debe entenderse tanto si pertenece a la SAGEP, como si se trata de empresas que contrata de manera ocasional acogándose al supuesto anterior, serán las responsables de cumplir con todas las medidas de seguridad e higiene, asumiendo incluso los costes derivados de cualquier incumplimiento de esta materia.
- Por lo que se refiere a **los tiempos de trabajo y a la movilidad funcional**, corresponde igualmente a la empresa usuaria el cumplimiento de la normativa legal o convencional referida a ese ámbito, siendo responsable de los incumplimientos o infracciones que se producirán en el desempeño del trabajo. Las acciones administrativas o jurisdiccionales que se presentaran se dirigirían, del mismo modo, contra la empresa usuaria.
- Respecto de las **facultades que competen a la SAGEP** en el marco de las relaciones especiales, señalar que el apartado 8 del Art. 151 establece las siguientes:
 - La SAGEP conservara el carácter de empresario respecto de los trabajadores cuando los trabajadores en relación especial desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria. Pero teniendo en cuenta, que las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán

⁴⁴⁴ La redacción del Art. 151.7 señala expresamente: “De conformidad con lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la empresa usuaria será responsable de garantizar la efectividad del derecho de los trabajadores a la protección en materia de seguridad y salud laboral en el trabajo, así como del recargo de prestaciones de la Seguridad Social que prevea la legislación vigente en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el periodo de puesta a disposición del trabajador y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene, ejerciendo todas las demás responsabilidades que se atribuyen a las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada, en el Art. 28 de la Ley 31/1995.”

ejercidas por la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito.

- Por lo que se refiere a la facultad disciplinaria estará en manos de la SAGEP, pudiendo la empresa usuaria efectuar una concreta propuesta de sanción, que tendrá carácter vinculante para la SAGEP, como encargada de adoptar las medidas sancionadoras que procedan.

Una última matización en relación con la regulación de las relaciones laborales especiales, es interesante señalar que evidentemente, es poco probable que en el mercado libre existan trabajadores, con la cualificación pertinente, que no se encuentren vinculados, o bien, a alguna empresa prestadora del servicio, o a la SAGEP. El Dictamen Motivado de la Comisión aludía ya en 2012, a las políticas que tienen por objeto aumentar la movilidad de los trabajadores entre los puertos de un mismo país o de distintos países. Si efectivamente, se flexibilizaran los requisitos para la contratación libre, se fomentaría una mayor movilidad de trabajadores, y existiría una mayor bolsa de empleo libre de trabajadores con la cualificación preceptiva. De no ser así, es poco probable que un trabajador decida obtener la cualificación que le habilite para trabajar en el sector, pues debe tenerse en cuenta, que al no estar vinculado a una SAGEP, tiene que esperar a que solo en el supuesto de que los efectivos de la SAGEP no sean suficientes, se podrá contar con sus servicios.

De este modo, se están imponiendo a las empresas titulares de licencia unas condiciones laborales prefijadas, para los casos en los que deseen contratar trabajadores, cuestión que plantea no pocas dudas respecto de su adecuación a las reglas de la competencia. Teniendo además en cuenta, que de forma prioritaria están obligadas hacerlo por medio de ofertas nominadas o innominadas a los trabajadores de la SAGEP. Lo cierto es que es difícil justificar este planteamiento legal, excesivamente proteccionista con un colectivo de trabajadores. Este es precisamente uno de los planteamientos que se recogió en el Dictamen Motivado de la Comisión Europea remitido, a España en Septiembre del 2012 al establecer el efecto práctico de la restricción a la libertad de empresa señalando:

“De conformidad con la legislación española, las empresas estibadoras que deseen establecerse en un puerto español de interés general están obligadas

a reunir los recursos financieros suficientes para poder participar en una SAGEP y para contratar a trabajadores de una SAGEP en condiciones que no controlan. Esto altera forzosamente las estructuras de empleo y las políticas de contratación de las empresas. Estos cambios pueden suponer graves perturbaciones para las empresas y tener consecuencias financieras considerables. Todo ello puede disuadir a las empresas estibadoras de establecerse en puertos españoles de interés general”.

En la última parte de esta tesis se analizarán en detalle los pronunciamientos de la Sentencia de 11 de diciembre de 2014 del Tribunal de Luxemburgo, se podrá comprobar como las alegaciones presentadas por Puertos del Estado no consiguieron desvirtuar la argumentación de la Comisión en el citado Dictamen.

5.3 Supuesto especial del Art. 155 del Texto Refundido.

El Art. 155 se encuentra enmarcado dentro de la sección cuarta del Capítulo VI dedicado al régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, en concreto esta última sección tiene por enunciado: *“Utilización de los servicios de la SAGEP por las empresas autorizadas a la realización de actividades comerciales del Art. 130.3.c) de esta Ley”.*

El supuesto se refiere dentro de la definición y ámbito del servicio portuario de estiba y desestiba a una actividad exenta dentro de la concepción del servicio, en particular el citado Art. 130.3.c) establece que el embarque y desembarque de camiones, automóviles y cualquier clase de vehículos a motor, con sus remolques o semiremolques, cuando se realicen por sus propietarios, usuarios o conductores habituales dependientes de aquellos, estará exento de la consideración de una actividad integrante dentro del servicio de manipulación de mercancías. Asimismo, está excluido del servicio de estiba y desestiba el embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular.

En estos casos, lo que dispone el Art. 155 del TRLPMM es a juicio de esta autora, una medida absolutamente desproporcionada con las reglas del mercado, textualmente el Art. señala: *“Las empresas que estén autorizadas para la realización de actividades comerciales, que no tienen la consideración de servicio portuario de manipulación de mercancías de acuerdo con lo previsto en el Art. 130.3.c) de esta*

Ley, deberán atender sus necesidades de personal para estos servicios mediante la utilización de personal de la SAGEP siempre y cuando su oferta sea igual o más ventajosa en términos de calidad y coste en el sector de la estiba”.

Teniendo en cuenta que en el supuesto del Art. 130.3.c) la única preparación que se requiere que tenga un trabajador, para poder llevar a cabo las actividades de embarque y desembarque, es tener el correspondiente permiso de conducir, no parece razonable que el legislador establezca una medida que restrinja la libertad de las empresas para poder contratar libremente personal. Si bien, en los supuestos propiamente relativos al ámbito del servicio portuario de estiba y desestiba, definidos en el Art. 130 del TRLPMM, puede justificarse la necesidad de contar con personal cualificado, que asegure la continuidad, regularidad y calidad del servicio portuario, no parece razonable, ni acorde a los postulados comunitarios, el establecimiento de una medida de este tipo, para la realización de una actividad que en principio no requiere de ninguna preparación específica.

El “*alto grado de profesionalidad*” que se presupone debe tener un trabajador portuario que debe llevar a término las labores propias del servicio de manipulación de mercancías, tales como el uso de compleja maquinaria, no parece tener encuadre en la simple conducción de vehículos para su embarque y desembarque. Por lo tanto, el hecho de que exista una obligación legal que obligue a las empresas, puesto que la expresión contenida en el Art. 155 es “*deberán*”, a la contratación con la SAGEP siempre que su oferta sea igual o más ventajosa dentro del sector, parece a juicio de esta autora que no encuentra una clara justificación legal que no contravenga los enunciados comunitarios relativos a la competencia.

6. Formación continua y capacitación de los trabajadores portuarios vinculados al servicio portuario de manipulación de mercancías.

Uno de los argumentos más utilizados para justificar la pervivencia del modelo español en relación con el servicio portuario de manipulación de mercancías, es la labor de formación que desempeñan las SAGEP. El Art. 142 del TRLPMM al referirse al modelo de gestión de la puesta a disposición de trabajadores portuarios señala que será objeto de estas sociedades la formación continua de los trabajadores que garantice la profesionalidad en el desarrollo de las actividades

que integran el servicio de estiba y desestiba. En este sentido el Art. 152 establece que *“La SAGEP estará obligada a destinar anualmente como mínimo el uno por ciento de su masa salarial a la formación continua de sus trabajadores para garantizar su profesionalidad”*.

Esta encomienda a que uno de los objetos sociales de las SAGEP sea la formación continua es una idea acertada. El hecho de que las empresas del sector sufragan en conjunto la formación de todos los trabajadores, les resulta en general más beneficioso que si cada una tuviera que hacerse cargo de estas cuestiones. Externalizar una necesidad como es el reciclaje de los trabajadores en nueva maquinaria o nuevos métodos es una cuestión que en principio puede favorecer los intereses de las empresas que operan en el sector. No obstante, el hecho de que imperativamente, las empresas deban formar parte de la SAGEP restringe que este tipo de servicios de formación se preste por otros medios que no sea a través de la SAGEP. Esta cuestión si puede ser puesta igualmente en entre dicho, puesto que no existe una verdadera libertad de empresa en esta cuestión, aunque en este punto, tal vez el modelo español si este más justificado que en otros aspectos.

Como ya ha quedado expuesto en otros apartados de este trabajo, no parece que las opciones de negocios dedicados a la formación de personal estibador, que se ubiquen fuera del entorno portuario, sean muy atractivas. En tanto que, esta actividad de formación requiere de una gran dotación de medios que solamente pueden encontrarse en el propio entorno portuario. Es difícil plantearse que una Universidad o un Centro de formación público o privado vean perspectivas de negocio en el hecho de formar a trabajadores portuarios, puesto que debería contar con la necesidad de usar las instalaciones del puerto, para poder realizar la formación práctica con maquinaria.

Por este motivo, y en aras a garantizar una correcta profesionalidad de los trabajadores del sector, por Ley se ha establecido en el modelo español que sean las SAGEP las encargadas de proporcionar este tipo de enseñanzas. En este sentido el modelo parece que opta por una solución que no perjudica los intereses de las empresas con licencia para operar en el servicio de estiba y desestiba, sino que por el contrario es beneficioso, puesto que sufragan los costes de la formación conjuntamente.

Cuestión distinta es la formación de nuevos trabajadores que decidan especializarse en este sector, los Art. 153 y 154 del TRLPMM se refieren a los requisitos de capacitación de los trabajadores que realicen actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías. En desarrollo de estos Artículos se ha dictado la *Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre, por la que se determinan las titulaciones de formación profesional exigibles para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.*⁴⁴⁵

La Orden tardo más de un año en ser dictada, cuestión a la que aludió el Dictamen de la Comisión Europea al señalar expresamente:

“El Art. 153, apartado 1, del Decreto 2/2011 encomienda al Gobierno que determine, por orden del Ministerio de Fomento, la cualificación exigida a los estibadores. El artículo 85, apartado 5, y el anexo 5 de la Ley 48/2003 recogían, asimismo, una disposición similar relativa a un programa de formación específico para los trabajadores.

A pesar del largo tiempo transcurrido desde que se delegase en el Gobierno la aprobación de disposiciones sobre la cualificación profesional exigida a los estibadores, dichas disposiciones no se han aprobado aun. Según la respuesta dada por las autoridades españolas a la carta de emplazamiento, ya se ha redactado la Orden Ministerial sobre la cualificación profesional, que se encuentra en la última fase de consultas. No obstante, las autoridades españolas no han hecho llegar a la Colisión un borrador de este documento ni han precisado el calendario previsto para la aprobación”.

Así pues, en Octubre del 2012 se dictó por fin la Orden por la que se determinan las titulaciones exigibles a la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, en desarrollo de lo dispuesto en el Art. 153.1 del Texto Refundido⁴⁴⁶, indicando textualmente: *“La presente norma resulta precisa para hacer efectiva*

⁴⁴⁵ BOE nº 259 de 27 de Octubre de 2012.

⁴⁴⁶ Art. 153.1 “Las actividades incluidas en el servicio de manipulación deberán ser realizadas por trabajadores que cuenten con alguna de las titulaciones de formación profesional de grado medio o superior que se determinen por orden del Ministerio de Fomento, previa audiencia de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y representativas de este sector y oídas las Autoridades Portuarias y los Ministerios competentes en educación y trabajo”.

esta previsión legal, tendente a la profesionalización de los trabajadores que intervengan en la realización de las actividades que integran el servicio de manipulación de mercancías, mediante la exigencia de una de las titulaciones que se relacionan, cuya posesión facilitará la empleabilidad de los trabajadores en un entorno que demanda una adaptación constante". Las titulaciones contenidas en el Anexo son muy diversas y abarcan diversos ámbitos de formación profesional, asimismo, la Orden establece la posibilidad de que según las propias necesidades que pudieran derivarse en la realización de las actividades integrantes del servicio de estiba y desestiba, la relación de titulaciones puede ser ampliada.

De este modo, el legislador pretende asegurar que todos trabajadores del sector tendrán una adecuada preparación, aunque lo verdaderamente interesante es analizar el régimen de excepciones a la exigencia de titulación que establece el TRLPMM en el Art. 154, en tanto que, excluye a todos los trabajadores que ya venían realizando actividades en el sector. Así pues, será un proceso largo el hecho de poder contar con plantillas altamente profesionalizadas y que cuenten con titulación necesaria.

En particular en Art. 154.2 señala: *"Tampoco serán exigibles los requisitos de titulación a los trabajadores que se encuentren en los siguientes supuestos a la entrada en vigor de la orden Ministerial de exigencia de titulaciones prevista en el artículo anterior:*

a) Los estibadores portuarios que tengan o hayan tenido un contrato de trabajo con las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba o con las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico, incluyendo a los que tengan suspendida la relación laboral especial y presten servicios en régimen de relación laboral común en empresas titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías".

El resto de los supuestos contenidos en el Art. 154.2⁴⁴⁷, confiere un abanico muy amplio de beneficiarios que se verán excluidos de la exigencia de titulación, por

⁴⁴⁷ La literalidad del Art. 154.2 continua en el resto de apartado del siguiente modo:

"b) Los estibadores a que se refiere la disposición transitoria segunda 2, tercer párrafo, del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, que tuvieran reconocida esta situación.

este motivo, es más que evidente que la intención del legislador era la de asegurar que los trabajadores del sector, que ya venían realizando actividades relacionadas con el servicio de estiba y desestiba, no se vieran obligados a la obtención de ninguna titulación.

Puede ser una cuestión discutida, en tanto que, tal vez para asegurar una correcta profesionalización del sector hubiera podido optarse por un modelo, que si bien no obligará a la obtención de una titulación, si exigiera algún tipo de prueba que acreditara el reciclaje de todo el personal estibador español. El Estado español se ampara en sus alegaciones de diciembre del 2012 al Dictamen Motivado en la calidad del servicio prestado por personal altamente profesionalizado. Pero la realidad es que el legislador hasta la aprobación de la Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre, no exigía ningún tipo de titulación a los trabajadores que prestaban el servicio de estiba y desestiba, tan solo se debían superar una pruebas de aptitud psicofísica, y contar con el requisito de una educación post-secundaria. Por lo tanto, la profesionalidad en el sector se lograba una vez se habían superado las pruebas psicofísicas para acceder a las actuales SAGEP.

De este modo, el sistema carecía de unas garantías de profesionalidad, puesto que, al contrario de lo que ocurre en otras pruebas de acceso como puedan ser cualquier oposición para ser funcionario o personal laboral de la Administración, no se exigía una preparación previa en el sector, ni debían superarse pruebas específicas relacionadas con el puesto de trabajo.

Con la amplia gama de excepciones que prevé el TRLPMM en el Art. 154 a las exigencias de titulación, lo cierto, es que la completa renovación de las plantillas de estibadores españoles, por trabajadores con preparación especializada, deberá esperar a que los trabajadores que hoy en día ocupan sus puestos de trabajo se

c) Los trabajadores que dispongan de un certificado de profesionalidad de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 10/1994, de 19 de mayo sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación.

d) Los que vinieran prestando servicios en tareas de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías que hubieran estado excluidas del servicio al amparo del artículo 2.g) del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo.

e) Los que pudieran acreditar la posesión de carne de conducir clase C1 y la realización de mas de 100 jornadas de trabajo en tareas de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, entrega y recepción, deposito, remoción y traslado en el último año natural anterior a la primera convocatoria de pruebas de aptitud en cada Autoridad Portuaria para el ingreso en la SAGEP tras la entrada en vigor de esta Ley”.

jubilen. Así pues, el modelo que configura la legislación española no parece que se corresponda con los argumentos del Estado español ante los pronunciamientos comunitarios, puesto que no favorece la incorporación de nuevo personal con formación especializada, dado que, como ya ha quedado expuesto los supuestos en los que se puede recurrir a la contratación libre, son claramente excepcionales y residuales en nuestra legislación.

Por lo tanto se produce un supuesto curioso, en los casos en los que se quiera optar por la contratación libre de trabajadores, será un requisito imprescindible contar con la cualificación exigida en la Ley, tal y como señala el Art. 151.4, pero a pesar de que este nuevo personal está cualificado su contratación, como ya se ha desarrollado en otros apartados de esta tesis, es sumamente difícil puesto que solo cabe en supuestos excepcionales, y tras comprobar que la SAGEP no está en condiciones de proporcionar trabajadores en número suficiente para atender la demanda.

A juicio de esta autora el modelo debe cambiar, puesto que no se puede seguir acudiendo a la argumentación de la profesionalidad del personal que conforman las plantillas de las SAGEP. Cuestión por otro lado, que no se pone en duda, puesto que la experiencia en el sector y el buen hacer del trabajo está seguramente garantizado en todos los puertos españoles por los trabajadores que a día de hoy realizan su trabajo. Pero desde un punto de vista estrictamente jurídico, no pueden justificarse extremos como este para conculcar las reglas de la competencia establecidas en los Tratados Comunitarios, puesto que nuestra legislación es demasiado proteccionista con un modelo, que si bien, durante años ha configurado un entorno laboral estable y seguro del servicio de manipulación de mercancías, no es menos cierto que restringe la incorporación de nuevo personal, personal que además debe tener formación específica que avale su cualificación. Esta no solo la opinión de esta autora, esta es ahora la realidad a la que debe hacer frente el Estado español, si quiere ajustar su normativa a los pronunciamientos jurisprudenciales que han sancionado el modelo de estiba.

La Comisión Europea en su Comunicación sobre política portuaria europea de 18 de octubre de 2007⁴⁴⁸ recogía la importancia de establecer normas comunitarias específicas sobre la formación de los trabajadores portuarios “...*el trabajo en los*

⁴⁴⁸ Bruselas COM (2007) 616 final.

puertos ha evolucionado y, tal como refleja la consulta, es preciso establecer una serie de requisitos comunes aplicables a la formación de los trabajadores portuarios a escala comunitaria, lo que fomentará además la movilidad de los trabajadores portuarios europeos a través del reconocimiento mutuo de las cualificaciones”. A escala comunitaria sigue sin existir una normativa comunitaria que regule estos extremos, únicamente, existen normas relativas a la salud y seguridad en el trabajo, que se aplican al trabajo de los empleados portuarios.

Por último, como explicación de las labores que propiamente puede realizar un trabajador estibador portuario, es interesante la clasificación profesional establecida en el Art. 12 del citado IV Acuerdo Marco, al determinar como grupos profesionales los siguientes: Grupo O: Auxiliar. Grupo I: Especialista. Grupo II: Oficial manipulante. Grupo III: Controlador de mercancía. Grupo IV: Capataz. Como puede apreciarse dentro de elenco de funciones que componen el servicio de manipulación de cargas en los puertos, cada una de ellas debe encomendarse al profesional con la preparación y cualificación adecuada. Siendo lógicamente las labores más sencillas encomendadas al personal de los grupos inferiores. Las labores que comprenden el servicio están delimitadas en el artículo 130 del TRLPMM al especificar que actividades comprenden la carga y estiba y cuales la desestiba y descarga. Al inicio de esta tesis ya ha habido una explicación al respecto por lo tanto, por ello no se insistirá de nuevo sobre el tema.

Solo reseñar que el propio Art. 130 del Texto Refundido en su punto 5 establece que todas las actividades incluidas en el servicio de manipulación de mercancías, deberán ser realizadas por trabajadores que cuenten con la cualificación exigida en esta Ley. Por lo tanto, una primera limitación que si puede condicionar la completa liberalización del servicio, está en el hecho de que no cualquier trabajador puede realizar las labores de estiba y desestiba. Esta limitación relativa a la formación y aptitud de los trabajadores, tiene un ejemplo importante en el Art. 130.1.i), al establecer que una actividad, que en principio está exenta de tener la consideración de servicio portuario de manipulación de mercancías, sí supone una obligación para las empresas que realizan actividades en instalaciones portuarias en régimen de concesión o autorización, cuando dichas instalaciones estén

directamente relacionadas con plantas de transformación, instalaciones de procesamiento industrial o envasado de mercancías propias que se muevan por dichos terminales marítimos de acuerdo con su objeto concesional; dichas actividades deben ser realizadas con trabajadores que cumplan los requisitos de formación y aptitud exigidos en los Art. 153 y 154 de la propia Ley, pero eso sí, estas empresas no tienen la obligación de participar en el capital de la SAGEP.

Brevemente, reseñar que tal vez este sea el ejemplo a seguir en el futuro, imponer limitaciones a las empresas concesionarias, en cuestiones que conciernen a la contratación de personal no cualificado, para de este modo poder garantizar la calidad del servicio, pero no establecer otro tipo de imposiciones, que como ya ha sentenciado el TSJUE vulneran cuestiones relacionadas con la competencia, más adelante en este tesis se insistirá en esta idea. No obstante, el ejemplo recogido en el Art. 130.1.i) muestra la relevancia que tienen la profesionalidad del personal portuario estibador puesto que ni siquiera actividades que en principio quedan exentas del ámbito del servicio pueden dejarse en manos de cualquier trabajador.

Servicio portuario de manipulación de mercancías en régimen de autoprestación e integración de servicios.

7.1 Aspectos generales de la autoprestación.

Como último punto de análisis de este resumen sobre el modelo de estiba en España se expone seguidamente una breve explicación del sistema de autoprestación. El Art. 133 del TRLPMM comienza estableciendo que debe entenderse por autoprestación en la normativa portuaria: *“A los efectos de esta Ley se considera autoprestación cuando el concesionario o el titular de una terminal de pasajeros o de mercancías dedicadas al uso particular se presta a sí mismo los servicios de pasaje o de manipulación de mercancías, respectivamente, con personal y material propio, sin que se celebre ningún tipo de contrato con terceros a efectos de tal prestación.*

También se considerará autoprestación cuando una compañía naviera se presta a sí misma uno o varios servicios portuarios con personal propio o embarcado para los servicios a bordo y material propio, sin que se celebre ningún tipo de contrato con terceros a efectos de tal prestación”.

Del citado artículo pueden extraerse las siguientes conclusiones, que determinan los supuestos de autoprestación en el ámbito del servicio de manipulación de mercancías: 1. El trabajo se realiza para uno mismo. 2. Con personal y material propio. 3. No media ningún tipo de contrato con terceros para la realización del servicio. En el caso particular de las compañías navieras, la autoprestación puede llevarse a cabo con el personal embarcado en el propio buque.

Una de las exigencias que deben cumplir las empresas autorizadas para la autoprestación, según lo dispuesto en el Art. 133.2, es que el personal de la empresa debe cumplir los mismos requisitos de cualificación que se exigen a las empresas prestadoras de los servicios portuarios. En el caso concreto, del servicio portuario de manipulación de mercancías, los requisitos son los establecidos en los Art. 153 y 154 del TRLPMM. Se exceptúan del requisito de la cualificación al personal del buque embarcado.

Como prohibición señalar que en ningún caso se podrá conceder una licencia de autoprestación a aquellos buques que enarboleen el pabellón de un Estado incluido en la lista negra que se publica en el informe anual de Memorando de Paris o, independientemente de su pabellón, que estén considerados como de alto o muy alto riesgo por el nuevo régimen de inspección.

Por lo que se refiere a los requisitos y al procedimiento de otorgamiento de las licencias de autoprestación, el Art. 135 del TRLPMM establece los siguientes requisitos:

- La prestación de servicios portuarios, como la manipulación de mercancías, en régimen de autoprestación, será autorizado por la Autoridad Portuaria.
- Para que la Autoridad Portuaria conceda la licencia de autoprestación será necesario el previo informe vinculante de la Administración marítima en lo que se refiere a la seguridad marítima. Dicho informe deberá emitirse en el plazo de un mes desde la recepción de la documentación correspondiente, debiendo entenderse en sentido favorable si transcurre dicho plazo sin que el informe se haya emitido de forma expresa.

- Las licencias que autoricen la prestación de servicios portuarios en régimen de autoprestación o de integración de servicios deberán ajustarse a las prescripciones particulares de los servicios. Se excluye del contenido de las licencias las cláusulas a las que alude el Art. 116, en relación a las licencias de servicios portuarios en estaciones marítimas de pasajeros y terminales de mercancías dedicadas a uso particular.

En este supuesto, es interesante reseñar que la concesión de este tipo de licencias contiene cláusulas referidas a la cobertura universal, así como a las obligaciones relativas a la continuidad y regularidad en función de la demanda del puerto. Igualmente, los medios humanos y materiales pueden en algunos casos vincularse a obligaciones de servicio público.

- Entre los requisitos técnicos para la prestación de los servicios portuarios en este régimen no se podrá exigir un número mayor de medios humanos y materiales que los correspondientes a las operaciones unitarias previstas en la terminal, tanto las más simples como las más complejas, en las mismas condiciones de seguridad y calidad que se exigen para el resto de los prestadores.
- La solicitud para la obtención de una licencia para la prestación de servicios portuarios en régimen de autoprestación puede solicitarse en cualquier momento. El plazo de otorgamiento será el establecido en el Art. 114 del TRLPMM para el servicio de manipulación de mercancías. Como ya se ha mencionado anteriormente, dicho Art. ha sido modificado por la *Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia*. El plazo máximo de la licencia para la prestación del servicio de manipulación de mercancías en el que se engloba el servicio de estiba y desestiba, está estipulado en 6 años (sin inversión significativa). En los casos en que exista inversión significativa en equipos y material móvil en general será de 10 años. Pero, diferenciando a su vez que si el titular de la licencia tiene otorgada en concesión o autorización una terminal de pasajeros o de mercancías, sin atraque en concesión o autorización será un plazo de 15 años, y en cambio si tiene atraque en concesión o autorización será de 20. Por último, si la

inversión significativa es en obras o instalaciones fijas que tengan incidencia en la prestación del servicio, los plazos se han ampliado con la reforma legislativa de 2014, pasando a 30, salvo cuando las obras sean infraestructuras portuarias de abrigo, esclusas, obras de atraque, accesos marítimos o terrestres, obras de relleno o de consolidación y mejora de terrenos en grandes superficies que entonces el plazo se amplía a 50 años. Sobre la idoneidad de esta reforma habrá un análisis más detallado en la última parte de esta tesis.

- La denegación de una licencia de autoprestación solo podrá efectuarse por alguna de las razones previstas en el Art. 109 del Texto Refundido para limitar el número de prestadores. Tal y como establece el Art. 109.2 cuando esté limitado el número de prestadores, las licencias se otorgaran por concurso.

Este aspecto merece un cierto detenimiento, en la medida que puede suponer una medida proteccionista, en tanto que, si se limita el número de licencias de autoprestación, consecuentemente, se está obligando a las empresas acudir al modelo de la SAGEP. Así pues, parece lógico que las Autoridades si deciden limitar el número de licencias de autoprestación deberán justificar el porque de esta medida, puesto que supone una restricción más al principio de libre competencia.

Por último, respecto de las licencias de autoprestación indicar que en el supuesto particular que se refiere a los servicios de transporte marítimo de corta distancia regulares y de las autopistas del mar realizados con buques ro-ro puros, ro-pax, con-ro y ferries, se podrán prestar a sí mismo los servicios al pasaje y de estiba y desestiba utilizando también el personal propio en tierra. Siendo de aplicación en este caso el régimen jurídico, que se ha expuesto con anterioridad, contenido en los Art. 150 relativo al personal laboral común, y Art. 151.5⁴⁴⁹, en relación a los

⁴⁴⁹ Art. 151.5 “Los titulares de licencias del servicio de manipulación de mercancías que estén exentos de su participación en la SAGEP conforme a lo previsto en esta ley deberán, en primer lugar, solicitar la puesta a disposición temporal de trabajadores de la SAGEP en los casos en que el personal fijo de la empresa no pueda atender la carga puntual de trabajo. El coste de la puesta a disposición de los trabajadores no será superior al establecido en la SAGEP para la actividad equivalente. En el caso de que la SAGEP no estuviera en condiciones de poner a disposición el personal solicitado, se podrá contratar libremente sin que exceda de un turno de trabajo”.

titulares de licencias del servicio de manipulación de mercancías que estén exentos de su participación en la SAGEP, tal y como, es el caso de los titulares de licencia de autoprestación. Al respecto el propio Art. 143.1⁴⁵⁰ del TRLPMM es claro al exceptuar de la participación en la SAGEP a las empresas con licencia para la autoprestación.

De la interpretación de este Art. parece deducirse, una vez más, una clara limitación a la libertad de empresa, en tanto que, se estipula como condición para las empresas con licencia para la autoprestación que igualmente, se ajusten al modelo de la SAGEP. Esta vinculación a la SAGEP, en algunos casos, se determina por medio del establecimiento de relaciones laborales comunes, según lo dispuesto en el Art. 150 del TRLPMM o, en otros casos por medio de la genérica limitación a la libre contratación que establece la normativa española a todas las empresas no integrantes de la SAGEP.

7.2 Regulación de las compensaciones económicas en los supuestos de servicios portuarios prestados en régimen de autoprestación.

El régimen de autoprestación no es gratuito para las empresas que decidan y puedan optar al mismo. Este es otro elemento que distorsiona el propio modelo configurado en la legislación española. El Art. 136 del TRLPMM establece: *“En las licencias de autoprestación y en las de integración de servicios se establecerá la compensación económica que, en su caso, los titulares deberán abonar como contribución para que las obligaciones de servicio público que recaen sobre los titulares de licencias abiertas al uso general puedan ser atendidas, en particular las de mantener la cobertura universal, la regularidad y la continuidad de los servicios”*.

El cálculo del valor de dicha compensación económica viene regulado en el apartado segundo del Art. 136, la determinación exacta se establece para cada licencia de conformidad con los criterios objetivos, transparentes, proporcionales, equitativos y no discriminatorios establecidos al efecto en las prescripciones

⁴⁵⁰ Art. 143.1 “Todas las empresas que deseen prestar el servicio portuario de manipulación de mercancías y obtengan la correspondiente licencia deberán, en su caso, integrarse como participes en el capital de la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios. **Se exceptúan de esta exigencia las empresas con licencia para autoprestación”**.

particulares de los servicios⁴⁵¹. Pero la realidad es que a pesar de que se trata de no resultar discriminatorios, las empresas que se deseen optar por este modelo deben incorporar en sus costes fijos la cuantía de la compensación económica, y valorar si les es más rentable la autoprestación o acudir al modelo de la SAGEP.

Esta compensación económica tendrá un carácter anual y será facturada por la Autoridad Portuaria a los titulares de licencias de autoprestación, según se estableciera en las prescripciones particulares de los servicios. En el supuesto de que hubiera prestadores del servicio abierto al uso general, se distribuirá entre los mismos con arreglo a los criterios previstos en las referidas prescripciones particulares. Esta misma idea está recogida en el Art. 113.4.q) del TRLPMM relativo a los Pliegos de Prescripciones Particulares de los servicios portuarios al señalar que los Pliegos regularan, entre otras materias: “*Criterios de valoración de compensaciones económicas a aplicar a los titulares de licencias de autoprestación e integración de servicios, así como para su posterior distribución entre los prestadores del servicio abiertos al uso general*”. De este modo, puede señalarse que el recurso a la autoprestación es una cuestión compleja que debe valorar cada empresa, teniendo en cuenta las compensaciones económicas que puede imponer la Autoridad Portuaria en cada puerto.

El hecho de prever la posibilidad de que las empresas que practiquen la autoasistencia, se hagan igualmente cargo del coste de las correspondientes obligaciones de servicio público, es una medida acertada. Ahora bien, si unido al hecho de que deben abonarse ciertas compensaciones económicas, se establece la obligación de que deben realizarse la contratación a un determinado personal, pertenecientes a la SAGEP, no parece que se respeten los criterios de proporcionalidad que establece la legislación.

⁴⁵¹ El cálculo exacto se establece en el Art. 136.2 de la siguiente manera: “Para cada servicio, dicho valor será un porcentaje de los costes fijos que le corresponderían a un único prestador abierto al uso general con los medios humanos y materiales mínimos exigidos por el Pliego de Prescripciones Particulares del servicio. Dicho porcentaje no podrá ser mayor que el porcentaje que representa sobre el total de actividad anual de cada servicio portuario la realizada por el titular de una licencia de autoprestación o integración del servicio, en el ámbito geográfico y, en su caso, en el tipo de tráfico y mercancía, afectado por las prescripciones particulares del servicio que sean de aplicación”.

7.3 El modelo comunitario de autoprestación.

Las instancias comunitarias se han interesado por esta cuestión en varias ocasiones, el nombre que recibe este modelo en el ámbito comunitario es el “*autoasistencia*”. En particular, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 13 de febrero del 2001⁴⁵², ya recogía en su propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios la siguiente apreciación:

“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar la práctica de la autoasistencia. Este principio reconoce el hecho de que, en principio, no hay razones para que no se permita la autoasistencia en los puertos si los operadores consideran que de se modo se aprovechan mejor sus recursos y sus servicios ganan en eficacia. El principio considera, además, que las condiciones y criterios aplicables a los que optan por la autoasistencia no deben ser más estrictos que los fijados para otros prestadores de los mismos o similares servicios”.

En la propuesta de Directiva, que como ya se ha indicado no llegó a prosperar, se establecían estas mismas cuestiones, que posteriormente, se recogieron en la Legislación Española del 2003, *Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general*, Art. 73 a 75. Al efecto la Exposición de Motivos señalaba la importancia de la creación de una licencia específica para este nuevo supuesto, enmarcado dentro de la política de liberalización de servicios que preconizaba la Ley del 2003.

El modelo de la autoasistencia portuaria tiene en el contexto comunitario un predecesor como fue la *Directiva 96/67/CE del Consejo de 15 de octubre de 1996 relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad*⁴⁵³. El caso la “*autoasistencia en tierra*” parte de la misma premisa que en el ámbito portuario, un usuario que se presta directamente a si mismo una o varias categorías de servicios de asistencia, sin celebrar con un tercero ningún contrato, cualesquiera que sea su denominación, siempre que su objeto sea la prestación de servicios.

⁴⁵² Disponible en: www.europa.eu COM (2001).35final.

⁴⁵³ Disponible en: www.europa.eu. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 25 de octubre de 1996. n° L 272/36.

En los supuestos de autoasistencia las empresas que se acogen a esta modalidad, en cualquier ámbito empresarial, deben valorar los costes asociados a los que deben hacer frente. En concreto, en el caso de la autoprestación de los servicios portuarios, las compensaciones económicas que establece el TRLPMM, la única limitación que determinan las instancias comunitarias, en todos los casos, es que los criterios aplicables a las empresas que optan por la autoasistencia no sean más estrictos que los fijados para otros prestadores de los mismos o similares servicios.

En el caso particular de la autoprestación del servicio de manipulación de mercancías, para el supuesto de los servicios de transporte marítimo de corta distancia regulares y de las autopistas del mar, las empresas que se presten a sí mismas el servicio utilizando personal propio en tierra, se les impone la obligación de que este personal sea personal de la SAGEP, con el que se establece una relación laboral común o especial. Esta medida en cierta manera distorsiona la libertad de las empresas usuarias de este tipo de servicios, en tanto que, impone una forma de actuar, como es contar con personal de tierra, al que debe contratar o bien acudir a los servicios de la SAGEP.

La activación del transporte marítimo de corta distancia, ha sido uno de los objetivos que ha perseguido desde hace años la política comunitaria de transportes, el *Libro Blanco- La política Europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*⁴⁵⁴ planteado por la Comisión Europea en septiembre del 2001, remarcaba ya la importancia de las denominadas “*autopistas del mar*”, como proyectos de intermodalidad que potenciarían la competencia de los puertos europeos desde un punto de vista económico. Pero para que esta idea fuera una realidad, el Libro Blanco remarcaba la importancia de contar con una amplia oferta de servicios eficaces y simplificados, de este modo, medidas como la recogida en la normativa española, más de diez años después, no parece que vayan en la dirección que planteaban las instancias comunitarias.

El concepto de autopistas del mar supone la creación de un nuevo tipo de transporte intermodal de gran capacidad y que representa una alternativa al

⁴⁵⁴ Disponible en: www.europa.eu. COM/2001/0370 final. “La reactivación del transporte marítimo de corta distancia requiere la creación de auténticas «autopistas del mar», con arreglo al plan general de la red transeuropea, y supone una mayor conexión de los puertos con la red ferroviaria y fluvial, así como una mayor calidad de los servicios portuarios.”

transporte por carretera, pero como señala MANUEL ESTEPA MONTERO⁴⁵⁵ el cambio más relevante radica:

“...la novedad más destacada del nuevo sistema de transporte proyectado venga representado por el hecho de que supone una alteración radical del concepto de «modo de transporte». En efecto, la nueva modalidad ya no se limita exclusivamente a la realización de una gran infraestructura del transporte (una vía terrestre, un aeropuerto o un puerto) por la que discurrirá el tráfico adecuado sino que consiste principalmente en el funcionamiento de distintos medios e transporte perfectamente coordinados que se asientan en un conjunto de obras de infraestructura auxiliar e intermodal, así como la conexión con otras redes de transporte, que hacen posible la operatividad de tráfico de mercancías con las condiciones de excelencia, ya citadas, para permitir un servicio puerta a puerta radicalmente más satisfactorio al que venían recibiendo las empresas y los ciudadanos”.

Igualmente, la *Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios*⁴⁵⁶, al referirse a la autoasistencia remarcaba la trascendencia que podría tener la utilización de esta medida en el empleo portuario:

*“Como norma general, las empresas podrán practicar la autoasistencia en las operaciones de carga y pasaje utilizando su personal de tierra. El uso de personal de tierra en labores de autoasistencia **incrementará el empleo en los puertos, de lo cual se beneficiaran principalmente las poblaciones locales.** No hace falta decir que este personal deberá contratarse cumpliendo escrupulosamente la normativa comunitaria y nacional en materia laboral, con las mismas normas generales y condiciones que al resto de personal que participe en la manipulación de la carga. Además de utilizarse personal de tierra, se podrán encomendar tareas de autoasistencia a las tripulaciones marítimas de los buques que presten servicio de transporte marítimo regular autorizado en el contexto de la*

⁴⁵⁵ Ob.cit. ESTEPA MONTERO, MANUEL. “Regulación del transporte marítimo: las autopistas del mar”. Pág. 688.

⁴⁵⁶ Disponible en: www.europa.eu.COM/2004/0654 final.

navegación de corta distancia o las autopistas del mar. Los servicios de transporte marítimo regulares autorizados la navegación de corta distancia y las autopistas del mar se derivan de una política de la UE cuyo objetivo principal es reducir el transporte terrestre (carretera) ”.

Si los prestadores de servicios portuarios que practican la autoasistencia pudieran ejercer libremente su derecho a elegir su propio personal, siempre que este cumpla la normativa aplicable en materia de empleo, condiciones de trabajo, formación y cualificación, esta podría ser una medida que potenciara el empleo. Es importante remarcar que el personal que se contrate en estos supuestos debe contar con los requisitos de cualificación exigidos. La propia *Propuesta de Directiva del 2004* remarcaba la importancia de estos aspectos: *“La autoasistencia no debe entorpecer la eficacia global de las actividades portuarias ni suponer mengua en los niveles de salud en el trabajo, condiciones laborales, seguridad o formación con respecto a los aplicables al personal existente ”.*

Una de las alegaciones que han mantenido las organizaciones sindicales de estibadores, es que la práctica de la autoasistencia conllevaría una merma en las condiciones laborales y de seguridad, es cierto que si no respetan los requisitos de cualificación del nuevo personal contratado, y únicamente se recurre a mano de obra barata y sin preparación, podría producirse una rebaja de las condiciones laborales, por eso es importante la labor inspectora de las Autoridades Portuarias, como órganos encargados de velar por el cumplimiento de la normativa.

Aun a pesar de estas premisas el modelo nunca ha llegado a instaurarse totalmente, puesto que siempre ha contado con la férrea oposición de los trabajadores portuarios estibadores. Las masivas protestas de principios del 2000, que dieron lugar a que no pudiera aprobarse la Directiva del 2001, fundamentaban sus reivindicaciones en el hecho de que una liberalización de los servicios portuarios por medio de mecanismos como la autoasistencia conllevaría una merma en los derechos laborales de los trabajadores portuarios. Igualmente, muchas empresas que prestan servicios en los puertos, en muchos casos sin competencia, han frenado los intentos liberalizadores de los servicios portuarios, cuestión que afectan en gran medida al desarrollo del transporte marítimo en el contexto de la Unión.

TERCERA PARTE.

**ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL
SERVICIO DE LA ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIA.**

I. ENFOQUE GLOBAL.

Llegados a este punto de la tesis se hace imprescindible una foto fija del trabajo realizado hasta el momento; una vez delimitados los orígenes del servicio, su régimen jurídico, particularmente el actual contenido en el TRLPMM, así como, analizadas algunas de las teorías clásicas del servicio público. En los siguientes apartados se tratará de mostrar que subsiste de todo lo expuesto, para poder analizar que orientación tomarán las labores de estiba y desestiba en los puertos españoles, en concreto tras la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, a la que se ha aludido en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, y por la que se condena al Estado Español al haber incumplido las obligaciones que le competen en virtud del artículo 49 TFUE⁴⁵⁷.

En esta labor de fotógrafo de excepción en la que a veces se convierte el jurista, la foto fija de la estiba muestra un sistema que difícilmente podrá continuar como hasta ahora. Los actores implicados como son las empresas estibadoras, los trabajadores estibadores portuarios, las autoridades portuarias de España, y sobre todo el Estado a través de Puertos del Estado están abocadas a entenderse y a delimitar un nuevo escenario, en ese camino debe enmarcarse la Propuesta elevada al Ministerio de Fomento en junio de 2015 sobre la que posteriormente se incidirá. No es objeto de este trabajo, el análisis de las cuestiones puramente de régimen laboral, puesto que el punto de estudio es el Derecho Administrativo, por lo tanto, y aun a pesar de su relevancia, no se analizaran propiamente las consecuencias que estos cambios supondrán en el ámbito laboral de los trabajadores portuarios, aunque tangencialmente algunas cuestiones sean importantes y por ende mencionadas.

⁴⁵⁷ El Art. 49 del TFUE (Antiguo Art. 43 TCE) enmarca dentro de la regulación del Derecho de Establecimiento y dice textualmente: “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 sociedad, 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 evolución en los servicios públicos es consustancial a todos ellos, como apunta ELOÍSA CARBONELL PORRAS⁴⁵⁸: “*Estudiar la evolución histórico-legislativa en el transporte, como en cualquier sector, muestra la concurrencia de diversos títulos de potestad, su progresiva —aunque no siempre fácil— delimitación en atención a los fines perseguidos y las distintas técnicas jurídicas a las que el ordenamiento jurídico recurre para alcanzarlos*”. Con esta tesis se pretende ofrecer un análisis del servicio de estiba y desestiba portuario, por medio del estudio de las diferentes técnicas legislativas que se han ido desarrollando a lo largo de los años, en toda la evolución normativa el fin perseguido se ha mantenido bastante estable: garantizar el tránsito portuario en condiciones de seguridad y continuidad.

Esta transformación se observa en otros servicios, como en el caso del servicio de telecomunicaciones en España en el que por primera vez se incorporó la técnica del servicio universal, tras la aprobación de la *Ley 11/1998, de 24 de abril, Ley General de telecomunicaciones*, o la liberalización de los servicios postales a principios de los noventa. Estos cambios se enmarcan dentro de la Unión Europea en el marco de la política de mercado común como ejemplo de competencia real; cambios que entroncaron con las tradicionales concepciones de monopolios y desarrollo de los servicios en la estructura de las administraciones públicas que existían en la mayoría de los países miembros.

Aunque en el supuesto de los servicios postales se producía un punto de partida distinto a la situación actual de los servicios de estiba y desestiba portuarios; en el caso de los servicios postales a principios de los años noventa comienza el desarrollo de las nuevas tecnologías de la telecomunicación, como el fax o el correo electrónico, lo que supone una merma en el volumen de envíos. En cambio por lo que respecta a la fundamentación para esa liberalización nada que ver con la situación actual que vive el tránsito de mercancías por vía portuaria, situado como uno de los sectores más relevantes en el cómputo de las economías globales. Por lo tanto, no es aplicable el argumento de la generación de pérdidas para justificar una completa liberalización, como pudo serlo en su día para suprimir los tradicionales monopolios estatales de otros sectores.

⁴⁵⁸ CARBONELL PORRAS, ELOÍSA. “*Análisis histórico de la intervención pública en el transporte terrestre como punto de referencia de la actual ordenación del sector*”. Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 263. 1994. Pág. 449.

Al respecto de estos cambios normativos en los tradicionales servicios públicos en el ordenamiento español SANTIAGO MUÑOZ MACHADO⁴⁵⁹ analiza:

“La regulación del servicio universal en el área de los correos, difiere de la establecida en materia de telecomunicaciones, en un punto de gran interés: mientras en materia de telecomunicaciones la apertura al mercado ha sido absoluta, de modo que el antiguo operador monopolista (que en la actualidad sigue siendo operador dominante) Telefónica, S.A, no detenta ni prerrogativas especiales ni la exclusiva sobre ninguna clase de servicios, en materia de correos la Ley del Servicio Postal no ha concluido todavía una liberalización completa. Por esta razón establece una regulación privilegiada a favor del operador encargado del servicio universal (que es la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos), que prorroga algunos elementos monopolísticos y mantiene posiciones de privilegio a favor de dicho operador”.

El caso de la estiba y desestiba portuaria en España, en ese sentido tal vez se parezca más al supuesto del servicio postal, dado que la liberalización no ha sido en ningún caso absoluta. Especial consideración, al hilo de lo anterior como otro ejemplo de evolución de los servicios públicos, debe hacerse al análisis de la evolución sufrida por el Derecho Público en el sector del transporte terrestre. Al igual que le ocurre al servicio portuario de estiba y desestiba, como se ha tenido ocasión de repasar en los apartados precedentes de esta tesis, el servicio de transporte ha pasado por las más diversas y heterogéneas técnicas de intervención administrativa. Ambos servicios tienen puntos de confluencia en su evolución, los dos se podrían encuadrar en el estudio que la parte especial del Derecho administrativo dedica a los servicios públicos, como ejemplos de tránsito del servicio público a la liberalización. Ambos servicios tienen una trayectoria en la que se aprecian cuestiones cargadas de contenido jurídico, pues han cobrado vida las más variadas y fundamentales instituciones jurídico-administrativas.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. *“Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho”*. Pág. 1154.

⁴⁶⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *“Los transportes por carretera y competencia”*. Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreos, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia”. (Coord. Germán Fernández Farreres).

El servicio de estiba y desestiba debe enfrentarse ahora a importantes cambios, y el detonante de esta nueva regulación del sector de la estiba que debe acometerse en España, es principalmente su acomodo a los postulados comunitarios; deben superarse estructuras y prebendas más propias de la época gremial que de un modelo acorde a la libertad de mercado. Esto no significa en modo alguno que deban obviarse las consideraciones del tradicional modelo de servicio público, dado el valor estratégico de la actividad, ni que deba desprotegerse al colectivo de trabajadores. A juicio de esta autora lo importante es que los actores se reinventen y ejerciten la función bajo papeles nuevos, con mayor protagonismo de las Autoridades Portuarias, pero no desde el intervencionismo, sino desde posiciones más tendentes a garantizar que la actividad privada se ajusta al interés general.

En general sería muy interesante que el Derecho público en lugar de detenerse tanto en su vertiente reguladora, lo hiciera más en la ejecución práctica de los servicios, en concreto por lo que se refiere a la prestación de la actividad. Si la regulación desciende a aspectos prácticos que aseguren una correcta ejecución estaremos ante un nuevo intervencionismo de más baja intensidad, tendente principalmente a la efectividad de los servicios. Como ejemplo el Derecho público debe tratar de asegurar que se cumplen unos estándares de formación en el personal encargado de llevar a término la prestación.

Así pues, se trata más bien ahora de una transformación en el caso de los servicios de estiba y desestiba que se fundamenta en crear un nuevo modelo organizativo y de gestión, dado que estos servicios son instrumentos esenciales para el desarrollo económico, pero donde los poderes públicos deben desempeñar un nuevo papel. Los primeros pasos hacia la liberalización ya tuvieron lugar a principios del 2000, como se ha tenido ocasión de analizar, por lo que ahora se trata de crear un modelo cuyas condiciones de prestación no difiera de las establecidas en el

Civitas. 2004. Pág. 417. "Afrontar un análisis de estas características exige tener bien presente que el transporte por carretera, al igual que los demás modos de transporte (aéreo, marítimo, ferroviario) se ha caracterizado tradicionalmente por un fuerte intervencionismo público. Tanto en el acceso al mercado, como en el desarrollo de las actividades, los límites y condicionamientos a los que se ha enfrentado la iniciativa privada han sido siempre muy destacados. Es verdad que, coincidiendo prácticamente con la adhesión de España a la CEE, la aprobación de la LOTT supuso el inicio de un proceso de cambio que, paso a paso, ha suavizado no pocas de las restricciones existentes. En este sentido, destacada ha sido la supresión de los contingentes o restricciones cuantitativas en el acceso a la prestación de determinadas clases de transportes de mercancías y también en el caso del transporte discrecional de viajeros. Y no menos lo ha sido la eliminación del régimen tarifario que venía aplicándose a algunos de esos servicios".

entorno comunitario y con el que armonizar nuestra legislación con la del resto de los estados miembros.

El modelo de estiba portuaria que tiene España, y por el que ha sido condenado el Estado español parte de imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de estiba y desestiba en los puertos españoles de interés general varias obligaciones:

1. La obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios, y en su caso, de participar en el capital de ésta.
2. La obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima.
3. La obligación de contratar de forma permanente a un mínimo de trabajadores para poder optar a las licitaciones públicas.

Entre las ideas que se analizarán seguidamente en esta tesis está valorar si estas obligaciones encuentran una verdadera justificación como “obligaciones de servicio público” y si pueden estas encuadrarse en la técnica del denominado servicio universal. Según MATILDE CARLÓN RUIZ⁴⁶¹ en el servicio universal pueden identificarse los siguientes elementos: **accesibilidad y asequibilidad, y de forma conexa, calidad**. Pues bien, en las próximas líneas se tratará de argumentar si estos tres elementos se encuentran en el servicio de estiba portuario. Sin desconocer las referencias al principio de subsidiaridad respecto de la actuación del mercado, pues no debemos olvidar que los servicios de estiba son claves para la economía de un país.

De este modo, y tal como propone esta autora, para el servicio universal de telecomunicaciones, a lo largo de las siguientes páginas se intentará dar respuesta a varias preguntas: **QUÉ**. ¿Debe ser el servicio de estiba entendido como un servicio universal dado su contenido? **QUIÉN**. ¿Qué operadores deben prestar el servicio? y ¿En qué condiciones se accede a la condiciones de operador? **CUÁNTO**. ¿Qué coste tiene la prestación? ¿Pueden imponer obligaciones, dado

⁴⁶¹ CARLÓN RUIZ, MATILDE. “El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas”. Cuadernos de Derecho Local, nº 23. 2010. Págs. 106-124.

su tradicional calificación de servicio público? **CÓMO.** ¿Es viable un modelo totalmente liberalizado? ¿Qué papel se reservan las autoridades públicas, en particular, las autoridades portuarias, en supuestos como la huelga?

1. Breve explicación de los procesos de estiba y desestiba.

Para intentar dar respuesta a las anteriores preguntas antes es interesante hacer un resumen de todo lo expuesto hasta el momento y repasar todos los intervinientes del proceso e incluso el funcionamiento del proceso en si, al que aluden las labores de estiba y desestiba. El punto de partida para todos los servicios a los que se ha ido aludiendo, es que tanto el servicio de telecomunicaciones, los servicios postales, los de alumbrado público, recogida de residuos, etc., todos tienen las mismas notas características, atienden a necesidades colectivas, en algunos casos su relevancia económica será mayor que en otros, pero lo cierto es que son básicos para la vida en sociedad; por eso han tenido la tradicional consideración de servicios públicos, y siguiendo la ideología francesa han sido prestados por los Estados.

Pues bien, el servicio de estiba y desestiba podría explicarse como algo tan sencillo como el trabajo en un almacén. Si solo nos quedamos en eso, es difícil apreciar las notas que le han conferido el calificativo de servicio público o porque, como se ha tenido ocasión de estudiar en el capítulo relativo a los orígenes, estas labores han sido tan importantes a lo largo de la historia. Esto se debe a que no es solo un trabajo de carga y descarga y almacenamiento de mercancías; de la colación de la carga en un buque, que va a realizar una larga travesía, depende el éxito del transporte.

La incorporación de la técnica de los contenedores, nacida en la costa este de los Estados Unidos⁴⁶², fue una de las mayores innovaciones técnicas introducidas en el sector del transporte durante la segunda mitad del siglo XX. El abanico de posibilidades que supone el uso de cajas de dimensiones normalizadas, en las que empaquetar las mercancías y que permite que viajen indistintamente por vía marítima, carretera o ferrocarril, ha reducido enormemente los costes, los robos, las averías, etc., y ha posicionado al transporte marítimo como un vector esencial en la globalización.

⁴⁶² La primera Compañía que utilizó el contenedor que hoy en día conocemos en el transporte marítimo fue “*Pan Atlantic Steam Ship Company*”, que en el 1956 utilizando buques petroleros transportó contenedores en la línea New York - Houston.

Así pues, no es simplemente una actividad de mera logística, no se trata solo de cargar y descargar; el entorno portuario es un inmenso almacén, de ahí el paralelismo anterior, pero en ese inmenso almacén se desarrolla un sector como el del transporte marítimo, de relevancia económica incuestionable en todos los Estados. En ese papel estratégico los servicios de estiba y desestiba, dentro de los servicios portuarios que ofrecen los puertos, tienen suma importancia, en tanto que, por medio de la estiba y desestiba las mercancías entran y salen de los buques.

Los servicios de estiba y desestiba son definidos por INMACULADA BALLESTER PASTOR⁴⁶³ de una manera muy ejemplificativa:

“La prestación del servicio consiste en que el propietario de las mercancías que se transportan lleva a cabo un contrato para el transporte de la carga con el naviero, y éste encarga al consignatario la gestión de los servicios relacionados con la estancia del buque en el puerto, entre ellos la carga y la descarga de las mercancías. Por su parte, las actividades de estiba y desestiba son básicamente las que consisten en la carga, estiba y desestiba y descarga, y trasbordo de mercancías que permitan su transferencia entre buques o entre los buques y tierra u otros modos de transporte. Estas actividades de carga y descarga se prestan finalmente a través de las empresas estibadoras que cuenten con la licencia correspondiente, y tales empresas estibadoras son las que deben contratar a los estibadores”.

Por lo tanto, en el entorno portuario se desarrolla un complejo proceso, donde intervienen medios humanos y técnicos que llevan a término labores de gran precisión, y que deben realizarse en el menor tiempo posible, puesto que el tiempo es el factor determinante para la elección de un puerto. Las empresas que contratan los servicios de transporte marítimo tienen principalmente en cuenta el que los buques deben permanecer en puerto el menor tiempo posible, teniendo en cuenta que de ello depende su rentabilidad.

La importancia de contar con personal cualificado condiciona en gran medida el éxito de la operación. El *Convenio 137, de la Organización Internacional del*

⁴⁶³ Ob.cit. BALLESTER PASTOR, INMACULADA. “*La relación laboral especial de los estibadores portuarios*”.Pág. 17.

Trabajo (OIT), sobre las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos de 1973, ratificado por España el 22 de abril de 1975 y sobre el que ya se ha incidido a lo largo de este trabajo, en su Exposición inicial remarca la relevancia de los trabajos de los estibadores portuarios al señalar:

“Considerando que se han producido y siguen produciéndose importantes cambios en los métodos de manipulación de cargas en los puertos (...) Considerando que dichos cambios, al acelerar el transporte de la carga y reducir el tiempo de estadía de los buques en el puertos y los costos de transporte, pueden beneficiar a la economía del país en general y contribuir a la elevación del nivel de vida”.

Como idea principal que puede extraerse es que la dinámica en la propia prestación del servicio es que las empresas estibadoras que cuentan con la licencia que les habilita a la realización del servicio: en un primer momento, recurre al personal contratado en “régimen laboral común” que tiene en su plantilla, trabajadores que ha tenido que recular obligatoriamente entre trabajadores de la SAGEP, lo que ya de por sí supone una restricción en sí misma. En segundo lugar, si no dispone de personal suficiente debe solicitar a la SAGEP personal para formalizar contratos bajo “régimen laboral especial”, procedimiento que se ha analizado en profundidad en los apartados anteriores de esta tesis. Por último, solo en el caso de que la SAGEP no pueda suministrar suficiente personal, la empresa estibadoras puede contratar libremente en el mercado, eso sí, con la restricción nuevamente, de que sólo puede hacerlo para ese turno de trabajo.

En el marco de esta dinámica en la prestación del servicio, las **notas características que diferencian el sector de la estiba y desestiba portuaria de otros servicios**, y por extensión la regulación laboral de los estibadores, de otros colectivos de trabajadores son bastante evidentes y pueden esquematizarse del siguiente modo:

1. Como premisa encuadrar que la actividad se desarrolla en un entorno específico: los puertos de interés general.

2. Aunque la Orden que regula esta materia es bastante reciente, tradicionalmente para el ejercicio de la actividad se ha entendido que los trabajadores debían tener una capacitación profesional específica. Esta cuestión en principio no es distinta a otros sectores relacionados con el transporte en el que se exigen a los trabajadores tener superadas pruebas de capacitación. La nuevas tecnologías aplicadas a la logística, que aumentan el control sobre la carga, así como la informatización del proceso de estiba y desestiba, supone un alto nivel de profesionalización de los estibadores, sin olvidar el grado de peligrosidad que pueden entrañar algunas maniobras, y el manejo de compleja maquinaria.
3. Para garantizar un buen funcionamiento del servicio se requiere de personal disponible las 24 horas, no se debe olvidar como señala SANTIAGO NICOLÁS DÍAZ FRAILE⁴⁶⁴ respecto de la estancia del buque en puerto: *“Resulta pues claro que la rentabilidad de un buque se produce por el mayor tiempo de navegación con un alto nivel de ocupación de espacios de carga, lo que hace necesario reducir los tiempos de escala en puerto al mínimo imprescindible”*. Para cumplir con esta necesidad se requiere de personal estibador que realice las funciones de estiba y desestiba de la forma más rápida posible.
4. Tradicionalmente, para cubrir las previsiones las 24 horas se han establecidos turnos de trabajo, con sistemas de rotación para que todos los trabajadores puedan tener asegurado el trabajo. De igual modo, se cubren los turnos de trabajo de inactividad pero que si se ha estado a disposición.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ DÍAZ FRAILE, SANTIAGO NICOLÁS. *“Régimen jurídico del servicio público de estiba y desestiba”*. REDETI: Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red, nº 7. 2000. Págs. 79-142.

⁴⁶⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, MIGUEL CARLOS. *“Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores”*. Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 1.2002. Págs. 3-18. *“Para ello se ha procurado reservar el trabajo portuario a unos determinados trabajadores registrados o que figuran en una determinada lista, lo suficientemente amplia numéricamente como para permitir también la existencia de una cierta reserva de mano de obra. Ese sistema ha supuesto una restricción de la libertad de contratar las empresas de estiba a cualquier trabajador, pues se trata de hacer excepcional el recurso de mano de obra ocasional externa, y se ha acompañado de la fijación de tarifas para evitar lo que en su momento se llamo «subasta de mano de obra» realizada a la baja en concurrencia entre los trabajadores”*.

5. La intervención de empresas estibadoras se ajusta claramente a la especificidad de las labores y las necesidades de los buques, tal y como expresa GERARDO CONESA PRIETO⁴⁶⁶: *“La ya señalada evolución en la técnica para realizar las operaciones de carga y descarga como respuesta a la necesaria rapidez, va acelerándose merced del empleo de maquinaria específica de la que se van dotando los puertos, perfeccionamiento que ha dado lugar a que pertenezca al pasado el hecho de que las mercancías sean manipuladas por las tripulaciones de los buques, y al surgimiento de empresas capaces de aportar la maquinaria y el personal especializado para obtener un rendimiento óptimo”*. Los poderes públicos que en algunos casos empezaron siendo prestadores directos del servicio dado el interés público que suscitan estas actividades, con el tiempo han visto que no es asumible el coste de los servicios, pasando entonces a técnicas de gestión privadas como la concesión o la autorización por las que transfieren la realización efectiva del servicio a la iniciativa privada.
6. La consideración del interés público se base en la relevancia del comercio marítimo portuario para el conjunto de la economía de un país, y con especial incidencia en las labores de carga y descarga como piedra angular del negocio marítimo portuario, al ser determinante como actividad auxiliar dentro del transporte marítimo para que un buque elija un determinado puerto para operar con sus mercancías.
7. Las peculiaridades del trabajo de estiba han hecho necesaria una cierta regularización, dado que el trabajo ocasional no permite lograr el objetivo de una mano de obra con mayor cualificación y que asuma mayores responsabilidades. En el proceso que permite esa regularización se entrelazan una serie de relaciones laborales y mercantiles, entre las empresas estibadoras que necesitan trabajadores para la ejecución de la estiba y desestiba, los buques que transportan las mercancías, las sociedades de gestión creadas con la finalidad de suministrar personal, y las Autoridades Portuarias que si bien ya no participan en la gestión

⁴⁶⁶ Ob.cit. CONESA PRIETO, GERARDO. *“La estancia del buque en puerto”*. Pág. 109.

directa de personal, continúan teniendo un papel muy significativo. Según MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA⁴⁶⁷: “*El instrumento de regulación de empleo y estabilidad que son las sociedades estatales permite que las empresas estibadoras (todas y cada una de ellas) pongan a su personal excedentario a disposición de las otras empresas, lográndose así la estabilidad de los portuarios y el ajuste de la plantilla a las auténticas necesidades del tráfico portuario.*” De este modo, se evidencia la relevancia de las sociedades de gestión de personal que incluso en la nueva regulación del sector de la estiba se sigue apostando por un modelo similar denominado ahora centros portuarios de empleo.

Partiendo de estas particulares premisas se constituye el singular status del servicio de estiba y desestiba portuaria y se puede contextualizar su importancia. La compleja normativa, los bienes a tutelar y los intereses económicos que subyacen de una correcta prestación del servicio hacen que las transformaciones que debe experimentar la ordenación del sector, sean muy interesante para el Derecho administrativo, como ejemplo de como cobran virtualidad todas las instituciones que la Parte General estudia desde la teoría.

2. El contenido de la prestación del servicio portuario de estiba y desestiba portuario.

2.1 Sujetos intervinientes y su cambio de roles tras las sucesivas modificaciones legislativas.

En el proceso que comprende el servicio portuario de estiba y desestiba, no solo intervienen los estibadores, también es importante detenerse en las empresas estibadoras titulares de las licencias y que en última instancia son las perjudicadas o beneficiadas con la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo que va obligar a España a modificar su sistema de prestación del servicio. En resumen, como se ha ido apuntando a lo largo de este trabajo, los sujetos implicados en el servicio más importantes son los siguientes:

- Las Administraciones públicas: Puertos del Estado y Autoridades Portuarias de cada puerto.

⁴⁶⁷ Ob.cit. ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. “*La regulación española del trabajo en la estiba portuaria y los Tratados de la Unión Europea.*” Pág. 317.

- Las sociedades creadas para suministrar personal estibador, que a lo largo de los años han sufrido muy diversos avatares y denominaciones, en la actualidad SAGEP.
- Las empresas estibadoras titulares de la licencia y que contratan al personal cedido por la SAGEP, para realizar propiamente el servicio de manipulación de mercancías que engloba la estiba y desestiba.
- Los estibadores como personal que lleva a término el servicio.
- Los demás intervinientes, son muy diversos y tangencialmente también afectan al servicio, las empresas navieras, los empresarios propietarios de la carga, etc.

Las empresas estibadoras titulares de la licencia nacen de la imposibilidad de los poderes públicos de cubrir las necesidades de un servicio de interés general básico para el tráfico portuario. IGNACIO ARROYO MARTINÉZ⁴⁶⁸ analiza al respecto:

“La complejidad y sofisticación de los transportes marítimos y aéreos ha llevado a la especialización, provocando la irrupción de nuevas empresas que realizan actividades tradicionalmente reservadas al transportista, tales como la estiba y desestiba, transbordo, carga y descarga, clasificación y separación, traslado en la zona portuaria, almacenamiento, depósito y manutención de las mercancías”.

Estas empresas cuya actividad mercantil debe ser previamente habilitada por la Administración, llevan a cabo las labores de carga y descarga por cuenta siempre de terceros, generalmente los buques que deciden operar en un determinado puerto. Su interferencia en el transporte da lugar a situaciones complejas, pues si bien los gastos de estas operaciones pueden ser de cuenta del cargador o del consignatario, según lo estipulado en el contrato de transporte, con frecuencia las operaciones han sido contratadas por el porteador o su agente.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ ARROYO MARTINÉZ, IGNACIO. “Compendio de Derecho Marítimo”. Tecnos. 2009. 3era.Edición. Pág. 110.

⁴⁶⁹ HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN. “Contrato de transporte marítimo de mercancías”. Pág.99

Las empresas estibadoras titulares de las licencias, los estibadores, y las propias autoridades portuarias, tienen un régimen jurídico, que ya ha sido analizado con anterioridad en esta tesis, un régimen que ineludiblemente se va a modificar, así que ahora todos estos sujetos jurídicos del servicio de estiba y desestiba tienen por delante un interesante reto tras la Sentencia de 11 de diciembre de 2014. A juicio de esta autora, y como se tendrá ocasión de matizar, es difícil de precisar en una primera impresión, cual va ser el posicionamiento de las empresas estibadoras, porque lo que parece poco probable es que el sistema permita una total libertad de contratación de trabajadores; puesto que como ya se ha mencionado, casi con toda certeza, se van a seguir imponiendo limitaciones basadas principalmente en la calidad del servicio, garantizando que éste siempre se preste por personal cualificado.

Por lo tanto, un nuevo modelo liberalizado seguirá obligando a las empresas a la contratación de personal debidamente cualificado, contratación que en la mayoría de los casos seguirá siendo estacional. Asimismo, habrá que ver si el Gobierno al dar cumplimiento a la Sentencia también modifica la obligación contenida en el Art. 117.1.n y apartados 4 y 5 del Artículo 150 TRLPMM, por la que se exige que las empresas titulares de licencias del servicio de manipulación de mercancías tengan en régimen laboral común un porcentaje mínimo de trabajadores del servicio. El TRLPMM exige que en las licencias se establezca el número mínimo de trabajadores contratados en régimen laboral común, que deberá cubrir en todo caso al menos el 25% de la actividad de la empresa en cómputo interanual en el ámbito de ese servicio.

Esta cuestión puede entenderse como integrante de las obligaciones de servicio público que sustentan la concepción del servicio universal. La dicotomía ante la que se encuentra un nuevo modelo de estiba en España, es elegir entre una solución donde se mantenga la pervivencia de este tipo de obligaciones, o por el contrario se considera que conculcan la competencia, y por lo tanto, deben desaparecer en una hipotética, y necesaria, nueva regulación de la materia. La regulación actual contenida en el Art. 150.5 determina una serie de obligaciones para las licencias del servicio portuario vinculadas al régimen laboral; no en vano esa regulación, más propia del contenido de la propia licencia, está dentro del Capítulo VI relativo al régimen de gestión de los trabajadores para la prestación

del servicio portuario de manipulación de mercancías, lo que ya da una idea de la significación que el legislador quiso dar a esta obligación.

Ante este panorama no es extraño que pueda plantearse como medida de presión el ejercicio del derecho de huelga de los estibadores portuarios, como ha ocurrido en otros momentos en la historia que ya han sido analizados al comienzo de esta tesis. Pues bien, en ese punto conviene detenerse, los matices que adquiere del derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad vienen establecidos en la Constitución de 1978 Art. 28.2, así pues sucesivos apartados se analizará con detalle cual es el encuadre en el que puede ejercerse el derecho de huelga por parte de los estibadores.

Como conclusión todos estos sujetos intervinientes confluyen de desigual manera en el denominado estatuto jurídico del servicio, a lo largo de esta tesis en los epígrafes anteriores se ha ido analizando la regulación que compete sobre todo a la SAGEP, a los estibadores, y a las empresas titulares de la licencia. En el análisis clásico de los intervinientes en la institución jurídica de la concesión, quedaría por analizar el papel de los usuarios. En el caso concreto del servicio de estiba y desestiba, el papel del usuario queda un tanto desdibujado en el estudio dado la significación del resto de elementos jurídicos.

2.2 Los derechos de los usuarios del servicio de estiba y desestiba. El contrato de carga y descarga.

Si solo nos centramos en el marco portuario, el usuario del servicio es lógicamente el buque que decide amarrar en puerto y cargar y descargar sus mercancías, pero dentro de esa sencilla explicación pueden esconderse un sinnúmero de usuarios. El propietario de la mercancía, el destinatario de la mercancía, el naviero, etc., y en última instancia se puede considerar que daba la trascendencia del servicio para la economía, como usuario último está el conjunto de la sociedad.

El usuario de los servicios no figuran en muchos artículos del TRLPMM, aparece en el Art. 106 al referirse a los servicios generales y en el Art. 112 al hablar del régimen de utilización de los servicios portuarios indicando: “*Los servicios portuarios se prestarán a solicitud de los usuarios*”. DAVID BLANQUER

CRIADO⁴⁷⁰ entiende al usuario como el titular de un derecho público subjetivo al establecimiento de un servicio que es de obligada prestación. El fundamento en este caso del servicio de estiba habría que buscarlo en la propia legislación sectorial, como es el TRLPMM.

Una vez establecido el servicio, el usuario tiene una serie de derechos que pueden resumirse con señala JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO ⁴⁷¹ en los siguientes:

“El elenco de derechos que asisten al usuario de los servicios públicos puede ser sistematizado de la siguiente forma: a) El derecho a la existencia y creación del servicio público. b) El derecho de acceso al servicio. c) El derecho al funcionamiento y prestación del servicio. d) Su posición respecto a las tarifas o precios. e) Su posición con respecto a la potestad del concesionario de mantener el buen orden del servicio.”

En cuanto al primero, en el caso del servicio de estiba y desestiba queda reflejada su creación, al estar recogido así expresamente en el TRLPMM. Por lo que se refiere al acceso, debemos entender implícito este derecho en el Art. 108 del TRLPMM, al señalar que los servicios portuarios se prestarán en condiciones de “no discriminación”, JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO⁴⁷², entiende que tales obligaciones, no pueden entenderse más que como un reflejo del derecho fundamental a la igualdad, reconocido en el Art. 14 de la Constitución.

Respecto del derecho al funcionamiento y a la prestación que asiste a los usuarios de los servicios portuarios, la primera cuestión que se puede mencionar es que el Art. 112.4 TRLPMM a previsto que las Ordenanzas Portuarias aprobadas por las Autoridades Portuarias deberán establecer, por razones de operativa y de seguridad, normas complementarias y condiciones específicas de utilización de los servicios portuarios. Consecuentemente a este derecho está la obligación del titular de la licencia, que solo puede incumplir su obligación si concurre un supuesto de fuerza mayor, a expensas de enfrentarse sino con un secuestro de la

⁴⁷⁰ Ob.cit. BLANQUER CRIADO, DAVID. “La concesión de servicio público”. Pág.907.

⁴⁷¹ Ob.cit. MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO. “Formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”. Pág.2159.

⁴⁷² *Íbidem*. Pág. 2159

concesión. Como ya se ha mencionado las Autoridades Portuarias en casos en los que se constate una ausencia o insuficiencia pueden, previo informe de Puertos del Estado, asumir la prestación directa. Los usuarios ante una interrupción del servicio pueden exigir indemnizaciones, en primer lugar, según las reglas del propio contrato suscrito con el titular de la licencia, y en última instancia, buscando la cobertura de la Legislación en defensa de los consumidores y usuarios. Mención especial merecen el supuesto del ejercicio del **derecho de huelga** por parte de los estibadores y el derecho de los usuarios en la continuidad de la prestación, apartado que se analizará más adelante.

Por lo que se refiere a la posición del usuario en el establecimiento de las tarifas, existe una libertad de las Autoridades Portuarias para fijar sus tarifas respetando los límites marcados por el Estado, como ya se ha analizado en apartados anteriores de esta tesis. Art. 156 TRLPMM *“El régimen económico de los puertos de titularidad estatal deberá responder al principio de autosuficiencia del sistema portuario en su conjunto y de cada una de las Autoridades Portuarias en un marco de autonomía de gestión económico-financiera de los organismos públicos portuarios. El protagonismo atribuido al régimen económico de los servicios portuarios, dentro del ámbito de régimen económico-financiero de los puertos estatales, es tan relevante que la “libertad tarifaria” que por fin ha culminado un tortuoso camino legislativo puede entenderse como un derecho en sí mismo de los usuarios, que tienen una oferta amplia de puertos en los que operar y así desarrollar sus propias estrategias de mercado.*⁴⁷³

Pero si bien el usuario goza de los derechos que se acaban de mencionarse, no es menos cierto que también está sujeto a unas determinadas obligaciones. El Art. 112 del TRLPMM es taxativo por lo que se refiere a la utilización obligatoria de determinados servicios, como el servicio de practaje o de recepción de desechos generados por los buques para todos aquellos usuarios que deseen operar en un puerto. En concreto el 112.1 señala: *“El Reglamento de Explotación y Policía o las Ordenanzas del Puerto podrán establecer el uso obligatorio de otros servicios portuarios en función de las condiciones y características de las infraestructuras*

⁴⁷³ Ob.cit. TRIAS PRATS, BARTOMEU. *“El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales”*. La segunda parte analiza en profundidad el régimen financiero de los puertos estatales.

portuarias, del tamaño y tipo de buque y de la naturaleza de la carga transportada, así como de las condiciones oceanográficas y metereológicas". Igualmente idóneo parece el hecho que sean el Reglamento de Explotación y Policía o las Ordenanzas del Puertos, los que recojan las infracciones en las que pueden incurrir los usuarios, siempre respetando que cuando la Administración actúa en relaciones de sujeción general, si bien puede regular la materia sancionadora, lo hará de manera subordinada –y no independiente- de lo que diga la Ley que desarrolla⁴⁷⁴.

En materia del servicio de transporte, el elenco de derechos que asisten a los usuarios está muy consolidado desde las últimas reformas legislativas. JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA⁴⁷⁵ señala:

“Puede afirmarse, con carácter general, el paso desde la anterior situación de prevalencia del productor o del prestador del servicio a una perspectiva del servicio a una perspectiva de preponderancia de los usuarios. Sesgo derivado, especialmente, de la aplicación de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios al ámbito de los transportes. Título justificativo, a la postre, de la regulación pública de un sector, pues sólo desde el Derecho Administrativo puede protegerse a los usuarios, configurando un estatuto jurídico-público que garantice a los usuarios ante las empresas prestadoras de servicio al público, aun en actividades privatizadas”.

Por ese motivo, la LOTT presta singular atención al usuario del transporte, puesto que, la satisfacción de las necesidades de la comunidad con eficacia y eficiencia es un principio básico del sistema general de transportes, llegando incluso a tener un Capítulo específico rubricado *“Los usuarios del transporte”*⁴⁷⁶. No ocurre lo mismo en el TRLPMM y por tanto, la regulación es más difusa, no obstante, es

⁴⁷⁴ Ob.cit. MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO. *“Formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”*. Pág. 2163. Cit. la STC 83/1984, de 24 de julio “debe reputarse contraria a las mencionadas exigencias constitucionales no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras”.

⁴⁷⁵ RAZQUIN LIZARRAGA, JOSÉ ANTONIO. *“Derecho Público del transporte por carretera”*. Aranzadi. 1995. Pág. 579.

⁴⁷⁶ Capítulo IX del Título I de la LOTT, modificado por la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la LOTT.

evidente que les asisten los derechos propios de todos los usuarios de servicios, como incluso reconoce la normativa comunitaria. La normativa de protección de los consumidores en el ámbito europeo ha sido una constante⁴⁷⁷ y ha conseguido insertar la tutela interna de los consumidores y usuarios en los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En opinión de esta autora el Derecho administrativo es el mecanismo idóneo para proteger a los usuarios de los servicios públicos, por medio de las técnicas propias de esta disciplina se puede configurar un estatuto jurídico-público que otorgue a los usuarios la protección adecuada ante las empresas que prestan servicios públicos, más si cabe, se hace prioritaria esta protección en los casos en los que los servicios públicos son gestionados por empresas privadas.

Para acabar este apartado unas breves notas sobre el contrato de carga y descarga, que llevan a término las empresas estibadoras entendidas como colaboradoras terrestres del naviero. Tal y como establece IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ⁴⁷⁸ se trata de un contrato atípico, que puede calificarse como un contrato de obra al que se aplican subsidiariamente las reglas del Código Civil (CC) y que presenta aspectos administrativos, en tanto que la ejecución del contrato se realiza en zonas de dominio público portuario. Es igualmente un contrato bilateral y oneroso. Las reglas sobre la responsabilidad de la carga se estipulan en el propio contrato, pero en general las empresas estibadoras responden de los daños y perjuicios que por su culpa y negligencia puedan sufrir las mercancías durante las operaciones de carga y descarga, sin perjuicio de las propias normas del Código de Comercio (C de C) que imponen al Capitán del barco un deber de vigilancia, haciendo responsable e igualmente al naviero de los daños que se deriven de su culpa o negligencia. En concreto, el citado autor señala:

“Por tratarse de una responsabilidad ex lege se impone en cualquier supuesto, aunque la carga o la descarga no hayan sido contratadas por el naviero (Arts. 612.5 y 618). Es unánime la opinión doctrinal en el sentido de exigir esa responsabilidad únicamente en las tareas de colocación de la

⁴⁷⁷ El Tratado de la Unión Europea elevó la protección del consumidor como política comunitaria.

⁴⁷⁸ Ob.cit. ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO. “Compendio de Derecho Marítimo”. Pág. 173.

carga en las bodegas del buque (estiba o desestiba), aun cuando se realice por personas especializadas e independientes de la tripulación (estibadores). En los contratos de fletamento, suelen ser por cuenta del fletador (Art.685) y, en el transporte en régimen de conocimiento, del porteador (Art. 1 y 5 de la Ley de Transporte Marítimo de Mercancías en Régimen de Conocimiento de Embarque).

2.3. El derecho de huelga de los trabajadores estibadores portuarios y la continuidad en la prestación del servicio.

Ejemplos de huelgas en el entorno portuario ha habido muchísimos a lo largo de la historia, y la efectividad de la medida de presión dada la trascendencia del sector es evidente. Pero no lo es menos la importancia de la continuidad del servicio, por lo tanto, existen causas justificadas para modular el derecho de huelga. Esta preocupación que es común a muchos servicios, ha llevado a que desde la propia CE 1978 se configure el ejercicio del derecho de huelga, y también la negociación colectiva según dispone el Art. 37.2 CE, en base a determinadas limitaciones.

La protección es tan alta, que incluso como señala DAVID BLANQUER CRIADO⁴⁷⁹, en situaciones graves y circunstancias absolutamente excepcionales, y cuando se haya estrictamente necesario para mantener la normalidad, puede justificarse el fundamento jurídico para declarar el estado de alarma: *“Ahora bien, la declaración del estado de alarma no puede determinar la suspensión del ejercicio del derecho de huelga o de otros derechos constitucionales, a diferencia de lo que puede llegar a ocurrir cuando se trata del estado de excepción, o del estado de sitio”*.

En primer lugar, la pregunta sería: **¿pueden considerarse los servicios de estiba y desestiba, como esenciales a la comunidad, en los términos de la CE de 1978?** y por tanto, se justifica una modulación del derecho de huelga en este servicio.

Es una expresión que entraña uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados. El Tribunal Constitucional en Sentencia 26/1981, de 17 de julio, entiende que la interpretación de la expresión debe fundarse en si los bienes e

⁴⁷⁹ Ob.cit. BLANQUER CRIADO, DAVID. *“La concesión de servicio público”*. Pág. 910

intereses que satisface el servicio son esenciales, con esta idea, es claro el encuadre del servicio de estiba y desestiba. De la citada Sentencia se derivan variables que de cumplirse en un servicio dan lugar a su consideración como “*esencial para la comunidad*”:

- Valorar la trascendencia y magnitud económica de la actividad. (En el caso de la estiba es fácilmente constatable).
- Valorar la relevancia de las consecuencias de una eventual paralización del servicio. (En el caso de la estiba debe tenerse en cuenta el volumen de negocio que se mueve por vía portuaria).

En el caso concreto del servicio portuario de estiba el legislador ha considerado ese carácter de esencial, y ha adoptado el ***Real Decreto 58/1994, de 21 de enero, por el que se garantiza la prestación de los servicios portuarios esenciales de la competencia de Puertos del Estado, Autoridades Portuarias y Sociedades de Estiba y Desestiba***. La norma se enmarca dentro de las competencias propias de la administración portuaria estatal para la ejecución de la política portuaria del Gobierno y la coordinación y el control de eficiencia del sistema portuario de titularidad estatal. El Art. 1 de este Real Decreto delimita el propio ejercicio de huelga al indicar: “*El ejercicio del derecho de huelga por el personal de los entes de derecho público, Puertos del Estado y Autoridades Portuarias y de las sociedades estatales de estiba y desestiba, se realizará sin perjuicio del mantenimiento de los servicios esenciales prestados, directamente o mediante gestión indirecta, en cada uno de sus centros, en jornada normal, y conforme se establece en los siguientes artículos*”. (La referencia a las “*sociedades estatales de estiba y desestiba*” se entiende en la actualidad a la SAGEP dado que el Real Decreto no ha sido derogado).

El Art. 2.2 menciona cuales deben entenderse dentro de las sociedades estatales de estiba y desestiba como servicios esenciales, mención especial merece el apartado e) del precepto: “*Los que sean necesarios para garantizar el suministro de materias y productos imprescindibles para el normal abastecimiento de la población y el desarrollo de la actividad económica, cuando por la duración o*

intensidad de la huelga e importancia del tráfico marítimo, a tales efectos, estos suministros se vieses gravemente afectados”.

A la vista de estas disposiciones, puede afirmarse que en el servicio de estiba y desestiba, dado su significación en el conjunto de la economía, confluyen varios intereses jurídicamente protegidos; en los casos en los que los estibadores deciden legítimamente ejercer su derecho de huelga, se produce una colisión entre derechos e intereses de todos los intervinientes en el servicio. Por un lado, los intereses de los usuarios, que como ya se ha mencionado pueden ser muchos, pero también colisionan con los intereses colectivos de la sociedad en la continuidad de un servicio que es esencial. En ese momento es cuando debe entrar en juego la ponderación de valores, para determinar cómo resolver el conflicto entre el ejercicio del derecho de huelga y el interés de la colectividad en la continuidad del servicio. A priori puede pensarse que el interés del conjunto de la sociedad puede predominar sobre el derecho de huelga, pero eso supondría que todos los trabajadores que desarrollan su trabajo en el ámbito de servicios esenciales tienen mermado su derecho a la huelga, y lógicamente, no es esa la finalidad.

Por lo tanto, resulta necesario acudir a la valoración del estatuto jurídico de cada una de las partes e imponer límites parciales a los derechos constitucionales, y para ello como señala DAVID BLANQUER CRIADO⁴⁸⁰ resultan de gran utilidad los criterios materiales que subyacen a través de técnicas jurídicas como: *“la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos constitucionales, el principio general de la buena fe, la protección de la confianza legítima, el principio «favor libertatis», la proporcionalidad o la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*. De este modo, cuando se decida por la autoridad competente determinar los servicios mínimos, debe hacerse de forma proporcionada, siempre bajo una estricta y rigurosa motivación. En el servicio de estiba y desestiba existe una clara vinculación entre la labor de los trabajadores y la continuidad del servicio, cuestión que deberá valorarse en la fijación de los servicios mínimos.

⁴⁸⁰ Ob.cit. BLANQUER CRIADO, DAVID. *“La concesión de servicio público”*. Pág. 935

Al respecto el Art. 5 del Real Decreto 58/1994, establece que será el Presidente de cada uno de los entes de derecho público quien determinará el personal necesario para garantizar la prestación de los mencionados servicios esenciales. Para cumplir con esta obligación, las empresas estibadoras deberán comunicar a las actuales SAGEP y a las Autoridades Portuarias sus previsiones en cuando al movimiento de mercancías comprendidas en el ámbito del citado Art. 2 del Real Decreto, con veinticuatro horas de antelación al primer llamamiento que deberá realizarse en cada jornada. A la vista de estas previsiones, la SAGEP designará los correspondientes servicios a mantener y el personal necesario para ello.

En el supuesto de hecho de una huelga en el sector de la estiba y desestiba portuaria, es interesante analizar el papel que adopta por un lado, la empresa estibadora que actúa como titular de una licencia de servicio, y que se ha comprometido a prestar dicho servicio de forma regular y continuada, y de otro la SAGEP, como empresa cedente de los trabajadores. Por lo que respecta a la empresa estibadora titular de la licencia, es quien soporta las consecuencias de la huelga, pero tal vez las reivindicaciones no se dirijan directamente contra ella, sino contra la SAGEP, lo que de por sí supone un supuesto excepcional dentro del análisis del derecho a la huelga.

Bien desde el plano de las obligaciones que competen a las empresas estibadoras, como titulares de una licencia, no podrá achacarse una infracción grave de sus obligaciones contractuales, y consecuentemente, la Administración concedente no podrá solicitar una indemnización por la eventual interrupción del servicio o deficiente prestación, si el titular de la licencia adopta las medidas oportunas y no incurre en dolo o negligencia.

Determinar la autoridad gubernativa competente para fijar los servicios mínimos, no ha sido una cuestión pacífica dentro de la regulación del derecho de huelga, y el ámbito del servicio de estiba y desestiba no ha sido una excepción. El Tribunal Constitucional en Sentencia 11/1981, de 8 de abril en su Fundamento Jurídico 18 concluyó lo siguiente:

“...constituye una garantía de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales el que las limitaciones que éstos puedan sufrir, en aras al mantenimiento de los servicios esenciales, hayan de ser establecidas por el Gobierno o por un órgano que ejerza potestades de gobierno. Y ello es así en atención a que la responsabilidad por la obstaculización de los derechos cívicos, además de ser una responsabilidad jurídica, es también, y fundamentalmente, una responsabilidad política, que debe ser residenciada por cauces políticos y debe producir los necesarios efectos políticos”.

Por lo que se refiere particularmente al servicio portuario de estiba y desestiba el Tribunal Constitucional en Sentencia nº 233/1997 (Pleno), de 18 de diciembre sobre servicio de estiba y desestiba del puerto de Bilbao, ante un conflicto de competencias entre el Estado y una norma del Gobierno Vasco que pretendía regular el mantenimiento de los servicios esenciales de estiba y desestiba, determinó:

“Por lo tanto, en un supuesto como el que ahora se nos plantea, hay que entender que la competencia sobre puertos de interés general de titularidad estatal conlleva la de establecer los servicios esenciales para la Comunidad. Si el Puerto de Bilbao es un puerto de interés general —y nadie lo discute aquí—, por lo que la competencia es exclusiva del Estado (Art. 149.1.2º CE), ello se debe a que, sin entrar en pormenores y matices innecesarios, las actividades portuarias de estiba y desestiba trascienden el ámbito y el interés de la Comunidad Autónoma en la que el Puerto está geográficamente situado. Siendo ello así, la eventual paralización de la actividad portuaria del Puerto de Bilbao como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores que en él prestan sus servicios afecta al interés general al que éste sirve”.

De este modo el Tribunal Constitucional remarcó una vez más la significación del servicio de estiba y desestiba portuaria, por lo que son las autoridades gubernativas estatales con competencias sobre puertos quienes mejor pueden ponderar la actividad portuaria que debe mantenerse en caso de huelga. El TC concluye remarcando que las autoridades portuarias al ostentar la responsabilidad política del buen funcionamiento del Puerto, debe igualmente tener la

responsabilidad de la privación del ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores considerados indispensables para mantener una mínima actividad.

Por último, una mención a lo dispuesto en el *IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria*⁴⁸¹ en el que se establecen como faltas muy graves, la participación de los trabajadores en huelgas ilegales o en cualquier otra forma de alteración colectiva ilegal en el régimen normal de trabajo, así como, la negativa durante una huelga a la prestación de los servicios mínimos. El Acuerdo también prevé que la Comisión Paritaria Sectorial Estatal (CPSE) conozca previamente a la realización de una huelga para intentar un arreglo pacífico. Para ello debe comunicarse la convocatoria de huelga por parte de la organización sindical convocante en cualquier puerto de interés general, comunicación que deberá realizarse preceptivamente con una antelación mínima de diez días anteriores a la fecha de la convocatoria. Ante la CPSE se realizan procedimientos arbitrales que podrán ser voluntarios u obligatorios, como excepción a un arbitraje obligatorio se establece que los sujetos colectivos legitimados que hubiesen interpuesto un preaviso de huelga en reivindicaciones de las mismas cuestiones que se hayan sometido a la consideración de la CPSE.

3. Los títulos habilitantes en el sector portuario como instrumento para técnicas de colaboración público-privadas.

3.1 Aspectos generales relativos a la licencia del servicio de estiba y desestiba.

En general el acceso al mercado de los servicios requiere de un título administrativo habilitante, que generalmente adopta la forma de autorización; esta puede variar en función del tipo de servicio, los requisitos y las condiciones que se determinan para su otorgamiento son muy variados. GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES⁴⁸² señala al respecto de estos títulos habilitantes:

“Así pues, la titularidad privada de dichos servicios, en el sentido de estar en el ámbito de disponibilidad de los particulares, no excluye que los

⁴⁸¹ Resolución de 17 de enero de 2014 de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el *IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria*. BOE nº 26 del Jueves 30 de enero de 2014.

⁴⁸² Ob.cit. FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *“Los transportes por carretera y competencia”*. Pág.429.

mismos se encuentren reglamentados y que la administración siga dotada de importantes poderes interventores a fin de garantizar su adecuada prestación. La trascendencia de tales servicios para otros derechos y bienes justifica claramente la intervención pública”.

Esa trascendencia a la que alude el autor citado, se aprecia con claridad en el servicio de estiba y desestiba portuaria, por lo que la Administración portuaria dada la significación del servicio, es la encargada de regular su régimen y someter su prestación a la previa obtención de la pertinente licencia. Al igual que ocurre en otros servicios la determinación de las condiciones de acceso y prestación se contiene en los pliegos de prescripciones particulares, del mismo modo es facultad de las autoridades portuarias la limitación del número de prestadores, y en último término determinar si asume la realización del servicio o si interviene en la prestación. Por lo general, salvo alguna excepción serán las Autoridades Portuarias de cada Puerto, las encargadas de otorgar las licencias que facultan para prestar efectivamente el servicio.

Como ya se ha tenido ocasión de analizar en esta tesis, dada la *despublicatio* de los servicios portuarios, actualmente existe un mercado abierto, por lo tanto, el libre acceso a la prestación de los servicios está asegurado y todos los operadores que lo deseen pueden optar a la prestación. El Art. 109 del TRLPMM así lo recoge: *“La prestación de los servicios portuarios se llevará a cabo por la iniciativa privada, rigiéndose por el principio de libre concurrencia, con las excepciones establecidas en esta Ley”*. Reconociendo igualmente la Ley en el Art. 104.2 la libertad de acceso a la prestación de servicio en los puertos de interés general, en los términos de la Ley. Básicamente esto se resume en que la prestación de los servicios portuarios requerirá la obtención de la correspondiente licencia otorgada por la Autoridad Portuaria, con carácter reglado; solo puede otorgarse previa aprobación del correspondiente Pliego Regulator y Prescripciones Particulares del servicio. No obstante, las licencias no otorgan *per se* el derecho a la prestación en exclusiva, en los casos, además, que esté limitado el número de prestadores las licencias se otorgan por concurso.

El Art. 109.3 del TRLPMM otorga a las Autoridades Portuarias la obligación de adoptar las medidas precisas para garantizar una adecuada cobertura de las

necesidades de servicios portuarios en un determinado puerto, llegando incluso, pero de forma excepcional, a la asunción de la prestación directa o indirecta de un servicio, cuando se produzca la no concurrencia de la iniciativa privada o esta sea insuficiente. En estos supuestos se requiere el informe previo favorable de Puertos de Estado. El propio texto legal ha definido que debe entenderse por insuficiencia de la iniciativa privada, cuando las licencias otorgadas no puedan atender toda la demanda existente en el puerto con los indicadores de calidad exigidos en el Pliego de Prescripciones Particulares del servicio.

Las facultades de las Autoridades Portuarias en relación al libre acceso a la prestación de los servicios portuarios, pueden referirse también a establecer limitaciones en el número de prestadores. El Art. 111 del TRLPMM recoge la posibilidad de que las Autoridades Portuarias de oficio puedan limitar en cada puerto el número máximo de posibles prestadores de un servicio portuario, atendiendo únicamente a alguna de estas razones, que siempre deberán motivarse:

- Disponibilidad de espacios.
- Capacidad de las instalaciones.
- Garantía de la seguridad.
- Cumplimiento de normas medioambientales.
- Otras razones objetivas relacionadas con las condiciones de competencia.

El legislador además remarca que la motivación deberá incluir tres cuestiones:

- La identificación clara de la restricción de la competencia.
- La justificación de la necesidad del establecimiento de la restricción con arreglo al interés público.
- La acreditación de que no resulta posible acudir a alternativas viables que sean menos restrictivas de la competencia para conseguir el mismo fin de interés público.

El interés del legislador en dar cobertura a la restricción de la competencia es evidente, puesto que alude a ella en todas las justificaciones de la motivación. En el caso concreto del servicio de estiba y desestiba, las limitaciones a la competencia pueden establecerse para todo tipo de mercancías. Consecuentemente, cuando el número de prestadores de un servicio es limitado, las licencias se otorgan por concurso, y el plazo máximo de vigencia será distinto que el establecido con carácter general para los servicios que no tienen limitación en el número de prestadores, así lo establece el Art. 111.4 del TRLPMM, recientemente modificado.

Respecto del servicio de estiba y desestiba, pueden establecerse dos modalidades, por un lado, ser únicamente titular del servicio, o por el contrario, optar por la modalidad que recoge el Art. 116 del Texto Refundido, y ser titular de una licencia de servicios portuarios en estaciones marítimas de pasajeros y terminales de mercancías dedicadas a uso particular. ROMÁN EGUINO DE SAN ROMÁN⁴⁸³ define las terminales de mercancías dedicadas al uso particular:

“aquella otorgada en concesión o autorización, no abierta al tráfico comercial general, en la que se manipulan mercancías propiedad del titular de la misma o de sus accionistas o partícipes, así como del grupo de empresas al que pertenezca, o se operen explotados exclusivamente por empresas navieras del titular o de su grupo empresarial autorizados en el título concesional. También se entiende por terminal de mercancías dedicada al uso particular aquella otorgada en concesión o autorización al titular de una planta de transformación o instalación industrial o una empresa de su mismo grupo empresarial, no abierta al tráfico comercial general, en la que se manipulen mercancías directa y exclusivamente vinculadas con la referida planta o instalación de proceso industrial y esté expresamente identificada en el título concesional”.

Una u otra modalidad tienen regulaciones distintas, siendo la más importante a los efectos de estudio de esta tesis, el hecho de que la modalidad del Art. 116 no está sujeta a las obligaciones de servicio público, sin perjuicio de que cumpla las

⁴⁸³ Ob.cit. EGUINO DE SAN ROMÁN, ROMÁN. “La gestión de los puertos de interés general”. Págs. 362 y 363.

obligaciones relativas a la cooperación con la Autoridad Portuaria y la Administración Marítima y con otros prestadores, en labores de salvamento, extinción de incendios y lucha contra la contaminación, así como en la prevención y control de emergencias. No obstante, y dado que se establecen relaciones con los titulares de licencias que si que operan en el tráfico general, se analizaran en los apartados siguientes ambas modalidades.

De otro lado, las Autoridades Portuarias deberán seguir un procedimiento para la aprobación de los pliegos de prescripciones particulares de los servicios portuarios, entre los que se encuentra lógicamente el de estiba y desestiba, en el que deberán dar audiencia a las organizaciones sindicales más representativas y representativas del servicio correspondiente, así como de las asociaciones de operadores y usuarios más representativas cuyos fines guarden relación directa con el objeto del correspondiente pliego. Esta primera cuestión pone de manifiesto la importancia que en el entorno portuario tienen las organizaciones sindicales, una vez más se constata que el factor laboral se entrelaza con cuestiones meramente administrativas, y esto se debe en gran medida a la importante significación de los servicios portuarios para el funcionamiento económico de un país, por ese motivo, un conflicto laboral debe ser tenido en consideración en todo momento, incluso en la propia elaboración de los pliegos de prescripciones particulares de un servicio portuario.

El organismo Puertos del Estado recibe el proyecto de Pliego concreto junto con el expediente completo, al objeto de emitir informe vinculante previo a la aprobación definitiva del Pliego. Entre las materias que regularan los Pliegos, según lo dispuesto en el Art. 113.4, se establecen el ámbito geográfico del servicio portuario, los requisitos de acceso a la prestación, las condiciones de solvencia económico-financiera, etc. Pero teniendo en cuenta el objeto de análisis de esta tesis en los apartados siguientes se incidirá en las obligaciones de servicio público (Art. 113.4.e) y particularmente, en lo dispuesto en el Art. 113.4.g) que debe ponerse en relación con lo dispuesto en el Art. 117.1.n) y en el Art. 150.4, todos ellos del TRLPMM, relativos a los medios humanos que deberán acreditarse para poder optar a las licencias.

La relevancia de esta regulación estriba en que la propia Sentencia condenatoria del TSJUE ha puesto en cuestión en modelo español de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, precisamente porque constriñe un modelo que está muy sujeto a determinadas obligaciones respecto de la contratación de personal, que según el Tribunal Europeo no encuentran acomodo con las reglas de la competencia.

El Art. 113.4.g) señala respecto de los pliegos que estos regularan: *“Medios humanos mínimos y su cualificación, así como los medios materiales mínimos y sus características. Los medios humanos y materiales serán los estrictamente necesarios para realizar las operaciones unitarias normalmente esperadas en el puerto, tanto las mas simples como las mas complejas, objeto del servicio en condiciones de seguridad, calidad, continuidad y regularidad en función de las características de la demanda, de forma tal que no alteren las condiciones de la competencia, sin perjuicio de las exigencias para hacer frente a las obligaciones de servicio público en las condiciones establecidas en esta ley. Los Pliegos de Prescripciones Particulares del servicio no podrán exigir un mayor número de medios humanos y materiales que los necesarios para las operaciones unitarias señaladas con el objeto de no impedir que un número suficiente de operadores puedan concurrir al mercado, sin perjuicio de los que pudieran ser exigidos para hacer frente a las obligaciones de servicio público”*. De otro lado, el Art. 117.1.n) señala en concreto para las licencias del servicio portuario de estiba y desestiba, que estas determinaran: *“el porcentaje mínimo de trabajadores que se deben tener contratados en régimen laboral común”*.

Por último, el Art. 150.4 ubicado dentro del Capítulo VI relativo al régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, establece: *“El número mínimo de trabajadores en régimen laboral común que deben tener contratados las empresas titulares de una licencia para el servicio portuario de manipulación de mercancías quedará determinado en la correspondiente licencia, de acuerdo con lo previsto al respecto en los Pliegos Reguladores del servicio. En todo caso, deberá cubrir, al menos, el 25% de la actividad de la empresa, en cómputo interanual, en el ámbito de este servicio. No obstante lo anterior, la Autoridad Portuaria podrá incluir en*

los Pliegos de Prescripciones Particulares del servicio, previo informe de Puertos del Estado, causas regladas objetivas de excepción total o parcial de este requisito en razón de las características, frecuencia y estacionalidad de los tráficos que opere la empresa, o, en su caso, resolver a petición de la empresa o de la SAGEP, que podrá ser formulada en cualquier momento, la excepción total o parcial por razones de interés de la competitividad del puerto”.

Pues bien, como ya se ha dejado constancia al inicio de este epígrafe, no es objeto de análisis de este trabajo las cuestiones puramente de índole laboral, pero a la vista de estos preceptos es evidente la significación que esta materia tiene en la regulación del servicio de estiba y desestiba. Estos aspectos vinculan directamente a la propia licencia, tanto para su otorgamiento como para su prórroga, y por supuesto, en caso de incumplir esta obligación de carácter laboral puede derivarse la caducidad de la concesión para la realización de la actividad (Art. 150.5). Reiterar, como ya se ha expuesto, que la propia esquematización de la regulación es sintomática, se establecen cuestiones fundamentales que afectan a la licencia, dentro de un Capítulo, como el VI, que trata de los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías. Matices como este dan una idea del peso que siempre ha tenido la propia consideración de los trabajadores, dentro del marco de regulación del servicio de la estiba, una situación similar no sería comprensible en otros tipos de servicios, donde los trabajadores para el titular concesionario tienen una importancia absolutamente residual.

Por lo que se refiere a las licencias en el caso concreto del servicio de estiba y desestiba, las licencias pueden otorgarse para uno o varios tipos de tráfico o mercancía. Pero no es la única clase de licencia también como ya ha quedado expuesto, las licencias relativas al servicio de estiba y desestiba establecerán en su título concesional si se refieren a estaciones marítimas abiertas al uso general y si se trata de licencias restringidas al uso particular, más adelante, se establecerán las especificidades de estas últimas, pero reiterar que igualmente están sujetas a obligaciones de servicio público.

Una de las diferenciaciones más importantes dentro de la tipología de las licencias que pueden otorgarse, es la que se produce entre **las licencias de autoprestación y las de integración de servicios**, cuya regulación se establece en los Art. 133 y

ss del TRLPMM. Para centrar la cuestión, como ya se ha tenido ocasión de mencionar, las licencias de autoprestación han generado mucha controversia por parte de los trabajadores portuarios, pues bien, a juicio de esta autora, tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, el nuevo escenario que deberá acordarse para dar cumplimiento a la Sentencia no estará muy alejado de los planteamientos de las licencias de autoprestación. El Art. 133 del TRLPMM considera a la autoprestación: “...cuando el concesionario o el titular de la terminal de pasajeros o de mercancías dedicadas al uso particular se presta a sí mismo los servicios al pasaje o de manipulación de mercancías, respectivamente, con personal y material propio, sin que se celebre ningún tipo de contrato con terceros a efectos de tal prestación”.

La integración de servicios según el Art. 134 alude: “A los efectos de esta ley se considera que existe integración de servicios cuando el concesionario o el titular de una autorización de una terminal de pasajeros o de mercancías dedicadas al uso particular puede prestar a los buques que operan en la misma uno o varios servicios” Un supuesto excepcional es el recogido en el número 2 del citado Art. 134, al establecer que cuando en terminales dedicadas a uso particular con autorización para la integración de servicios, la Autoridad Portuaria imponga para la estiba y desestiba ajenas (la operación de buques de terceros o la prestación de servicios al pasaje transportado en buques de terceros) que los servicios deberán ser prestados por las empresas con licencias de servicios portuarios abiertos al uso general.

3.2 Modificación de los plazos de las concesiones portuarias.

Otro mecanismo que puede utilizarse dentro del título habilitante de ordenación de la licencia es la cuestión relativa a su vigencia; en concreto en el servicio de estiba y desestiba se prevé una diferenciación en función de la inversión. Con la *Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*⁴⁸⁴, se han ampliado los plazos, en concreto, para el supuesto de inversión significativa en obras e instalaciones fijas que tengan incidencia en la prestación del servicio, pasando de 35 a 50 años, cuando las obras sean infraestructuras portuarias de abrigo, esclusas, obras de

⁴⁸⁴ BOE nº 252 de 17 de octubre de 2014.

atraque, accesos marítimos o terrestres, obras de relleno o de consolidación y mejora de terrenos en grandes superficies.

La novedad de esta regulación está en el plazo máximo legal de duración de las concesiones portuarias, que pasa de 35 a 50 años, de este modo, el plazo de duración de las concesiones será siempre el determinado en el título administrativo correspondiente. Con la reforma actual el cambio supone que en ningún caso podrá determinarse un plazo que sea superior a 50 años, *a sensu contrario* la lectura es que no puede de inicio otorgarse ninguna concesión que supere los señalados 50 años. Es importante el matiz de que el plazo máximo de las concesiones portuarias ha experimentado un notable incremento, que supera en más del 40% la duración del que estaba previsto. A juicio de BARTOMEU TRIAS PRATS⁴⁸⁵ esta reforma “...responde en definitiva, a la voluntad de facilitar la amortización de las elevadas inversiones que demandan las obras e instalaciones portuarias, pretendiendo así potenciar la figura concesional como instrumento de colaboración público-privada”. Este proceso está en sintonía con el aumento en los plazos concesionales que han ampliado todas las concesiones de dominio público, como ejemplo la reforma de la Ley de Costas que aumenta el plazo máximo de las concesiones demaniales hasta los setenta y cinco años.

El Real Decreto-Ley 8/2014 y posteriormente la citada Ley 18/2014, de 15 de octubre modificaron el Art. 82 del TRLPMM, ampliando el plazo de las concesiones, así como han incluido al TRLPMM una nueva Disposición Transitoria Décima que regula el procedimiento para solicitar y obtener dicha ampliación. El objetivo de esa nueva normativa era hacer más competitivos a los puertos españoles de interés general, la norma parte de la premisa que aumentando los plazos de las concesiones, se hace más atractiva para el sector privado la inversión, al contar con periodos de amortización más largos. Igualmente, en esta norma subyace un interés del legislador por potenciar la técnica de **la concesión como figura de colaboración público-privada**.

⁴⁸⁵ Ob.cit. TRIAS PRATS, BARTOMEU. “El nuevo régimen de duración de las concesiones portuarias en los puertos de interés general”. Pág. 9.

La nueva Disposición Transitoria Décima en realidad está estableciendo un régimen para los concesionarios ya existentes antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2014, para que gocen de los mismos derechos que los concesionarios que obtienen una concesión al amparo de la nueva normativa, y que disponen de plazo más amplios. No obstante, la ampliación no es sencilla al hilo de la regulación contenida en la nueva Disposición Transitoria pues se exigen unos importantes requisitos para que la Autoridad Portuaria amplíe el plazo y siempre previo informe favorable de Puertos del Estado. El concesionario debe comprometer con alguna de estas obligaciones:

- La ejecución de una nueva inversión, en los términos establecidos en el Art. 82.2.b) del TRLPMM en lo referente al mínimo de inversión.⁴⁸⁶
- Una contribución economía, que no tendrá naturaleza tributaria, a la financiación de infraestructuras de conexión terrestre entre las redes generales de transporte de uso común y las vigentes zonas de servicio de los puertos o de los puertos secos en cuya titularidad participen organismos públicos portuarios, así como la mejora de dichas redes que favorezcan la posición competitiva de los puertos en su área de influencia y la intermodalidad en el transporte de mercancías.
- Reducción al menos en un 20% de las tarifas máximas incluidas en el título concesional, actualizadas conforme a lo previsto en dicho título, o en su caso en los pliegos de prescripciones particulares de los servicios portuarios.

⁴⁸⁶ La redacción de este apartado tras la aprobación de la Ley 18/2014 de 15 de octubre es la siguiente: “Cuando en el título de otorgamiento no se haya previsto la posibilidad de prórroga, pero el concesionario lleve a cabo una inversión relevante no prevista inicialmente en la concesión y que haya sido autorizada por la Autoridad Portuaria, tanto en la concesión como, en su caso, en la concesión modificada por ampliación de su superficie siempre que formen una unidad de explotación y que, a juicio de la Autoridad Portuaria, sea de interés para mejorar la productividad, la eficiencia energética o la calidad ambiental de las operaciones portuarias, o suponga la introducción de nuevas tecnologías o procesos que incrementen su competitividad y que, en todo caso, sea superior al 20 por ciento del valor actualizado de la inversión inicialmente prevista en el título concesional, el plazo de vencimiento podrá ser prorrogado, no pudiéndose superar en total el plazo máximo de 50 años. La prórroga de la concesión determinará la modificación de las condiciones, que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución de otorgamiento de la prórroga”.

A la vista de las obligaciones que se imponen a las empresas estibadoras para ampliar los plazos de concesión de sus licencias, es evidente que el legislador pretende encuadrar una colaboración privada en la mejora de las instalaciones portuarias, bien de forma directa, con nuevas inversiones (en muchos casos una modernización porque alude al establecimiento de nuevas tecnologías en los procesos para incrementar la competitividad de los puertos) o en otros directamente con la contribución económica al sostenimiento de infraestructuras (como ejemplo el sostenimiento a las mencionadas autopistas del mar).

Pero no todo son parabienes con esta nueva regulación, al hilo de esta ampliación en los plazos de concesión de las licencias, es interesante la reflexión que hacía JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA⁴⁸⁷ en relación a las concesiones en materia de transportes, al afirmar que en muchos casos una reducción del límite temporal de las concesiones evita que los plazos largos se conviertan en un obstáculo para la “*competencia de entrada*”. En opinión de esta autora si bien es cierto que las empresas buscan la amortización de sus inversiones con la mayor duración de las licencias de explotación de los servicios, no es menos cierto que esa medida restringe la libertad de establecimiento de empresas nuevas. A este tipo de intervenciones se le pueden hacer diversas críticas; principalmente, como se ha venido defendiendo es cierto que el papel de las Administraciones públicas debe cambiar e ir poniendo en marcha medidas en su ámbito de autoridad, pero tal vez, ejemplos como el recogido en la Ley 18/ 2014 no van en la dirección correcta sino que responden a la imposibilidad del Estado para asumir los cometidos que le son propios, y es entonces cuando recurre a técnicas de colaboración privadas, tras la apariencia de simples cambios legislativos.

Al hilo del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en el que se planteaba una nueva topología de contratos denominada “*contrato de colaboración público-privada*”, que posteriormente se recogió en el TRLCSP Art.11⁴⁸⁸, esta autora⁴⁸⁹ señalaba:

⁴⁸⁷ Ob.cit. RAZQUIN LIZARRAGA, JOSÉ ANTONIO. “*Derecho Público del transporte por carretera*”. Pág. 48.

⁴⁸⁸ El Art. 11 del TRLCSP dice textualmente: “1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho

“Este nuevo tipo de contrato que recoge el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público se enmarca dentro de una de las nuevas perspectivas que se plantean en el ámbito de la contratación pública: la colaboración de agentes privados en el desarrollo de infraestructuras públicas o de prestaciones calificadas como complejas. Los motivos alegados para esta colaboración son, de un lado, la imposibilidad de los Estados en la determinación de algunas actuaciones públicas, y de otro, establecer una nueva forma de financiación ante la evidencia de las deficiencias por parte de los erarios públicos sometidos a importantes controles del gasto público presupuestario por parte de las políticas económicas de la Unión Europea”.

Si bien, propiamente en el caso de la ampliación del plazo concesional portuario no es un contrato de colaboración público-privado tal y como lo señala el TRLCSP, si que puede apreciarse que la filosofía de la disposición es coincidente en ambos casos. En un contexto de mercado en el que los Estados deben hacer frente a grandes infraestructuras (en el entorno portuario además de gran envergadura económica), para adaptarse a las transformaciones de la sociedad auspiciadas por avances tecnológicos, se insta a la participación de agentes privados en su financiación, pero la colaboración debe establecerse en el marco de

privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
 - b) La gestión integral de mantenimiento de instalaciones complejas.
 - c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
 - d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.
2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de finalidades públicas.
 3. El contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.
 4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”.

⁴⁸⁹ MENÉNDEZ DE LA CRUZ, CRISTINA. “Contrato de colaboración público-privada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”. Contratación administrativa práctica: revista de contratación administrativa y de los contratistas, nº 66. 2007. Págs. 59-68.

los mecanismos de legalidad del Derecho Administrativo, asegurando no sólo un contexto de libre competencia, sino también la mejor satisfacción de las necesidades públicas, axioma básico del tradicional servicio público. De esta manera, la crítica a la medida buscada por el Estado para la consecución de inversiones portuarias tal vez no sea la más idónea puesto que restringe el acceso al mercado de nuevos operadores.

Al respecto de las inversiones en puertos, tal y como señala MANUEL ESTEPA MONTERO⁴⁹⁰ no existen directrices comunitarias sobre ayudas estatales en los puertos, por lo tanto, habrá que deducir unos criterios generales según el tipo de inversión. Podría entenderse que esta nueva regulación a la ampliación de plazos de las concesiones, lleva implícita una cierta ayuda estatal para la consecución de inversiones en puertos, dado el particular régimen de obligaciones que se establece para las empresas estibadoras que deseen acogerse a las modalidades de prórroga. Para valorar si es o no una ayuda estatal implícita cabría valorar si es proporcional la ampliación del plazo, en base a la rentabilidad que obtiene la empresa estibadora, en función del coste de la obligación que asume, la creación de una nueva inversión, la aportación económica o la reducción en las tarifas. No es un tema sencillo, pero evidentemente conviene ser cauteloso con el establecimiento de medidas que pueden esconder un cierto proteccionismo, teniendo en cuenta la posibilidad de una condena por parte de las autoridades comunitarias si se contravienen las disposiciones recogidas en los Tratados pueden desencadenar una nueva condena al ordenamiento español.

Para concluir antes de pasar al apartado siguiente señalar que en este enfoque global se han expuestos algunos de los interrogantes a los que se tratará de dar respuesta en los epígrafes siguientes. Continuando con los símiles cinematográficos que se han ido colando hasta ahora en el trabajo, el fotógrafo que en un rodaje realiza la foto fija, siempre va detrás del director que rueda el film, documenta fotográficamente todo el rodaje; en este trabajo se ha pretendido plasmar como ha sido la actuación del legislador español y de las autoridades públicas sobre el servicio de estiba y desestiba, así como el hecho de que las diferentes regulaciones han tenido repercusión en el ámbito de actuación de todos los sujetos intervinientes. El guión

⁴⁹⁰ Ob.cit. ESTEPA MORENO, MANUEL. *“Regulación del transporte marítimo: las autopistas del mar”*. Págs. 365-366.

que presumiblemente se escriba sobre el servicio será cuestión del director, en este caso el Gobierno Español en colaboración con todos los agentes implicados, pero desde la posición de jurista esta autora pretende en las líneas siguientes hacer una exposición de las tramas más reseñables de la película, analizando los detonantes que han llevado a la situación actual.

II. SIGNIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS.

1. Repaso de las críticas al modelo de estiba y desestiba en España desde la óptica de la competencia.

En primer lugar, es interesante reseñar el porqué de la importancia de la competencia, GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES⁴⁹¹ lo define así:

“Si la competencia no es un valor absoluto, ni un fin en sí mismo, sino sencillamente un medio instrumental que aspira a facilitar la mejor y más favorable prestación de los servicios a los usuarios, parece lógico que se deba modular y reajustar su proyección a cada supuesto concreto.”

Partiendo de esta idea lo que se pretende en esta tesis, es constatar como el respeto a las reglas de la competencia puede dinamizar un sector y, eso en última instancia revertir en una mejora en la prestación del servicio.

Antes de entrar en el análisis de los más recientes posicionamientos desde instancias comunitarias al respecto del modelo de estiba y desestiba portuaria en España, es necesario hacer un repaso a las críticas que el modelo llevaba años recibiendo. En el Planteamiento General de esta tesis ya se ha hecho mención a las controversias que en el Derecho de la competencia se han ido generando; la Comisión Nacional de la Competencia en 1995 realizó el aludido Estudio: *“La Competencia en España: Balances y Nuevas Propuestas”*⁴⁹², en el que se exponían, hace ahora 20 años, problemas que siguen sin solución. Sobre las propuestas que la Comisión planteaba y para las que no se ha puesto solución en todo este tiempo, se pueden realizar las siguientes matizaciones:

⁴⁹¹ Ob.cit. FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. *“Los transportes por carretera y competencia”*. Pág. 29.

⁴⁹² Disponible en: www.cncompetencia.es.

1. *La suspensión de las posibilidades de nuevas contrataciones en las sociedades estatales de estiba y desestiba ya constituidas.* No se ha cumplido esta premisa, sino que en muchos casos las plantillas han aumentado de forma considerable.
2. *Que las sociedades estatales de estiba y desestiba se conviertan paulatinamente en auténticas empresas de trabajo temporal.* Es evidente que no se habría dictado una Sentencia como la del Tribunal Europeo si el sistema hubiera ido evolucionando en este sentido. Tras la Propuesta que han remitido al Ministerio de Fomento en junio de 2015 los agentes implicados con mayor representatividad en el sector parece que se insiste en esa idea al optar por la constitución de centros portuarios de empleo.
3. *La sustitución del sistema de concesión por un sistema de autorizaciones administrativas regladas para operar en condiciones de libre competencia.* Tampoco las reformas legales acontecidas en estos últimos 20 años han ido en esa dirección, aunque si bien, todas las Exposiciones de Motivos han encumbrado a la libre competencia como su mantra, la realidad es que el sistema dista en gran medida de favorecer la libre competencia.
4. *La libertad de prestación de servicios de carga y descarga y estiba y desestiba para todas aquellas empresas que se comprometan a asumir en sus plantillas el porcentaje o número que se determine de trabajadores pertenecientes a las sociedades estatales de estiba y desestiba.* Esta propuesta conllevaría la supresión para los nuevos entrantes de la obligación de pertenecer a las sociedades estatales citadas. Parece que los redactores del Informe en el 2005 tenían algo de visionarios porque 20 años más tarde España, que hizo caso omiso a las propuestas, ha sido condenada por no implantar un modelo libre. Cuando en realidad desde hace mucho tiempo se sabe que la imposición de pertenecer a una sociedad como la SAGEP es contrario a las reglas de la competencia y difícilmente encuentra acomodo en las obligaciones de servicio público, que pueden derivarse de la consideración de servicio universal. Por el contrario en estas dos décadas el legislador se ha limitado a cambiar el

modelo estatal de Sociedades de Estiba por Sociedad de Gestión, pero ha perpetuado la tradicional obligación de contribuir económicamente a estas sociedades. El Estado ha dejado de formar parte de las Sociedades de Gestión, pero las empresas siguen igualmente obligadas si quieren operar en puertos españoles.

5. *Autorizar, con carácter general, a aquellos buques que dispongan de los medios adecuados a que realicen por sí mismos todas las operaciones de estiba y desestiba y de carga desde el momento de la elevación por encima de la bodega del buque y a la inversa.* Es cierto que se implantó un modelo de autoprestación, pero con muchos matices que en la práctica desvirtúan la efectividad de la práctica.
6. *Establecimiento de la libertad de precios en el marco de unas tarifas máximas fijadas por la Autoridad Portuaria.* Aunque esta materia ha sufrido variaciones es evidente que tampoco se ha logrado pacificar la cuestión. La Ley 48/2003 modificó la concepción de los precios públicos, pasando a tener la consideración de tasas la mayoría de los ingresos portuarios, los precios privados únicamente se reconocieron para las tarifas por servicios, bien portuarios, bien comerciales.

Al respecto de esta última idea BARTOMEU TRIAS PRATS⁴⁹³ realiza una interesante reflexión:

“¿Y qué sucede con las tarifas por servicios portuarios? Pues que aquí nuevamente el legislador de 2010 ha guardado silencio. Es decir, que del mismo modo que no define expresamente la naturaleza de dichas tarifas, tampoco hace ninguna mención al régimen o modo de determinar su importe, señalando únicamente que será Puertos del Estado el que apruebe la cuantía de las mismas. En realidad, ambos silencios se podrían explicar por un mismo motivo, el que ya hemos apuntado más arriba al referirnos a la cuestión de la naturaleza jurídica de las tarifas por servicios portuarios. Así pues, por la misma razón que el legislador ha evitado calificar

⁴⁹³ Ob.cit. TRIAS PRATS, BARTOMEU. “El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales”. Pág. 582.

expresamente a las tarifas por servicios como precios privados, también ha evitado proclamar en relación a ellas el principio de libertad tarifaria, puesto que en definitiva este principio va íntimamente conectado a aquella naturaleza”.

Teniendo en cuenta como se ha ido gestionando la cuestión es evidente que han fallado muchas cosas para llegar hasta el punto en el que nos encontramos en este momento. La regulación solo formalmente en las Exposiciones de Motivos de las sucesivas reformas legislativas parecía que aventuraba cambios, que en la práctica no suponían dotar al sistema de una sistematización más acorde con los postulados comunitarios. En muchos casos han perdurado modelos más propios de la época gremial, que no aseguran una competencia real. Al igual que ocurre en otros sectores, en el entorno portuario confluyen interés públicos, dada la trascendencia de la eficacia y eficiencia de los puertos en el conjunto de las economías estatales, con interés privados, tanto de empresas prestadoras de servicios como empresas privadas que utilizan los puertos como una pieza más de su gestión empresarial.

Como inciso es interesante matizar que esa predicada eficacia y eficiencia de los puertos en la economía, debe estudiarse teniendo en cuenta que significan ambos conceptos. MARCOS VAQUER CABALLERÍA⁴⁹⁴ marca la diferenciación entre ambos:

*“Ciertamente que la eficacia es un concepto final y la eficiencia una noción modal, por lo que no cabe confundirlas. Más aún, a diferencia de quienes las afirman como dos principios jurídicos autónomos, referido el primero a fines y el segundo a recursos, concebimos aquí más bien la eficacia como un **principio** jurídico y a la eficacia como un **criterio** de optimización de la eficacia global de la Administración y, para ello, de ponderación en la decisión entre opciones diversas de asignación de los recursos con los que cuenta la Administración. No en vano, tanto la Constitución como la LRJPAC califican a la eficacia como un principio y a la eficiencia como un criterio”.*

⁴⁹⁴ VAQUER CABALLERÍA, MARCOS. “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”. Revista de Administración Pública, nº 186, septiembre-diciembre. Madrid. 2011. Págs. 91-135.

Consecuentemente, se hacen necesarias normas de carácter público que aseguren el control de la actividad portuaria, como también las relaciones jurídicas que puedan producirse y es en ese ámbito donde el Derecho Administrativo debe servir de catalizador de una transformación que necesariamente pasa por adoptar medidas, que si bien no son nuevas, su implantación si lo es, así como su objetivo, que no es otro que buscar la consecución de la eficacia y la eficiencia en la prestación del servicio. JORGE MIQUEL RODRÍGUEZ⁴⁹⁵ apuntaba como algunas de las medidas para potenciar la competencia, las recogidas en la Legislación del año 2010, la destitularización de los servicios portuarios y el libre acceso reglado, ideas que acertadamente este autor considera opuestas. Si el acceso está destitularizado como se puede justificar un libre acceso reglado a la prestación de servicios en un contexto de libre competencia, parece un galimatías, muy propio del legislador que quiere decir mucho pero en realidad hacer poco.

Es evidente que echar la vista atrás corrobora aquello de que se repiten los mismos errores. El sistema de los servicios portuarios, y en concreto, el analizado en esta tesis, adolece en la actualidad de muchísimos planteamientos erróneos, pero esto no es nuevo, como tampoco las soluciones que se adopten serán nuevas. El problema se conoce desde hace mucho tiempo, pero afrontar una reforma siempre se ha considerado un proceso complejo, pero a la vista está que postergarlo no ha significado otra cosa que una sanción de las instancias comunitarias. En los apartados siguientes de esta tesis se abordará el tema desde la perspectiva del Derecho Administrativo, dado que una de sus funciones es la de actuar de árbitro entre la defensa de una libertad empresarial que se aferra a la competencia y los postulados públicos que salvaguardan el interés general.

En mi opinión es interesante hacer un repaso de todos los mecanismos, que curiosamente se recogen en el TRLPMM, pero que a la vista de los hechos no han sido capaces de gestionar el problema. En esta materia tanto Puertos del Estado como las Autoridades Portuario se reservan facultades, sin olvidar que se crea un órgano *ad hoc* como es el Observatorio permanente del mercado de los servicios portuario (Art. 123 TRLPMM). Este último está adscrito a Puertos del Estado, y se

⁴⁹⁵ Ob.cit. MIQUEL RODRÍGUEZ, JORGE “*Estibadores portuarios y derecho de la competencia*”. Pág.93.

crea con la finalidad de analizar las condiciones de competitividad en relación con los precios y la calidad de los servicios y acordar las variables de competitividad sobre las que establecer recomendaciones. Respecto a la composición de este organismo se establece por acuerdo del Consejo Rector de Puertos del Estado, estando garantizada la presencia de las organizaciones más representativas de los prestadores, trabajadores y usuarios de los servicios portuarios.⁴⁹⁶

Por lo que se refiere a las competencias de puertos en materia de supervisión y promoción de la competencia el Art. 125 del TRLPMM señala la posibilidad de emitir circulares dirigidas a las entidades prestadoras de servicios portuarios, con el objeto de evitar o corregir prácticas contrarias a la libre competencia, estas circulares tras su publicación en el BOE serán vinculantes. Igualmente, Puertos del Estado tiene la facultad de realizar la propuesta de resolución de expedientes sancionadores por infracciones en la prestación de servicios portuarios tipificadas en esta ley y cualificadas como muy graves, en cuantía inferior a un 1.200.000€.

De otro lado, las Autoridades Portuarias en su ámbito territorial y funcional tienen también una serie de facultades, que recoge el Art. 125.2 del TRLPMM, en ese sentido es interesante la posibilidad de erigirse como árbitros en los conflictos que puedan surgir entre las entidades prestadoras de servicios, siempre que medie solicitud por parte de estas. En materia sancionadora ejercen esta potestad para los supuestos de infracciones en las prestaciones de servicios portuarios tipificados en esta ley y cualificadas como graves. En esta materia las Autoridades Portuarias se reservan la facultad de aprobar las tarifas máximas en los servicios portuarios, excepto en las terminales marítimas de pasajeros y mercancías dedicadas a uso particular, cuando el número de prestadores del servicio esté limitado o sea insuficiente para garantizar la competencia e incluso con la intención de controlar la transparencia de las tarifas y los conceptos que se facturen.

En este mismo sentido el TRLPMM establece un régimen de incompatibilidades para evitar situaciones de dominio de mercado. El Art. 121

⁴⁹⁶ Disponible en: www.observatoriopuertos.es. Se puede encontrar toda la información relativa a este organismo, así como su actual configuración. Igualmente, es un buscador de licencias en todo el ámbito portuario español.

establece que ninguna persona física o jurídica que sea titular de una licencia para prestar un servicio portuario en un puerto podrá tener influencia efectiva en la gestión del titular de otra licencia que preste o vaya a prestar idéntico servicio portuario en el mismo puerto. Evidentemente, como establece este mismo artículo el control de este tipo de incompatibilidades pasa por un control de las Autoridades Portuarias, y para ello las empresas autorizadas para la prestación de servicios portuarios están obligadas a comunicarles su composición accionarial, así como cualquier cambio significativo que se produzca. Esta obligación de suministrar información se establece expresamente como una de las materias a las que harán referencia los Pliegos de Prescripciones Particulares (Art. 113.4.k).

Seguidamente, y siguiendo con el análisis de las reglas de la competencia, como se ha venido aludiendo en varias ocasiones en esta tesis, en el año 2014 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha culminado un procedimiento que se inició años antes por la Comisión, por el que se sanciona a España por el modelo de estiba y desestiba portuaria vigente hasta el momento.

2. Valoraciones del procedimiento administrativo previo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014.

El inicio del procedimiento se establece el 25 de noviembre de 2011 cuando la Comisión envió al Reino de España escrito de requerimiento, al entender que la Ley 33/2010 (analizada anteriormente), no era conforme con el Art. 49 del Tratado de Funcionamiento Unión Europea (TFUE), relativo a la libertad de establecimiento. Aunque con anterioridad desde el año 2009 la Comisión ya había puesto en aviso a España sobre el modelo de estiba portuaria.⁴⁹⁷

Volviendo de nuevo a la redacción del artículo 49 del TFUE se enuncia del siguiente modo: *“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de*

⁴⁹⁷ El Dictamen de 1 de Octubre de 2012 señala en su Exposición de los hechos: “Por cartas de 9 de octubre de 2009 [D 2009 67607], y notas EU PILOT 10247107MOVE de 19 de mayo [D 2010 61716] y 9 de julio de 2010 (referencia 1346/10), la Comisión recabó la atención de las autoridades españolas sobre la Ley 33/2010, de 5 de agosto”.

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 ejecución, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del Art.54⁴⁹⁸, 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”.

De una primera lectura de este precepto se desprende que la Unión Europea pretende que no se establezcan medidas restrictivas que dificulten que las empresas del entorno comunitario se establezcan libremente en cualquier país de la Unión. Pues bien, a la vista del estudio de la normativa aplicable al servicio de estiba y desestiba portuaria, ya realizado en esta tesis, se aprecia como si existen medidas restrictivas de la libertad de establecimiento en España.

Tras los requerimientos efectuados al Reino de España desde la Comisión y tras la respuesta del Ministerio de Fomento, al no producirse ningún tipo de actuación por las autoridades españolas, la Comisión emitió **Dictamen Motivado Infracción nº 2009/4052⁴⁹⁹ de fecha 1 de octubre de 2012.** (Una cuestión meramente formal, es que cuando se emite este Dictamen Motivado ya se había aprobado en España el Texto Refundido de la Ley 33/2010, mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de noviembre, por lo tanto todas las alusiones a la Ley que menciona el Dictamen deben entenderse referidas al Texto Refundido).

Como exposición de los hechos la Comisión constató en su Dictamen Motivado, que la legislación contenida en la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, obligaba a las empresas que prestaban servicios de estiba en los puertos de interés general a ser miembros de una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) para tener

⁴⁹⁸ La redacción de este precepto es la siguiente: “Por sociedades se entienden 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”.

⁴⁹⁹ Disponible en: <http://ec.europa.eu>

efectivamente el derecho a realizar su actividad. La Comisión en sus requerimientos advirtió a España que al obligar a las empresas estibadoras que operan en los puertos de interés general españoles a participar en la SAGEP y no permitirles recurrir al mercado para contratar su propio personal, ya sea de forma permanente o temporal, a menos que los trabajadores propuestos por la SAGEP no sean idóneos o sean insuficientes, España estaba incumpliendo con las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 49 del TFUE.

En un primer momento la respuesta de las autoridades españolas en abril del 2012, fue manifestar que si bien reconocían la existencia de la restricción a la libertad de establecimiento, ésta se justificaba en la necesidad de conciliar el interés general inherente a la actividad de estiba y desestiba con la protección de los trabajadores que en ella intervienen. La fundamentación de la posición de la Comisión que se recogía en el Dictamen Motivado pivotaba sobre dos ejes, constatar la existencia de la restricción a la libertad de establecimiento, y de otro lado, desvirtuar la justificación planteada por las autoridades españolas para avalar dicha restricción. La restricción a la libertad de empresa según la Comisión se constata, tanto porque el titular de la licencia esté obligado a participar en el capital de la SAGEP o porque aun en los casos en los que discrecionalmente las Autoridades Portuarias podían eximir a una empresa de participar en el capital de la SAGEP⁵⁰⁰, seguía estando obligada a emplear en el régimen laboral común, es decir, con contratos a largo plazo de un número de trabajadores de la SAGEP, que puede que no necesitaran directamente.

El Dictamen Motivado fue por tanto muy taxativo a la hora de afirmar que la legislación española sobre la estiba contrastaba con los postulados recogidos en los Tratados:

⁵⁰⁰ Por lo que respecta a la posibilidad de eximir a las empresas estibadoras de la participación obligatoria en el capital de la SAGEP el Dictamen Motivado también puso en evidencia la discrecionalidad del sistema español: "...el procedimiento y los criterios para eximir a las empresas estibadoras de participar en el capital de la SAGEP no se han detallado lo suficiente y dejan un margen de discreción considerable a las autoridades portuarias."

Igualmente, se critica a la legislación española por no establecer una normativa respecto a los nuevos competidores que no tengan un historial en la manipulación de mercancías en un puerto determinado: "A falta de tales disposiciones, no queda claro si los nuevos competidores estarían o no obligados a participar en el capital de la SAGEP y, de estar obligados, en qué condiciones, ni sobre qué base se establecería la cuota de trabajadores de la SAGEP que deban contratar en el régimen laboral común si quedasen exentos de la participación en el capital de la SAGEP".

“En consecuencia, la única vía que tienen las empresas estibadoras para establecerse en un puerto de interés general español es reunir los recursos financieros suficientes para participar en la respectiva SAGEP o contratar trabajadores de la SAGEP en condiciones que escapan de su control. Esto altera, a la fuerza, las estructuras de empleo y las políticas de contratación de las empresas. Estos cambios pueden suponer graves perturbaciones para las empresas y tener consecuencias financieras significativas. Todo ello puede disuadir a las empresas estibadoras de establecerse en puertos españoles de interés general”.

El segundo eje sobre el que se fundamentaba el Dictamen Motivado de la Comisión de 1 de octubre de 2012, versa sobre como se desvirtúa la justificación de la restricción de la libertad de establecimiento argumentada por las autoridades españolas. Desde el ejecutivo español se trató de argumentar que la normativa española si bien era restrictiva, lo era para lograr el objetivo de conciliar el interés general inherente de los servicios portuarios de estiba y desestiba portuaria con la protección de los trabajadores que intervienen en el servicio.

La Comisión recurriendo a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión⁵⁰¹, señaló que las restricciones no discriminatorias que obstaculizan o hacen menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales solo pueden justificarse si se cumplen determinadas condiciones:

“Una medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo”.

La línea jurisprudencial del Tribunal europeo siempre ha sido muy clara en ese sentido, al hilo de cuestiones similares había ya indicios suficientes para pensar que si el procedimiento continuaba el Estado español se enfrentaría

⁵⁰¹ El Dictamen señala a la Sentencia del Tribunal de Justicia, Comisión/Republica Helénica (C-140/03).

presumiblemente a una sentencia condenatoria. El supuesto de hecho además no ha afectado solo a España, todos los Estados miembros han tenido que hacer frente al problema de la especificidad y el carácter irregular del trabajo portuario de los estibadores, advirtiendo el Dictamen que los países del entorno comunitario no han adoptado por ello sistemas similares al español.

Otra de las exigencias a las que alude el Dictamen, es el hecho de que para aceptar una excepcionalidad en la defensa de la libertad de establecimiento, la medida adoptada por el Estado debe ser congruente y sistemática, objetivo que no se predica de todos los estibadores españoles puesto que solo afecta a los que trabajan en puertos de interés general no así en los puertos privados, asimismo, solo afecta a los trabajadores contratados por la SAGEP, no a los que se puedan contratar en última instancia de forma libre. Esta circunstancia puede entenderse como un agravio que vulnera el principio de igualdad de todos los trabajadores antes las disposiciones legales.

Para concluir el Dictamen aseveraba: “...*el régimen establecido por el Decreto 2/2011 no es necesario ni proporcionado para la consecución de la protección de los trabajadores. Para alcanzar el objetivo alegado de protección de los estibadores existen otros instrumentos*”. Entiende de este modo la Comisión que no contravienen la libertad de establecimiento y que por tanto son más proporcionadas con el objetivo la adopción de otro tipo de medidas tales como:

1. El establecimiento de políticas encaminadas a garantizar la formación de los estibadores y la mejora de sus competencias.
2. Facilitar la movilidad laboral

En un intento de justificación del modelo, un tanto desesperado, las autoridades españolas, justificaron que un cambio en el modelo traería graves consecuencias para la economía española. Pues bien, ese argumento que también fue rebatido por la Comisión, solo ha supuesto demorar la reforma y además con el agravante de que dos años más tarde con una sentencia condenatoria, se debe hacer frente al pago de las costas del procedimiento por parte del Estado español.

Un ejemplo que deja bastante en evidencia la actuación de las autoridades españolas es que se trató de argumentar que la calidad de los servicios y la necesidad de garantizar la seguridad de las operaciones era unos objetivos imperiosos de interés general, cuando la Comisión tubo que recordarle a las autoridades españolas que no había ninguna normativa específica sobre formación o cualificación de los estibadores. De hecho la Orden que se aprobó al respecto es del año 2012, como ya se ha mencionado.

Ante este Dictamen que concluía invitando a España a adoptar las medidas necesarias para ajustarse a los criterios dictados en un plazo de dos meses. A petición del Estado español ese plazo se prorrogó por la Comisión hasta el 2 de enero de 2013. **El Ministerio de Fomento emitió un Informe el 27 de diciembre de 2012 en contestación al Dictamen**, cuyas líneas argumentales se centran en la idea de que las obligaciones impuestas por la Ley española se justifican por razones imperiosas de interés general.

Las autoridades españolas recurrieron entonces al argumento de las obligaciones de servicio público, como cargas o deberes que se imponen a las empresas privadas prestadoras de servicios, que de otro modo no asumirían si solo atienden a su beneficio empresarial, pero que el poder público impone en aras a la consecución de objetivos de interés general. Estas obligaciones que en otros sectores son claras, a juicio de esta autora es más que cuestionable que se puedan extrapolar, sin matices, al sector de la estiba.

JOSÉ MARIA SOUVIRÓN MORENILLA⁵⁰² en relación al sector de las telecomunicaciones señala al respecto:

“En suma, las «obligaciones de servicio público» responden a los mismos ejes finalistas que la regulación general de las telecomunicaciones (conjugar la libre prestación de los servicios en competencia y en el mercado, con la garantía de su disfrute por los usuarios y de los derechos de éstos), sólo que con un grado más intenso de intervención pública regulatoria. Nivel más intenso que la Ley evoca como connotación de fondo

⁵⁰² SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M^a. “La regulación de las telecomunicaciones y la Administración Local”. Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 303, enero-abril. 2007. Pág.21.

de las obligaciones de servicio público: solventar aquellas circunstancias en que «las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el –mero- mercado».

A pesar de los intentos de las autoridades españolas de justificar estas “obligaciones de servicio público” como sustento de su restricción a la libertad de establecimiento, en esta tesis se parte de la idea de que es poco factible esta conclusión. El mecanismo de las obligaciones de servicio público que puede englobar la consideración de un servicio dentro de los denominados servicios universales, es una cuestión absolutamente justificada en el caso de la estiba, por su significación, pero no lo es en sí mismo para justificar imponer a las empresas prestadoras de un servicio una serie de imposiciones que exceden de las obligaciones de servicio público. Así pues, en conclusión esta autora entiende que el objetivo de garantizar la seguridad y la calidad de los servicios que prestan los estibadores, no justifican que se imponga la obligación de participar en la SAGEP o de que las empresas titulares de licencia deban emplear solamente a los trabajadores contratados por la SAGEP, puesto que existen otros mecanismos menos restrictivos para alcanzar el mismo objetivo.

El Ministerio de Fomento trató de justificar la existencia de la SAGEP en los puertos de interés general (en concreto la obligación legal de integración en las mismas que se imponía sobre los prestadores con licencia de servicio de estiba y desestiba) como una medida dirigida a garantizar la regularidad, continuidad y no discriminación en el servicio portuario de estiba. En mi opinión las obligaciones de servicio público no pueden amparar medidas tan restrictivas, puesto que no hay proporcionalidad entre el fin y el medio. La prestación de un servicio de estiba y desestiba portuario seguro, regular y continuo, es probablemente una causa imperiosa de interés general, pero para la efectividad de tan loable objetivo no puede estructurarse un modelo como el actual, que restringe la libertad de establecimiento y, que además da cobijo a un modelo más propio de épocas gremiales.

El alto grado de profesionalidad que debe exigirse a los estibadores para dar cumplimiento a la regularidad del servicio en condiciones de eficacia y eficiencia, y que si puede entenderse como una obligación de servicio público

puede lograrse por mecanismos que no pasen por la contratación exclusiva de trabajadores de la SAGEP. Al respecto, como ya se ha expuesto, en muchos casos los trabajadores de la SAGEP no han desarrollado una carrera profesional que se regulará propiamente bajo normas de capacitación, porque la Orden que regula esta cuestión por primera vez en nuestro ordenamiento es de 2012⁵⁰³. La legislación española durante años no ha previsto ningún requisito de formación o cualificación especial para estos trabajadores, excepto la superación de unas pruebas de aptitud física y psicológica y una educación post-secundaria para los estibadores encargados de la manipulación de mercancías peligrosas.

3. Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014.

La Comisión Europea mediante recurso solicitó al Tribunal de Justicia que sancionará al Reino de España por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE, al obligar la normativa española del servicio de estiba y desestiba portuario con carácter general a que las empresas estibadoras que operan en los puertos de interés general españoles deban inscribirse en una SAGEP y, en todo caso, al no permitirles recurrir al mercado para contratar su propio personal, ya sea de forma permanente o temporal, a menos que los trabajadores propuestos por la SAGEP, no sean idóneos o sean insuficientes.⁵⁰⁴

La Sentencia recoge como el Art. 110 del TRLPMM define las obligaciones de servicio público portuario como obligaciones de servicio público de necesaria aceptación por todos los prestadores de servicio, en los términos en que se concreten en sus respectivos títulos habilitantes. Como ya se ha mencionado, definiendo la idea de que las obligaciones impuestas no se corresponden exactamente con las exigencias de continuidad y regularidad del servicio, puesto que pueden lograrse estas obligaciones sin necesidad de medidas tan restrictivas como:

- a) Obligar con carácter general a las empresas estibadoras a participar en la SAGEP del puerto de interés general de que se trate.

⁵⁰³ Orden FOM/2297/2012, de 23 de Octubre. (BOE nº 259 de 27 de octubre de 2012).

⁵⁰⁴ La Sentencia menciona numerosa jurisprudencia al respecto de este tema: Sentencia Comisión/Francia, C-89/09; SOA Nazionali Costruttori, C-327/12; Graus, C-19/92; Comisión/Paises Bajos, C-299/02; Comisión/Grecia, C-140/03.

- b) Participar financieramente en el capital de la SAGEP.
- c) Contratar con carácter prioritario a los trabajadores puestos a su disposición por tal sociedad.
- d) La contratación de personal se realiza por parte de las empresas estibadoras en condiciones impuestas unilateralmente por las autoridades públicas, puesto que deben incluso contratar un número mínimo y obligatorio de trabajadores de la SAGEP de manera permanente, para poder optar a la licencia.
- e) El precio que se paga por cada trabajador que se contrata obligatoriamente de la SAGEP también viene impuesto.

Siguiendo con esta idea la Sentencia señala que las empresas estibadoras extranjeras ante estas obligaciones para operar en España se ven obligadas a modificar su plantilla, sus estructuras de empleo y sus políticas de contratación, consecuentemente, las cargas financieras de estas imposiciones hacen poco atractivo que el ejercicio de la libertad de establecimiento en los puertos españoles de interés general. Esta es precisamente una de las argumentaciones de la Sentencia, el Tribunal hace suyo el posicionamiento de la Comisión al entender en el Apartado 27:

“...con arreglo a la Comunicación COM (2007) 616 (analiza en esta tesis en el Planteamiento General) sobre una política portuaria europea, las disposiciones sobre contratación de trabajadores portuarios no deben utilizarse para impedir que personas o empresas debidamente cualificadas presten servicios de manipulación de mercancías o para impedir a los empresarios una mano de obra que no necesitan.”

Las autoridades españolas siempre han justificado su normativa amparándose en la justificación de las medidas restrictivas, pues bien, la Sentencia desmonta, como ya hizo el Dictamen Motivado de la Comisión, esta argumentación. En primer lugar, se justifica que el servicio portuario de estiba y desestiba portuaria constituye un servicio de interés general sujeto a obligaciones de servicio público cuya finalidad es garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio. En segundo lugar, la defensa de España estriba en que la restricción resulta necesaria

para garantizar la protección de los trabajadores al entender las autoridades españolas que es una razón imperiosa de interés general.

El fallo judicial de nuevo acoge los postulados de la Comisión e indica:

*“...las restricciones inherentes al régimen portuario español no son adecuadas ni necesarias para alcanzar el objetivo de garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio, ya que tal objetivo podría conseguirse con medidas menos restrictivas, a semejanza de las adoptadas en otros Estados miembros, tales como la gestión por las propias empresas estibadoras de **oficinas de empleo** para disponer de mano de obra, de modo que dichas empresas puedan contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, o la creación de una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras”.*

Las alternativas que plantea la Sentencia tal vez sean las que recoja la nueva normativa que debe adoptarse en España a la vista del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Propuesta presentada al Ministerio de Fomento en junio de 2015 consensuada por los agentes implicados en el servicio con mayor representatividad va en esa dirección puesto que establece la obligación de que sean los centros portuarios de empleo que se creen en cada puerto los encargados de garantizar la formación continua de sus trabajadores para la adaptación a las nuevas tecnologías y demandas. Queda por resolver uno de los puntos que tal vez puedan generar más controversia, como ya se ha tenido ocasión de mencionar en esta tesis, y es el relativo a la formación y profesionalización de nuevos trabajadores portuarios, parece que es poco rentable que entidades públicas como institutos o universidades se hagan cargo de esta formación, dado la inversión que suponen los aspectos prácticos, por lo tanto, tal vez sean los propios centros portuarios de empleo los que deban asumir esta encomienda.

Otro de los argumentos que desmonta la Sentencia es el hecho de que las disposiciones del Convenio nº 137, relativas a las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos, en ningún caso obligan

a los Estados miembros que han ratificado dicho Convenio, como sostiene España, a imponer restricciones como las previstas en el régimen portuario español.

El Tribunal reconoce que los objetivos marcados por la legislación española, como son la protección de los trabajadores, y de otro, el imperativo de garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio portuario del servicio portuario de estiba y desestiba, pueden considerarse como razones imperiosas de interés general, lo que no avala son que las medidas concretas de la Ley sean acordes a la normativa, puesto que estos objetivos pueden lograrse con otras medidas. Recurre así el Tribunal a que la normativa española conculca el principio de proporcionalidad, dado que existen medidas menos restrictivas e igual de idóneas para conseguir los objetivos propuestos.

En opinión de esta autora puede sustentarse la idea de que el servicio de estiba y desestiba constituye un servicio público esencial para mantener la seguridad en los puertos, así como su relevancia para el conjunto de la economía, lo que dota de una especial singularidad de continuidad al servicio. Pero en ningún caso, como ha declarado la Sentencia, puede avalarse el modelo actual de la estiba bajo el paraguas de las denominadas “obligaciones de servicio público” o de la teoría del “servicio universal”. Si bien es cierto que el servicio de estiba en sí mismo si puede acogerse a estas instituciones de derecho público, no hay justificación alguna a las medidas concretas que la legislación portuaria española recoge para garantizar esas denominadas “obligaciones de servicio público”.

En las líneas siguientes se expondrá con más detalle esta argumentación partiendo de un análisis de las instituciones de derecho público. Por último, otra de las cuestiones importantes ha tener en cuenta, es que no puede aprovecharse la previsible reforma legislativa sobre el servicio de estiba y desestiba para fundamentar una completa y absoluta liberalización del servicio, porque lo bien cierto es que el servicio de estiba y desestiba portuario es fundamental no solo para el funcionamiento de los puertos, sino para el conjunto de la economía y de la sociedad, por lo tanto siempre deberán las autoridades públicas garantizar unos estándares en la propia ejecución del servicio.

III. LAS TÉCNICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO PARA FRENAR EL AUGE DE LA LIBERALIZACIÓN, EN PERJUICIO DE LOS INTERESES GENERALES. EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS.

1. Líneas básicas.

Enlazando con el epígrafe anterior, se puede decir que en estos momentos en el sector portuario del servicio de estiba y desestiba se observa un modelo de competencia imperfecta. A pesar de la formal liberalización del sector lo cierto es que esta no opera con total virtualidad, puesto que tal y como ha sancionado el Tribunal Europeo, se dan circunstancias que constatan una restricción de la libertad de establecimiento.

El servicio de estiba y desestiba tiene una configuración similar a la de otros servicios:

- Autoridades públicas con competencias. En este caso confluyen potestades de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias.
- Un marco de obligaciones y derechos para los prestadores de servicios. El servicio de estiba y desestiba portuario en lo más básico no difiere de la regulación que se establece para cualquier otro tipo de servicio público.
- Unos Pliegos donde pueden recogerse limitaciones por cuestiones de espacio y seguridad. En el servicio de estiba y desestiba principalmente por su vinculación con el dominio público marítimo igualmente se imponen una serie de garantías para la prestación.
- Por último, si estas cuestiones no se cumplen entran en juego mecanismos como el rescate de la licencia o en su caso el régimen sancionador.

¿Por qué entonces se puede afirmar que el servicio de estiba es diferente?

La respuesta no es sencilla, a lo largo de esta tesis se han ido desgranando indicios que explican esa singularidad:

1. El régimen de obligaciones que se imponen a los prestadores del servicio de estiba y desestiba es en muchas ocasiones exorbitante. Así lo ha entendido la propia Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, en particular porque impone la contratación de determinado personal, y obliga a la participación en una sociedad de gestión de personal.
2. La justificación para dichas obligaciones pretende sustentarse en teóricas obligaciones de servicio público. Es cierto que existen razones más que fundamentadas para la regulación de este servicio, pero a juicio de esta autora, tal vez la regulación planteada hasta el momento no va en la dirección correcta; aun siendo contraria a una completa liberalización del servicio, sí considero que en modo alguno se puede justificar el mantenimiento de estructuras más propias de la época gremial y que difícilmente colaboran al desarrollo de economías más sostenibles y a la vez competitivas.
3. La consideración como servicio de interés general y, por tanto sujeto a obligaciones de servicio público, es cierto que tiene como objetivo garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio, y para ello es básico contar con personal cualificado, que tenga la formación y la profesionalización adecuada. Pero esto, por muy loable objetivo que sea, debe ponerse en relación con otras cuestiones. Es necesario ponderar la oportunidad de medidas absolutamente restrictivas, siendo que es posible alcanzar el objetivo de la profesionalidad por otros medios, tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo.
4. El papel de las Autoridades Portuarias en esta materia ha sufrido grandes variaciones, pasando de un papel activo a un limbo muy complejo. Precisamente esa imprecisión de competencias de las Autoridades Portuarias, dejando en manos de las SAGEP mecanismos que tal vez le corresponden propiamente a una autoridad pública complica aun más el sistema.

Es precisamente en este último punto en el que a lo largo de los epígrafes siguientes este trabajo más ahondará, porque necesariamente debe producirse un

cambio en el protagonismo de la Administración. Los monopolios públicos han ido desapareciendo, son ahora como las viejas huellas de dinosaurios que se pueden contemplar en los museos y en muchos casos las Administraciones Públicas no han sabido adaptarse a la nueva situación. El hecho de que las Administraciones públicas dejen de ser prestadoras de servicios, no es solo una cuestión ideológica, sino de carácter económico, la tecnología en muchos casos ha supuesto la adaptación de los procesos y los Estados no han podido hacer frente a la inversión, por lo tanto, se han visto obligados a dejar en manos de la iniciativa privada actividades que hasta el momento desempeñaban desde instancias públicas.

Hay algo en lo que no debería de haber variado el papel del Estado y es en la defensa de los intereses comunes de una sociedad, puesto que en ese ámbito si cuenta con medios para desempeñar su cometido. Es precisamente en ese ámbito en el que el Derecho Administrativo encuentra su razón de ser, como **instrumento de mediación** entre los intereses generales y los imperantes poderes económicos. En muchos ámbitos hoy en día pueden verse ejemplos: el poder ya no está en manos de los Estados, sino que está en manos de intereses económicos y financieros, es por ello que se hace necesario que el poder público adopte una postura garante o reguladora, reconduciendo los intereses de los operadores privados (que son necesarios en un escenario económico) hacia fines no solo mercantiles sino también sociales si se trata de sectores estratégicos, como evidentemente lo es el servicio de estiba y desestiba. Pero para este noble fin, en muchos casos la actividad administrativa se distorsiona, adopta decisiones que no concuerdan con las reglas de mercado haciendo un uso exorbitante y no razonable de sus potestades.

Un modelo claro de Estado garante es la propia Unión Europea, tal y como señala JOSÉ ESTEVE PARDO⁵⁰⁵:

“Hay por lo demás un entorno, más que un presupuesto, que ha propiciado la génesis conceptual del Estado garante. Ese entorno es el que configura la Unión Europea, con una estructura articulada sobre un principio y presupuesto

⁵⁰⁵ Ob.cit. ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis”. Pág. 171.

similar al del Estado garante que ya conocemos: la Unión se marca unos fines y objetivos para cuya realización no dispone de medios ejecutivos necesarios que están en poder de los miembros, los Estados. El reto y objetivo primario de la Unión Europea será entonces establecer sistemas y fórmulas con los que garantizar en lo posible la realización de su programa, el cumplimiento de sus fines, con los medios de los Estados. El Estado garante se encuentra de algún modo ante el mismo reto cuando los medios necesarios para la ejecución están en manos de los que tradicionalmente se han considerado sus miembros, los particulares, los sujetos privados”.

Es pues, en esos mecanismos en los que se debe de ahondar para adoptar decisiones acordes con una economía globalizada y por supuesto con el mantenimiento y pervivencia de un Estado Social y Democrático. Ese será pues el punto final de análisis de esta tesis, tratar de aportar una visión nueva del servicio de estiba desde la aportación de las fórmulas del Derecho Administrativo. En el análisis final de este trabajo no puede, ni debe, obviarse que por muchas teorías que ofrezca el análisis del Derecho, la realidad de los actores intervinientes, es y será siempre particular y propia; en este caso el colectivo de trabajadores portuario se aferra, con legítimos intereses al mantenimiento de un sistema que durante mucho tiempo ha dado estabilidad a sus puestos de trabajo, por ello, y reiterando que esta tesis no analiza cuestiones de índole estrictamente laboral, cualquier decisión que se adopte desde instancias públicas no puede obviar el análisis de la materia desde una óptica mucho más amplia.

2. La significación de la idea de servicio público en el servicio portuario de estiba y desestiba.

En apartados anteriores de esta tesis se ha tratado de analizar la técnica del servicio público; como apunta JOSÉ LUIS VILLAR PALASI⁵⁰⁶ es difícil determinar su origen: *“En primer lugar su momento de nacimiento es incierto y es una pueril erupción bucear en los fines del siglo XVIII y principios del XIX la aparición del término que no viene sino a ser la sustitución de una vieja expresión: «del servicio del rey al servicio público»”.* Desde sus

⁵⁰⁶ VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS. “Servicio público y técnicas de conexión”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980. Prólogo de JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. Pág. 14.

difusos orígenes el servicio público ha actuado como un conglomerado de ideas dentro de la actividad administrativa, como dice este mismo autor el servicio público ha sido considerado como “*un espíritu animador de una política del Derecho*”, por lo que como concepto jurídico tiene infinidad de acepciones.

El servicio de estiba y desestiba portuario es por tanto una de las múltiples manifestaciones del servicio público, se enmarcaría dentro de los denominados servicios económicos, al igual que lo son los servicios de transportes, de suministro de agua o electricidad. Si bien pueden definirse rasgos comunes entre los diferentes servicios que ayudan al jurista a la construcción de teorías propias del Derecho Administrativo, en ocasiones surgen servicios como el taxi, en el que se dan notas discordantes, que le confieren un carácter especial, al igual que le ocurre al servicio de estiba y desestiba portuario.

En este punto tal vez sería interesante reflexionar sobre la idea de si el servicio de estiba y desestiba no debería tener una cierta asimilación con el denominado **servicio público virtual o impropio**, plenamente asentada en el servicio de auto-taxi, tal y como señala JORGE BOTELLA CARRETERO⁵⁰⁷: “*Aunque es cierto que la primera sentencia que definió el servicio de auto-taxi como un servicio público virtual o impropio data de 1972, la consolidación de esta tendencia no se produjo hasta bien entrada la década de los setenta, y principalmente en los años ochenta*”.

Los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo han definido la categoría del servicio público impropio, como ejemplo mencionar la Sentencia de 30 de junio de 1979⁵⁰⁸:

“...vienen a formar parte de la organización de un servicio público, calificado por la doctrina de «impropio», en cuanto es público por razón de su reglamentación, de sus fines y de sus destinatarios, pero, en cambio privado, si se atiende a quienes lo prestan, y al título habilitante de su actividad, ya que son personas privadas que, para poder ejercerla, no han

⁵⁰⁷ BOTELLA CARRETERO, JORGE. “*El régimen jurídico del servicio de auto-taxi*”. Biblioteca jurídica Cuatrecasas. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002. Pág. 417.

⁵⁰⁸ (RJ 29779).

tenido que hacerlo a través de concesión, o transferencia de facultades administrativas, sino de una simple licencia o autorización, que solo ha implicado una remoción de las limitaciones establecidas reglamentariamente, para la mejor prestación del servicio”.

De la lectura de la Sentencia pueden argumentarse razones que avalarían el hecho de que el servicio de estiba y desestiba es un servicio público impropio, se presta por la iniciativa privada (las empresas estibadoras), el título habilitante es una licencia (en este caso de manipulación de mercancías), tal vez el escollo radica en que por parte de las autoridades públicas en el caso del servicio de estiba y desestiba al otorgar la licencia se realiza una extralimitación en la remoción de limitaciones establecidas reglamentariamente. En el caso del servicio de auto-taxi se impone a los particulares por ejemplo que los vehículos sean un determinado color, la justificación es que dado que prestan un servicio de interés público sean fácilmente reconocibles por todos los usuarios, esta obligación que tendría una clara justificación contrasta con las elevadas exigencias que se han impuesto tradicionalmente a las empresas estibadoras para obtener las licencias, no son proporcionadas, ni atienden en todos los casos al interés público, como ya ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Europeo sancionando a España por el actual modelo de estiba.

Dentro de los elementos que pueden evidenciarse en todo servicio público está el elemento empresarial, es decir, una actuación económica, que generalmente se materializa en una empresa, bien pública o privada. Durante algún tiempo esa actuación económica ha sido asumida por los Estados, en estos momentos las corrientes liberalizadas van en dirección opuesta. Otro de los elementos determinantes que delimitan el concepto de servicio público es el destinatario del servicio. Los particulares al hacer uso de los servicios son protagonistas de las consideraciones básicas de la técnica del servicio público. En el ámbito del servicio de transportes pueden diferenciarse por su naturaleza servicios públicos y servicios privados, como señala JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA⁵⁰⁹:

⁵⁰⁹ Ob.cit. RAZQUIN LIZARRAGA, JOSÉ ANTONIO. “Derecho Público del transporte por carretera”. Pág. 407.

“Son transportes públicos aquellos que se llevan a cabo por cuenta ajena mediante retribución económica. No puede, por ello, confundirse esta clase de transportes al público, con la diversa y más limitada de servicios públicos, que son los de titularidad pública, y que están configurados con esa categoría jurídica administrativa por la propia LOTT. (...) Son transportes privados los que se llevan a cabo por cuenta propia, bien sea para satisfacer necesidades particulares, bien como complemento de otras actividades principales realizadas por empresas”.

Entre los elementos que definen un servicio público, conectado con el anterior, también se encuentra la posibilidad de ser explotado por particulares. Esa explotación por los particulares, lleva al establecimiento de obligaciones para la materialización de la actividad, tales como la continuidad de la prestación. Pues bien, bajo el paraguas de esa obligación se ha construido un modelo de servicio que en el caso de la estiba y desestiba portuaria no encuentra suficiente justificación, como se ha venido defendiendo a lo largo de este trabajo. Lo cierto es que existe una clara vocación de servicio público en el servicio que nos ocupa, pero lo controvertido es querer amparar obligaciones exorbitantes a los particulares que realizan el servicio recurriendo a la técnica del servicio público. Seguidamente, se analizará con más detalle el principio de continuidad en la prestación, dado que ha sido utilizado por el ejecutivo español para justificar el actual modelo de estiba, aunque como ya se ha tenido ocasión de estudiar el Tribunal de Luxemburgo no ha avalado la postura de España.

2.1 El principio de continuidad y regularidad del servicio público.

JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA⁵¹⁰ alude acertadamente al elemento de la continuidad en la prestación como integrante de los elementos de servicio público:

“Hay, sin embargo, otra característica que constituye un elemento esencial, imprescindible para la calificación de servicio público. Se trata de un elemento conceptual y a su vez de una consecuencia del servicio público que está sujeto a esta regla inexorable y que, aun a riesgo de insistencia, hay que aclarar que constituye no sólo la consecuencia principal (el deber

⁵¹⁰ *Íbidem*. Pág. 209.

esencial del gestor del servicio público), sino un autentico elemento definitorio del mismo, en tal modo y medida que su ausencia elimina la misma idea de servicio público. Con ello se va concretando una definición de la categoría jurídica; servicio técnico prestado al público bajo formas empresariales y de un modo continuado y regular”.

Es evidente que este principio es un elemento integrante del concepto de servicio público, amparándose en esa idea el TRLPMM, señala entre las obligaciones de servicio público del Art. 111 lo siguiente: “*Son obligaciones de servicio público, de necesaria aceptación por todos los prestadores de servicios en los términos en que se concreten en sus respectivos títulos habilitantes: (...) b) Continuidad y regularidad de los servicios en función de las características de la demanda, salvo fuerza mayor. Para garantizar la continuidad en la prestación del servicio, las Autoridades Portuarias podrán establecer servicios mínimos de carácter obligatorio*”. La continuidad del servicio es básica para definir un servicio público, en tanto que las prestaciones a las que atienden son fundamentales para el interés general. Tal es la significación de este principio que de incumplirse se derivan consecuentemente sanciones para el titular de la licencia, el Art. 308.5 b) TRLPMM señala como infracción muy grave el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones de servicio público. Debe valorarse, no obstante, antes de aplicar las consecuencias que pueden derivarse de la vulneración del principio de continuidad, si dicha quiebra se debe a una actuación directa del titular de la licencia y no está de ningún modo justificada, de ser así podría aplicarse incluso el secuestro, por analogía con la técnica concesional.

El único supuesto que se contempla para no dar virtualidad al principio de continuidad, es el de fuerza mayor, no pudiéndose englobar la huelga del personal, en este caso estibadores, como fuerza mayor, tal y como ha reconocido el Tribunal Supremo, y que ya ha sido analizado en apartados anteriores.

Volviendo al significado mismo del principio de continuidad JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO⁵¹¹ en referencia al servicio público telefónico, pero

⁵¹¹ Ob.cit. MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO. “*Formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión*”. Págs. 2103-2104.

plenamente aplicable al servicio de estiba y desestiba portuaria, señala lo siguiente:

“Se refiere, por ello, el principio de continuidad a la necesaria aptitud del servicio para satisfacer las demandas y necesidades de los usuarios (en definitiva, del interés general). Por ello esta técnica instrumental «no se refiere a un conjunto heterogéneo de técnicas dirigidas a asegurar la prestación ininterrumpida del servicio..., sino a cómo dar solución a los problemas derivados del enfrentamiento o tensión entre un título jurídico cualquiera y el interés público que reclama la continuidad del servicio».

Ese interés público es el que se ha argumentado para sustentar el actual modelo de estiba, considerando que solo bajo la premisa de la contratación de un determinado personal, y bajo una determinada forma de gestión a través de la SAGEP se podía dar cumplimiento a este principio de continuidad, y consecuentemente preservar el interés general que entraña un servicio como la estiba y desestiba portuaria. Argumentación que no ha sido avalada por el Tribunal de Justicia Europeo, en la Sentencia ya analizada, y que ha juicio de esta autora es totalmente congruente en sus pronunciamientos, existen muchísimos otros mecanismos para dar cumplimiento a esta obligación de servicio público que no pasan necesariamente por la pervivencia de un modelo de contratación que constriñen las reglas de la competencia y la propia libertad empresarial.

La constricción empresarial es tan flagrante en el modelo del servicio portuario de estiba y desestiba del ordenamiento español, que incluso se constituye como infracción grave en el TRLPMM Art. 307.1 c) *“El incumplimiento de la normativa establecida para las operaciones de estiba o desestiba, así como el incumplimiento de la obligación legal o en su caso del compromiso, relativo a la contratación de determinado porcentaje de trabajadores en régimen laboral común”*. Así pues, es notorio que el modelo debe adaptarse a una profunda reforma, no puede justificarse en el ordenamiento español una regulación que bajo el supuesto cumplimiento de obligaciones de servicio público quiera dar cobijo a un modelo más propio de la época gremial; sin perjuicio, como ya se ha señalado a lo largo de esta tesis, que evidentemente es de suma importancia garantizar la profesionalidad y las condiciones laborales de los estibadores españoles.

En resumen, un elemento fundamental del servicio público de estiba y desestiba portuario, es la regularidad y la continuidad sin interrupciones que causen perjuicio a los usuarios, dado que con este servicio se satisfacen necesidades vitales básicas para el conjunto de la sociedad. Sin perjuicio lógicamente de que puedan darse circunstancias que interrumpan la prestación, bien por fuerza mayor, o bien por la realización de obras de reparación y conservación, o incluso causas imputables al usuario, en esos casos serán las propias Ordenanzas del Puerto las encargadas de regular los supuestos. La significación de los servicios portuarios, entre los que se encuentra el de estiba y desestiba es tal, que el propio TRLPMM en su Art. 109.3 establece la posibilidad de que las Autoridades Portuarias deben adoptar las medidas precisas para garantizar una adecuada cobertura de las necesidades. Para cumplir con este fin pueden asumir la prestación directa o indirecta de un servicio portuario cuando por ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada sea necesario para la garantizar las necesidades. La prestación por parte de la Autoridad Portuaria de un servicio portuario, por ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, no implica la extinción en su caso de las licencias en vigor, ni impide la solicitud de nuevas licencias. De la lectura de este artículo, puede deducirse que nos encontramos ante un supuesto de secuestro temporal de la gestión del servicio, por lo tanto conviene detenerse con un poco más de detalle.

2.2 Un supuesto de secuestro de la gestión de los servicios portuarios.

El supuesto del Art. 109.3 del TRLPMM puede entenderse como una intervención temporal de la gestión, que en este caso se deriva de la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada. En el mismo sentido el Art. 109.4 señala que si los prestadores del servicio con licencia otorgada no pudieran atender conjuntamente con los medios que tengan adscritos al servicio, a juicio de la Autoridad Portuaria, la cobertura total de la demanda con los indicadores de calidad establecidos en las prescripciones particulares del servicio, la Autoridad Portuaria se lo comunicará con el objeto de que tengan la posibilidad de incrementar medios adicionales. Si la situación persiste y la Autoridad Portuaria considera que existe insuficiencia de la iniciativa privada para garantizar la continuidad y regularidad del servicio, se aplicará el supuesto de secuestro previsto en el Art. 109.3.

¿Pero en que consiste realmente el secuestro de la gestión de servicios públicos?. La primera diferencia es que no se trata de una caducidad, ya que está obedece generalmente a una causa imputable al titular de la autorización, en el caso del secuestro, como ocurre en materia de servicios portuarios, esa insuficiencia puede deberse a causas ajenas al titular de la licencia. Por lo tanto, no siempre un supuesto de secuestro tiene connotaciones negativas, es tan solo una medida para garantizar la continuidad y regularidad del servicio, aunque la regulación en materia de contratos públicos si que la figura está más asociada a incumplimientos por parte del contratista, como ocurre con lo dispuesto en el Art. 285 del TRLCSP 3/2011: *“Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el sector público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado”*.

Como aclara DAVID BLANQUER CRIADO⁵¹²: *“Es importante reiterar que las medidas de intervención o secuestro de la gestión de la compañía no afecta al derecho de propiedad (artículo 33 CE) sino a la libertad de empresa (artículo 38)”*. El secuestro lo que conlleva es la intervención de la administración en la empresa gestora del servicio, dicha intervención es siempre temporal y circunstancial, se impone para garantizar la normalidad en la prestación de los servicios.

Debido a las exigencias que impone el principio de reserva de ley en materia de libertad de empresa recogido en la propia CE, el TRLPMM se ha encargado de definir expresamente que se considera “existencia de insuficiencia de la iniciativa privada”, entendiendo que se produce cuando las licencias otorgadas no pueden atender toda la demanda existente en el puerto con los indicadores de calidad exigidos en el Pliego de Prescripciones Particulares del servicio. Así lo entiende igualmente el citado autor⁵¹³: *“Por la trascendencia de la medida de intervención en la libertad constitucional de empresa, y atendiendo a la proporcionalidad que informa el principio del «favor libertatis», las circunstancias legitimadoras del secuestro deben ser de extraordinaria*

⁵¹² Ob.cit. BLANQUER CRIADO, DAVID. *“La concesión de servicio público”*. Pág. 923.

⁵¹³ *Íbidem*. Pág. 924.

gravedad para los intereses generales”. Pues bien, a juicio de esta autora como se ha venido defendiendo el servicio de estiba y desestiba tiene una gran relevancia en el conjunto de los intereses generales, lo que le confiere el estatus suficiente como para acceder a la aplicación de figuras jurídicas como el secuestro.

Tal vez, el mayor problema que plantea un supuesto como el recogido en el Art. 109.3 del TRLPMM, es la poca regulación que el secuestro tiene en nuestro Derecho positivo. La intervención de las Administraciones Públicas deberá por tanto analizarse caso por caso, para contextualizar y motivar la injerencia y que sea acorde a las particulares circunstancias de cada caso concreto. Algunos sectores económicos si han establecido una cierta regulación sobre el intervencionismo público, este es el caso de las empresas aseguradoras por medio del *Texto Refundido de la Ley de Ordenación y supervisión de los seguros privados contenido en el Real Decreto Legislativo 6/2004 de 29 de octubre* (Art. 38 y ss). En esta materia por ejemplo en aras a salvaguardar la solvencia futura de las entidades aseguradoras se les imponen medidas de garantía, de este modo se protege el interés de los asegurados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Ente las medidas de control especial que la norma prevé para las entidades aseguradoras, al margen de la sanción administrativa, se establece la sustitución provisional de los órganos de administración de la entidad e incluso la intervención de la entidad aseguradora para garantizar su correcto funcionamiento, evidentemente para la adopción de estas medidas deberán acreditarse de forma fehaciente los motivos que las avalan.

Siguiendo con la opinión del autor mencionado⁵¹⁴ señalar al respecto del sector de las aseguradoras: *“En estos concretos sectores económicos, la ley abre un amplio abanico que detalla pormenorizadamente cuáles son las únicas medidas que pueden adoptarse. De esa forma se limita la injerencia burocrática y se evita el expolio de toda la libertad de gestión del empresario, pues la Administración ya no podrá adoptar a su antojo cualquier tipo de medida de intervención, sino únicamente las medidas expresamente tipificadas por la ley”*. No obstante, y dada

⁵¹⁴ *Íbidem*. Pág. 928.

la trascendencia de la medida, no cabe hacer interpretaciones analógicas, siendo más conveniente que el legislador a la vista de los problemas que puede acarrear una falta de regulación pormenorizada sobre la figura del secuestro aborde una reforma legislativa global.

Por último, es evidente que el secuestro tiene que tener una duración determinada, no puede de forma injustificada prolongarse en el tiempo, porque de ser así los titulares de la licencia podrían generar un derecho a indemnización por los daños soportados. En el caso de los servicios portuarios, el Art. 109.3 dispone expresamente: *“La prestación por parte de la Autoridad Portuaria de un servicio portuario, por ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, no implica la extinción, en su caso, de las licencias en vigor ni impide la solicitud de nuevas licencias. En este caso, las competencias reguladoras del servicio, incluida la aprobación del Pliego de Prescripciones Particulares, corresponderán a Puertos del Estado y el plazo de prestación del servicio no podrá ser superior a cinco años, salvo que subsistan las circunstancias que hayan motivado la asunción de la prestación”*.

2.3 La “ordenatio” de actividades económicas y la nueva finalidad de la “publicatio”.

Ambas técnicas se enmarcan como una intervención pública en la esfera de los particulares, en concreto, por lo que se refiere al ejercicio de la libertad de empresa. De una forma rápida podrían diferenciarse ambas técnicas, en que la “*publicatio*” no reconoce la iniciativa privada, y en cambio la “*ordenatio*” si la reconoce. En el segundo de los supuestos lo que se produce es un control por parte de la Administración de servicios considerados de interés generales, esta intervención se suele materializar por medio de títulos habilitantes como las “autorizaciones”. En el caso concreto de los servicios portuarios por medio del otorgamiento de licencias

El servicio de estiba y desestiba portuaria durante cierto tiempo estuvo bajo la técnica de la “*Publicatio*”, como ya se ha expuesto fueron monopolios públicos los encargados de gestionar esta actividad. En la actualidad es una actividad que está en manos de la iniciativa privada, tras producirse una “*despublicatio*”, tras la aprobación de la Ley 48/2003, abriéndose a la competencia y a la iniciativa

privada. JOSÉ MARIA SOUVIRÓN MORENILLA⁵¹⁵ expone como esta norma se enmarca dentro de una serie de políticas impulsadas a finales de los años noventa:

“Producto de la elección del nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales de 1996 –urgido a tal fin por la política de la Comunidad Europea- (...) trataron de acelerar la generación de la libre competencia en todo el sector (alude a las telecomunicaciones, pero es extensible a otros ámbitos como el portuario) más que su estricta liberalización, es decir, la despublicatio de las actividades, preparando así el rodaje hacia una plena liberalización posterior, mediante una serie de modificaciones e innovaciones normativas sobre el ordenamiento entonces vigente”.

Evidentemente, dada la trascendencia de la actividad, tal y como ya ha quedado expuesto en esta tesis, el servicio puede considerarse como de prestación obligatoria, lo que genera ciertas cuestiones dignas de análisis desde el prisma del Derecho Administrativo. Así pues, y aun a pesar de su nueva consideración, los servicios portuarios entre los que se encuentra la estiba y desestiba portuaria, tienen un régimen singular sujeto a un control administrativo. Control que tal y como se ha ido viendo a lo largo del trabajo, en el caso concreto de la estiba y desestiba en algunos casos es exorbitante, y debe adaptarse a los nuevos postulados.

La “*ordenatio*” es por tanto una técnica jurídica que ordena y marca el ejercicio de la iniciativa privada, de este modo se consigue equilibrar el principio de libertad de empresa con los intereses generales, tanto de los usuarios que pueden ver cubiertas sus necesidades, como del resto de prestadores del servicio, que pueden ver perjudicados sus intereses en un modelo de competencia imperfecta. De este modo los poderes públicos se erigen como árbitros entre los diversos intereses contrapuestos, haciendo prevalecer siempre el interés general. De este modo un determinado servicio público independientemente de las consideraciones jurídicas, sigue siendo el mismo, las necesidades son idénticas, el interés general que se pretende salvaguardar sigue inmutable. En resumen como expone

⁵¹⁵ Ob.cit. SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M^a. “El proceso de liberalización y la regulación de las telecomunicaciones en España”. Pág. 54

MATILDE CARLÓN RUIZ⁵¹⁶ para el sector de las telecomunicaciones, pero igualmente aplicable a otros ámbitos:

“La clave está, sin embargo, en que en la liberalización de las telecomunicaciones el objetivo del proceso no se agota en la apertura a la competencia de todas las actividades de telecomunicaciones, antes reservadas a la titularidad pública. Y ello porque el proceso no genera por sí mismo una transmutación, una metamorfosis de las actividades en cuestión, que siguen integrando un fuerte contenido de «interés general» como actividades prestacionales que, por su propia naturaleza, son imprescindibles para la interdependencia social, lo que queda perfectamente expresado en la calificación de las mismas, por la normativa comunitaria, como «servicios de interés económico general», de modo que los poderes públicos no pueden desentenderse de su garantía, bajo unos estándares básicos y en condiciones tasadas de calidad y precio, a todos los ciudadanos”.

Es por ello que algunas cosas son inmutables, el hecho de que un servicio como la estiba o desestiba portuaria este formalmente reservado o no por ley a la iniciativa privada económica, no cambia en última instancia la significaciones de las propias actividades que el servicio entraña. De este modo se explica que unas determinadas prestaciones pueden ser en un momento de la historia un autentico servicio público, y después no tener esa calificación jurídica formalmente pero materialmente seguir teniendo la misma significación. Por ese motivo existen ciertas prestaciones que siempre tendrán la consideración de servicios obligatorios, aunque no necesariamente por ello tengan una “*publicatio*” a favor de la Administración. Así pues, es más útil hablar de servicio público como un concepto amplio y no circunscribirlo a la simple actividad monopolística de los Estados, porque como ya se ha expuesto ese modelo está obsoleto, ahora aparecen nuevas figuras, que serán de las que esta tesis se ocupará en las líneas siguientes.

En resumen, la responsabilidad de los Estados, con estas nuevas políticas, se ha reconducido hacia postulados cada vez menos intervencionistas, se ha plegado la

⁵¹⁶ Ob.cit. CARLÓN RUIZ, MATILDE. “*El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas*”.Pág. 107.

actuación de los poderes públicas a los designios de los mercados y de la competencia. En este nuevo escenario los poderes públicos se han reservado un papel meramente ordenador o regulador de las actividades, ese cambio se ha vivido desde el Derecho Administrativo como una “huida” hacia el Derecho privado (liberalización, privatización) y también se han importado técnicas nuevas como la desregulación, más común en los países anglosajones y Estados Unidos.

3. Delimitaciones de los conceptos “privatización”, “liberalización” y “desregulación”.

En primer lugar, siguiendo la opinión de JOSÉ ESTEVE PARDO⁵¹⁷, es interesante contextualizar estos fenómenos:

“Fue significativamente en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América donde, sobre todo durante los mandatos de Margaret Thatcher y Ronald Reagan, se llevaron a cabo las primeras políticas y experiencias privatizadoras, desreguladoras como también se las conoce, a gran escala. Pero ha sido ya entrado el presente siglo cuando se advierte que buena parte de los servicios, tareas y funciones transferidas a sujetos privados tienen una incuestionable dimensión pública que puede quedar desatendida si se someten plenamente al Derecho Privado”.

En ese nuevo escenario es donde deben configurarse un nuevo papel del Derecho Administrativo, pero antes de entrar en ese análisis es necesario delimitar los conceptos de “privatización”, “liberalización” y “desregulación”, porque si bien es cierto que protagonizan un cambio en el modelo de actuación de los poderes públicos, no necesariamente significan lo mismo. JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA⁵¹⁸ ha realizado un análisis del concepto privatización y lo que este autor llama conceptos concurrentes. La privatización se define de un modo genérico por SOUVIRÓN MORENILLA como “la asunción por los particulares de bienes o actividades económicas anteriormente de titularidad o gestión pública”.

⁵¹⁷ Ob.cit. ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La extensión del Derecho Público una reacción necesaria”. Pág. 30.

⁵¹⁸ Ob.cit. SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M^a. “La actividad de la Administración y el servicio público”. Pág. 57 y ss.

De otro lado, puede entenderse a la desregulación como la desaparición de medidas de intervención, confiriendo de este modo una mayor libertad de los particulares, la regulación pública se ve abocada únicamente a la protección de las reglas de libre mercado. El mismo autor configura el concepto del siguiente modo:

“En su acepción anglosajona, el concepto de «regulación» no se identifica sin más con la existencia de normas jurídicas, sino con un modo de intervención administrativa sobre sectores económicos de suyo regidos ya por la libertad de empresa y el mercado pero cuyos operadores quedan, no obstante, sujetos a determinadas obligaciones dirigidas a asegurar el interés general (la imposición de estas obligaciones viene a constituir la «regulación» del sector) y cuyo cumplimiento es controlado por la correspondiente Agencia o Comisión reguladora. Por ello en este ámbito cultural anglosajón la «desregulación» designa el proceso de relajación del control ejercido por las Comisiones reguladoras.”

Por último, la liberalización se asocia generalmente con la supresión de monopolios públicos de servicios, sin embargo como apunta la delimitación que realiza el autor citado: *“...liberalizar evoca un campo de situaciones jurídicas más amplio que la mera supresión de una reserva en exclusiva a favor del Estado, incluyendo por tanto la sujeción a autorización reglada del ejercicio de actividades antes prohibidas o sujetas a poderes estatales discrecionales...”*. Esta última concepción parece que es la que han adoptado las legislaciones españolas al liberalizar servicios, reservando a los poderes públicos facultades relacionadas con el servicio pero que dejan atrás poderes discrecionales.

Los procesos citados han tenido una traslación a figuras jurídicas como el servicio público, si además se enmarcan en el propio ámbito de la Unión Europea, aun más. Los tradicionales servicios públicos han mutado hacia los denominados servicios de interés económico general, y en el que además se ha entrelazado la técnica del servicio universal, para dar completa cobertura a todas las necesidades, a pesar de encontrarnos en nuevos escenarios liberalizados. Las instancias comunitarias han marcado el ritmo de las modificaciones legislativas de los estados miembros, en sectores como las telecomunicaciones, tal y como apunta

MATILDE CARLÓN RUIZ⁵¹⁹: “En los años noventa del pasado siglo, se desarrolló una política comunitaria en materia de telecomunicaciones cuyo objeto confesado no era otro que abrir, paulatinamente, a la competencia el sector, para lo que se fueron aprobando sucesivos paquetes de normas – particularmente directivas-. De lo que se trataba, en definitiva, era de romper de forma progresiva con el régimen del que se partía –la declaración de todas las actividades de telecomunicaciones como un servicio público o, lo que es lo mismo, de titularidad pública”. Como se apuntaba al inicio de esta tesis este mismo intento se trato de materializar en el ámbito de los servicios portuarios, pero se abortó la propuesta por la férrea oposición del sector.

Por lo tanto, la liberalización de los servicios ha obligado al Derecho público a reinventarse técnicas nuevas cuya finalidad en origen es muy antigua: garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso a prestaciones consideradas como básicas. Esa es tal vez una de las características que hacen diferente al Derecho administrativo, frente al poco dado a cambios Derecho constitucional, el Derecho administrativo se erige como un instrumento básico que se adapta a los cambios que las sociedades requieren. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER⁵²⁰ lo expresa del siguiente modo:

“Algo parecido ocurre en el campo del Derecho administrativo, ¡claro que hay cambios!. Con la crisis y sin la crisis. Lo mismo que hay modas. Sin duda, las nuevas necesidades están exigiendo continuas adaptaciones, y no se puede olvidar que la sociedad está en continua evolución. Cambian aspiraciones y necesidades –y el propio nivel de vida-, y, por lo mismo, se exige adaptar permanentemente los instrumentos jurídicos que, como el Derecho administrativo, tan vinculados están a la vida en sociedad”.

En ese proceso de cambio el concepto de “servicio público” sobrevive como el primer día, porque aunque cambien los nombres el objetivo es siempre el mismo. A pesar de que se impongan desde instancias comunitarias liberalizaciones y se entronice la competencia, lo cierto es que hay servicios que cubren necesidades

⁵¹⁹ Ob.cit. CARLÓN RUIZ, MATILDE. “El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas”. Pág. 107.

⁵²⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO. “El Derecho Administrativo ante la crisis”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 157, enero-marzo 2012. Pág.127 y ss.

básicas que siempre serán dignos de protección por parte de los poderes públicos. Se parte en opinión de esta autora de la idea de que el mercado no se “autorregula” pensando en el bien común, sino en la cuenta de resultados. Ahora bien, como debe ser la intensidad de esa intervención pública es el objeto de análisis que se traslada con esta tesis a un servicio como la estiba y desestiba portuaria, si bien está más que probado la necesidad de que el servicio tenga una intervención de los poderes públicos, lo cierto, es que el modelo establecido hasta el momento no es el adecuado, ni responde exactamente a la finalidad perseguida.

Al respecto de todas las ideas expuestas SANTIAGO MUÑOZ MACHADO⁵²¹ reflexiona del siguiente modo:

“La aplicación a los servicios públicos de las reglas sobre libre competencia supone, desde luego, una transformación radical de muchos de los principios de organización y régimen jurídico que han disciplinado su funcionamiento en la tradición continental europea. (...). Se tratará ahora de indagar, cual es el alcance de las reformas jurídicas que se están imponiendo, el contenido de las técnicas de relación entre los poderes públicos y las actividades económicas de interés general, y conocer los principios que el Derecho está poniendo en pie para resolver los problemas que la nueva situación trae consigo”.

Esa será la línea de análisis que se estudiará en los apartados siguientes: analizar los mecanismos de los que dispone el Derecho y su traslación a un sector como la estiba y desestiba portuaria en España. La técnica de las obligaciones de servicio público a los privados parece la más acorde a los postulados comunitarios, pero ahora bien, en un sentido muy distinto al actual, en tanto que, la justicia comunitaria ya ha determinado que el actual modelo es incongruente con los postulados aceptados por España al pertenecer a la Unión.

⁵²¹ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho”. Pág. 1154.

4. La imposición de obligaciones de servicio público en el servicio portuario de estiba y desestiba.

4.1 Carencia en el sector de la estiba de las razones imperiosas de interés general. Principio de proporcionalidad.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2014, como ya se ha analizado en esta tesis entre sus pronunciamientos establece:

“Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo”.

La regla es pues la libertad de establecimiento, y sólo en los casos en los que se aprecien razones imperiosas de interés general se pueden establecer restricciones, siempre que estas sean adecuadas y proporcionadas al fin perseguido. El calificativo de “*imperiosas*” da un tono excepcional a la argumentación, por lo tanto, los Estados miembros de la Unión no pueden invocar el interés público de forma ambigua, sino que se exige para encuadrar el supuesto de excepcionar la libertad de establecimiento, que ese interés público sea atendido de forma precisa. De este modo, queda patente la primacía del principio de libertad de establecimiento sobre cualquier decisión administrativa restrictiva, por mucho que esta quiera ampararse en el interés público.

El Tribunal de Justicia que condena a España continua advirtiendo la obligación de acreditar las razones imperiosas de interés público compete a las autoridades nacionales, en concreto: “*A este respecto, y contrariamente a lo que mantiene el Reino de España, no corresponde a la Comisión sino a las autoridades nacionales competentes demostrar, por un lado, que su normativa es necesaria para alcanzar el objetivo que persigue, y, por otro lado, que se ajusta al principio de proporcionalidad*”. La carga de la prueba recae sobre las autoridades públicas de los Estados miembros. Deben probar que efectivamente están acreditadas las razones de interés general que justifican el establecimiento de restricciones a la

libertad de empresa en la prestación de los servicios. En el caso concreto del servicio de estiba y desestiba portuaria español la Sentencia ha venido a determinar que el modelo español no es proporcional a los intereses públicos que persigue, en palabras del propio Tribunal: *“En el caso de autos, el Reino de España sostiene que el régimen portuario español persigue sustancialmente objetivos relacionados, por un lado, con la protección de los trabajadores y, por otro, con el imperativo de garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio portuario de manipulación de mercancías, que según dicho Estado miembro constituye un servicio público esencial para mantener la seguridad en los puertos”*.

Las supuestas razones imperiosas de interés general que aporta el Estado español, son:

- La protección de los trabajadores.
- Garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio portuario, dado que es esencial que garantiza la seguridad en los puertos españoles.

Al respecto, el Tribunal no se opone, al contrario, avala que las razones alegadas por el Estado español son de entidad suficiente:

“En cuanto al primer objetivo, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la protección de los trabajadores figura entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar restricciones a la libertad de establecimiento (véase, en particular, la Sentencia Internacional Transport Workers’s Federation y Finís Seamen’s Union, EU:C.2007:772, apartado 77).

En lo que atañe al segundo punto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el objetivo de garantizar la seguridad de las aguas portuarias constituye igualmente una razón imperiosa de interés general (Sentencia Naftiliaki Etaireia Thasou y Amaltheia I Naftiki Etaireia, EU:C.2011:163, apartado 45) y que el servicio de practicaje constituye un servicio técnico náutico esencial para el mantenimiento de la seguridad en las aguas portuarias, que presenta las características de un servicio público (Sentencia Corsica Feries France, EU:C:1998:306, apartado 60)”.

Así pues, se reconoce que las razones aducidas por el Estado español tienen una significación y persiguen un objetivo legítimo, pero el Tribunal concluye que a pesar de ello esto no es suficiente como para justificar por sí mismo una restricción, y menos con la entidad que constituye la normativa española sobre el servicio de estiba y desestiba. La Sentencia de 11 de diciembre de 2014, expone como justificación que los objetivos que pretende conseguir la normativa española pueden lograrse mediante normas menos rigurosas.

En concreto, entre las medidas que propone la Sentencia, y que como se verá más adelante, han sido plasmadas en la Propuesta remitida al Ministerio de Fomento tras ser suscrita por los representantes de los agentes implicados para elaborar un nuevo texto normativo que regule el sector de la estiba en España, cabe destacar :

*“Por otra parte, cabe observar que existen medidas que son menos restrictivas que las aplicadas por el Reino de España y que, al mismo tiempo, son idóneas para conseguir un resultado similar y para garantizar tanto la continuidad, regularidad y calidad del servicio de manipulación de las mercancías como la protección de los trabajadores. De este modo, por ejemplo, tal como sugiere la Comisión, cabría la posibilidad de prever que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las **oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores**, o la posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como **agencias de empleo temporal** y pongan trabajadores a disposición de las **empresas estibadoras**”.*

Estas medidas se analizarán posteriormente, lo que interesa ahora es constatar como la normativa española del servicio de estiba y desestiba portuaria supone una restricción a la libertad de establecimiento, restricción que va más allá de lo que podría considerarse como necesario para alcanzar los objetivos que pretende. Por lo tanto, puede concluirse que ha existido por parte del Estado español una patente vulneración del principio de proporcionalidad, puesto que no se ha podido demostrar la necesidad de las medidas adoptadas en el marco del régimen

portuario español. DAVID BLANQUER CRIADO⁵²² determina sobre el principio de proporcionalidad en el contexto de las razones imperiosas de interés general que legitiman la imposición de obligaciones de servicio público:

“Con fundamento en el principio de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige que la restricción o limitación de la libertad empresarial de prestación de servicios sea «indispensable» para preservar una razón imperiosa de interés general. Es decir, para determinar la validez de la limitación que resulta de una obligación de servicio público, se realiza por el Tribunal un juicio de la «necesidad» de la obligación que se impone, y no un juicio de simple «conveniencia» o «utilidad» de la medida adoptada. En el ámbito de la Unión Europea la simple invocación de una razón de interés general es «sospechosa» de encubrir una injustificada limitación de las libertades fundamentales (como la libertad de prestación de servicio), y de ahí que para legitimar la imposición forzosa de una obligación de servicio público, se exija el «plus» o matiz reforzado del carácter «imperioso» del interés general.”

A juicio de esta autora, como se ha venido defendiendo a lo largo de esta tesis, la normativa portuaria del sector de la estiba y desestiba adolece de una justificación proporcionada, se imponen obligaciones muy rígidas a las empresas prestadoras del servicio; obligaciones que difícilmente pueden encontrar un encuadre en el marco comunitario. El propio servicio si constituye un servicio “indispensable”, pero las medidas para preservarlo no son proporcionadas. El hecho de imponer en los pliegos, que se contrate un determinado número de personal y que se obligue a participar en el capital social de una sociedad interpuesta, son medidas que parece responden “sospechosamente” a otros intereses más que a preservar el interés general.

La Unión Europea hace una ponderación de derechos y se decanta por preservar en primer lugar la libertad de establecimiento, lo que parece lógico con sus propios cimientos, no hay que olvidar que la Unión es ante todo un club de carácter económico, en el que sus socios esperan que se garanticen unas reglas de

⁵²² Ob.cit. BLANQUER CRIADO, DAVID. “La concesión de servicio público”. Pág. 619.

juego iguales para todos los Estado miembros. Algunos autores⁵²³ al respecto de las normas en defensa de la competencia en el transporte marítimo señalan que no existen en general barreras legales a la entrada en la prestación de servicios, la barrera se encuentra más bien en los **elevados costes fijos** que supone prestar un servicio en el entorno portuario. En el caso de la normativa española del servicio de estiba y desestiba portuario esos elevados costes se materializan, claramente, en las imposiciones que se han ido analizando a lo largo de esta tesis. En el entorno portuario los servicios suelen prestarse en un marco de competencia abierta, pero siempre condicionados a la intervención de los poderes públicos en materia de competencia. En resumen, los Estados pueden imponer obligaciones de servicio público, que en ocasiones derivan en restricciones a la competencia, pero estas limitaciones deben estar siempre legitimadas y ser proporcionadas a los fines de interés público que se pretenden salvaguardar.

4.2 Obligaciones de servicio público como quiebra del principio de competencia.

El establecimiento de obligaciones de servicio público siempre distorsiona el acceso al mercado de los prestadores de servicios, por lo que las obligaciones de servicio público no pueden imponerse de forma discriminatoria. La restricción de la competencia se considerará legítima y acorde a la legalidad si es proporcional al objetivo perseguido. En los casos en los que se determinan obligaciones de servicio público, que van más allá de lo estrictamente necesario, se restringe de manera innecesaria la libertad de establecimiento. Esta máxima es fundamental en el Derecho Comunitario, tal y como SANTIAGO MUÑOZ MACHADO⁵²⁴ advierte:

“El servicio público pierde definitivamente su carácter orgánico. Es, como ya se ha señalado, una noción material, que se refiere a actividades gestionadas en condiciones jurídicas exorbitantes del Derecho común, tanto por las Administraciones Públicas como por los particulares. Algunos

⁵²³ DE LA CRUZ FERRER, JUAN y LLORENTE CABALLERO, ALFONSO. “*La competencia en los puertos y el transporte marítimo*”. Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreos, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia”. (Coord. Germán Fernández Farreres). Civitas. 2004. Págs. 203-282. “En el transporte marítimo resulta, por tanto, sencillo hablar de liberalización y no tan sencillo de competencia, debido a las exenciones de la aplicación de las normas de competencia adoptadas por muchos países.”

⁵²⁴ Ob.cit. MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO “*Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*”. Pág. 318.

elementos de esta ruptura del carácter orgánico del servicio público eran conocidos en los Derechos internos de los Estados miembros. Especialmente en el Derecho español han existido desde hace decenios servicios públicos calificados formalmente como tales pero no atribuidos a la titularidad de las Administraciones Públicas”.

El ordenamiento español ha tenido que adaptarse en muchos sectores al mandato comunitario, eso ha supuesto liberalizar el sector, pero esa liberalización, en muchos casos es una suerte de custodia compartida, en la que como señala SANTIAGO MUÑOZ MACHADO las Administraciones Públicas y los particulares contraponen sus propios intereses. Cuando se liberaliza un sector, es claro que el objetivo no se agota con abrirlo a la libre competencia. El servicio sigue integrado por actividades que si tenían hasta su liberalización la consideración de interés general, consecuentemente, seguirán gozando del mismo interés tras su liberalización. Ese matiz como actividades prestacionales que por su propia naturaleza, son imprescindibles para la interdependencia social⁵²⁵ justifica que puedan imponerse obligaciones de servicio público.

La premisa es que a pesar de los procesos de privatización y liberalización no pueden menoscabarse los intereses de los ciudadanos. El establecimiento de obligaciones de servicio público trata de evitar que la gestión privada de un servicio, que antes estaba atribuido en exclusiva al Estado y por tanto gozaba de la máxima consideración, deje a los ciudadanos sin prestaciones básicas para la vida en sociedad. Tan loable objetivo, no justifica en sí mismo, como ya se ha expuesto en el apartado anterior, que el establecimiento de las obligaciones de servicio público que se determinen no sea proporcionado al fin perseguido.

En modo alguno puede justificarse que lo dispuesto en el Art. 110 del TRLPMM como obligaciones de servicio público en relación a los servicios portuarios, entre los que se encuentra la estiba y desestiba portuaria, tenga una adecuada correlación con la imposición de obligaciones de carácter laboral, o más aun de carácter financiero, obligando a las empresas con licencia para la prestación del

⁵²⁵ Ob.cit. CARLÓN RUIZ, MATILDE. “El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas”. Pág.107.

servicio a participar en el capital social de una SAGEP, y a la restrictiva contratación de trabajadores.

Las autoridades comunitarias como advierte MATILDE CARLÓN RUIZ⁵²⁶ siempre tienen el poder de actuar ante los “errores manifiestos” de las legislaciones nacionales que conculcan la libertad de establecimiento bajo el emblema del establecimiento de obligaciones de servicio público. La Unión entiende que deben respetarse siempre tres principios fundamentales: **el principio de neutralidad**- entre operadores públicos y privados-, **el principio de proporcionalidad**, y **el principio de libertad** de los Estados miembros para determinar cuáles deben ser los servicios dignos de protección y en que medida. En el caso concreto del servicio público de estiba y desestiba portuaria en España la Comisión detectó una serie de incongruencias en el modelo que fueron puestas en conocimiento del Estado español por los cauces oportunos, tal y como se ha estudiado en apartados anteriores. El Estado español podía haber evitado una sentencia condenatoria si ante las primeras advertencias de las instancias comunitarias hubiera adoptado las medidas oportunas.

Probablemente hubiera sido más fácil si en el sector de la estiba y desestiba se hubiera determinado por parte de las instituciones comunitarias, como si ha ocurrido en otros sectores como el de las telecomunicaciones o el transporte, unos **estándares mínimos**. La regulación comunitaria sobre la estiba se frustró, como también se ha tenido ocasión de estudiar, por la férrea oposición del sector, pero evidentemente, y a la vista de las consecuencias que ha tenido para España, hubiera sido, y a juicio de esta autora lo es, la mejor solución.

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES⁵²⁷ apunta la relevancia que ha tenido para el sector del transporte el hecho de que la propia Unión Europea haya

⁵²⁶ *Íbidem*. Pág. 108. “Obsérvese, en todo caso, que el proceso liberalizador obliga, en ese juego regla-excepción, a repensar las técnicas dirigidas a garantizar a todos los ciudadanos determinadas prestaciones de los llamados servicios de interés económico general. Rota la titularidad pública omnicomprendensiva de la actividad como exigencia primera de la liberalización, debe identificarse para cada ámbito sectorial la técnica más oportuna, operación que, tal y como tiene advertido la Comisión Europea en distintos documentos aprobados en la materia, entre los que destaca la Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa, en la versión última de 20 de septiembre de 2000”.

⁵²⁷ Ob.cit. FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN. “*Los transportes por carretera y competencia*”. Pág.425.

establecido una normativa común en muchos aspectos, no obstante, el proceso no fue tampoco sencillo:

“En todo caso, es preciso advertir, una vez más, que el desarrollo de la política común de transportes ha sido lenta y dificultosa. Sólo a partir de la STJCE de 22 de mayo de 1985 (as.13/83 Parlamento Europeo/Consejo) comenzó a corregirse el escaso desarrollo que hasta ese momento había tenido la política común de transportes. La Sentencia, si bien reconoció la amplia discrecionalidad del Consejo en orden a la implantación de la política común de transportes y rechazó por ello que la omisión del Consejo pudiera ser suplida por el Tribunal, no dejó de afirmar que esa política era obligada y que, además, en un extremo de la misma, la inactividad era determinante de la lesión del principio de no discriminación, concretamente en lo relativo a los mandatos de asegurar la libre circulación de los transportes internacionales y de fijar las condiciones para la admisión de los transportes no residentes a los transportes nacionales de un Estado miembro”.

De este modo sería de suma utilidad que desde instancias comunitarias se dictará una normativa que unificará la regulación del sector de la estiba y desestiba portuaria determinando aspectos relevantes como el acceso a la profesión, política tarifaria, condiciones de prestación del servicio, y lo más importante, el establecimiento de unas obligaciones de servicio público comunes para los Estados miembros. Un conjunto normativo de esta envergadura propiciaría la eliminación de muchas restricciones a la libertad de empresa, como las recogidas en la normativa española. Solo así se conseguirá avanzar en el establecimiento de las efectivas condiciones que propicien una prestación del servicio en condiciones de efectiva competencia.

En este punto, es importante precisar que la posibilidad de incorporar a los títulos habilitantes obligaciones de servicio público, no supone una nueva *“publicatio”*, al contrario como señala JOAQUIN M^a NEBREDÁ PEREZ⁵²⁸ el establecimiento de obligaciones de servicio público muy al contrario: *“...es la prueba de que no constituyen servicio público, aunque en ocasiones el operador privado tenga que*

⁵²⁸ Ob.cit NEBREDÁ PÉREZ, JOAQUÍN MARÍA. *“Títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones”*. Pág. 243.

asumir responsabilidades que o bien afectan a la extensión de la prestación como es el servicio universal, que supone la prestación obligatoria del suministro de determinados servicios, o bien se refieran a servicios concretos que la sociedad requiere y que son complementarios...”. En definitiva, la imposición de obligaciones de servicio público no es más que la manifestación de las prerrogativas que el Estado se reserva tras su renuncia a los monopolios públicos, sabedor de que sigue siendo competente para la defensa del interés público que puede extraerse de la ejecución de determinados servicios ahora en manos de la iniciativa privada.

5. El servicio universal en sectores liberalizados como la estiba y desestiba portuaria.

La liberalización de un servicio tan relevante como la estiba y desestiba no solo genera una preocupación en el ámbito de las reglas de la competencia, también paralelamente debe existir por las autoridades públicas, la inquietud por preservar el acceso de los ciudadanos a un servicio básico. Mediante la técnica del servicio universal, muy extendido en el sector de las telecomunicaciones, se trata de evitar que actividades que antes gozaban de una amplia cobertura por los Estados, al pasar a la gestión privada, priven de acceso a colectivos que hacen menos rentable la explotación. En el caso de la telefonía el ejemplo es siempre el mismo, dotar de cobertura a las zonas que geográficamente sean menos rentable o que estén menos pobladas. Cada servicio lógicamente tendrá sus particularidades, no pueden equiparse por completo todos ellos, la problemática de las telecomunicaciones o de correos es diferente a la de los transportes, o en concreto, a la del servicio objeto de análisis en esta tesis. Pero si puede extraerse una idea común a todos los servicios: con el mecanismo del servicio universal se pretende delimitar un conjunto de servicios que deben prestarse bajo unos estándares de calidad, que deben ser accesibles para todos los usuarios independientemente de que estos estén en un entorno geográfico u otro, y por supuesto a un precio asequible.

MATILDE CARLÓN RUIZ⁵²⁹, siguiendo con su estudio del servicio de telecomunicaciones, define el servicio universal como la más importante de las obligaciones de servicio público:

⁵²⁹ Ob.cit. CARLÓN RUIZ, MATILDE. “*El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas*”. Pág.109.

“El servicio universal es, en efecto, una –la más importante y más típica- de las llamadas «obligaciones de servicio público», especie peculiar dentro de este género. Tales obligaciones, de ahí su nombre, se identifican como suplementarias a las que se integran en el estatuto básico del operador de comunicaciones electrónicas, de modo que se imponen a uno o varios operadores como medio para responder a los fallos en que pueda incurrir el mercado cuando se trata de garantizar espontáneamente determinadas prestaciones a los ciudadanos”.

En esa misma idea incide JOSÉ MARÍA SOUVIRÓN MORENILLA⁵³⁰ al diferenciar la idea del servicio universal del concepto de obligaciones de servicio público; así pues, desde el análisis jurídico pueden diferenciarse dos conceptos distintos, aunque lógicamente con una estrecha conexión.

Por lo tanto, el concepto de servicio universal trasladado al sector de la estiba y desestiba, tal vez no tiene una transposición tan evidente, y puede mejor hablarse de obligaciones de servicio público. Aunque lo importante es que dada la relevancia del servicio, no pueden quedar puertos sin la adecuada cobertura de un servicio de estiba y desestiba, lo que en definitiva es defender un servicio universal. También es importante que no pueda dejarse sin formación al personal estibador, dados los avances tecnológicos que obligan a conocer el manejo de nueva maquinaria continuamente, por lo que, nuevamente, se aprecian en el servicio de estiba y desestiba obligaciones de servicio público.

La concepción del servicio universal lleva implícito el dinamismo y la evolución; la ciencia, las necesidades, son cambiantes y por lo tanto, la noción jurídica también debe serlo. Todas las leyes que pretendan dar cobertura al servicio universal deben prever la facultad de ser revisadas, modificadas o ampliadas, en tanto que los avances tecnológicos lo hagan necesario. De este modo, la nueva regulación que presumiblemente se adoptará en el marco del

⁵³⁰ Ob.cit. SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ M^a. *“La regulación de las telecomunicaciones y la Administración Local”*. Pág.22. “La LGTEL incluye, no obstante, dentro de la noción de «obligaciones de servicio público» dos categorías institucionalmente bien diferenciadas. De un lado, el llamado «servicio universal» y, de otro, las «otras obligaciones de servicio público». Pues bien, se entiende por servicio universal de telecomunicaciones –primera categoría que vamos a analizar- « el conjunto definitivo de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a precio asequible»”.

sector de la estiba y desestiba portuaria en España deberá tener en todo caso presente esta cuestión.

La Unión Europea ha considerado siempre capital el servicio universal, por varias razones:

- Desde las instancias comunitarias se ha tratado de hacer una enumeración de las prestaciones básicas que deben tener todas las sociedades. El acceso de los ciudadanos debe estar garantizado independientemente del interés de los particulares en obtener rentabilidad.
- Debe asegurarse que todos los operadores soportan equitativamente la carga de las obligaciones de servicio público. Este punto es muy interesante desde el punto de vista de la normativa española del servicio de estiba y desestiba, dado que si se compara con la de otros países del entorno, evidentemente los operadores en España tienen un plus que no tienen en otros países comunitarios, dadas las exorbitantes obligaciones de servicio público que se les imponen.
- Los costes deben estar evaluados al determinar la imposición de obligaciones de servicio público. Conectando con la idea anterior, es evidente que en España los operadores soportan unos costes mayores, al tener que participar obligatoriamente en una SAGEP para poder prestar el servicio de estiba y desestiba, sin contar los costes fijos en plantilla que se les imponen.

Al analizar la sujeción de los servicios públicos al Derecho comunitario, se observa la preponderancia que siempre ha ostentado el Derecho de la competencia, pero no por ello el Derecho comunitario se ha desentendido de la tradicional idea de servicio público. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ⁵³¹ señala que la idea de servicio público vincula a las regulaciones en el seno de la Unión desde dos vertientes: *“La primera es que el servicio público encuentra un planteamiento jurídico concreto o especial respecto*

⁵³¹ Ob.cit. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. *“Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte. Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la Competencia”*. Pág. 554.

de las demás actividades económicas; las empresas que gestionan servicios de interés económico general tienen una vinculación distinta, que las simples empresas que realizan funciones simplemente mercantiles. La segunda es que el servicio público habrá de integrarse dentro del planteamiento general de la competencia, dentro de la lógica de la competencia”. De este modo, el estudio del Derecho de la competencia en el marco de las empresas que desarrollan servicios de interés económico general siempre va estar conectado indisolublemente al análisis de las reglas del servicio público.

La imposición de obligaciones de servicio público que garanticen el servicio universal debe fundarse en razones objetivas de interés público debidamente justificadas por la necesidad de garantizar un servicio. Como ya se ha tenido ocasión de analizar en esta tesis, el Tribunal Europeo no sanciona a España porque considere que en el sector de la estiba y desestiba portuaria no se hayan probado esas razones, al contrario la Sentencia de 11 de diciembre, avala esas razones, lo sancionable es como se ha articulado su protección. De lo que se deduce, que la protección de los trabajadores estibadores y garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio de estiba y desestiba portuaria son razones objetivas de interés públicas susceptibles de la máxima protección, pero el modo en el que se ha articulado su protección hasta el momento es el que se ha puesto en tela de juicio.

La pretendida salvaguarda de esas razones objetivas de interés público ha supuesto que las autoridades públicas establezcan una regulación del servicio de estiba y desestiba portuario que se adentra en aspectos puramente comerciales y de gestión de las empresas privadas, y que difícilmente encuentran justificación en el ámbito de la defensa del servicio universal. En ese concreto punto es en el que el Derecho de la competencia ha efectuado su aparición, para salvaguardar unas reglas, que no pueden alterarse bajo el pretendido paraguas de las obligaciones de servicio público.

El equilibrio por tanto está en saber ensamblar las reglas del Derecho Administrativo, que se ocupa de regular la actuación de los entes públicos comprobando que se ajusta a Derecho, y de otro lado, el Derecho de la

competencia que salvaguarda, entre otras cuestiones, el respeto al principio de legalidad en el marco de las actividades mercantiles, sin que la actuación de los poderes públicos desde su posición conculque la iniciativa privada.

Mediante la imposición de las denominadas “obligaciones de servicio público”, entre las que puede englobarse la propia técnica del “servicio universal”, se mitiga la liberalización de un servicio, consecuentemente no hay una libertad plena para la competencia empresarial. La Unión Europea ha optado por no imponer un liberalismo exacerbado y autoriza técnicas cercanas a la tradicional idea del “servicio público”, pero siempre bajo unas estrictas normas. Cuestiones estas que en el caso de la estiba y desestiba portuaria en el ordenamiento español no se han respetado, a la vista de la citada Sentencia condenatoria. El equilibrio en las medidas públicas es el único cauce viable para consensuar los intereses públicos, con los intereses privados, tal y como apunta DAVID BLANQUER CRIADO⁵³²:

“Se busca un equilibrio entre la eficiencia económica que para los usuarios se logra gracias a la competencia del mercado, y el grado de solidaridad colectiva ya alcanzado por el Estado social. Ese punto de equilibrio debe lograrse respetando el principio de proporcionalidad; de ahí que la modulación de las libertades económicas y la restricción de la competencia, no deben exceder de lo necesario para lograr el efectivo cumplimiento de las misiones de interés general que se encomiendan a los operadores del mercado”.

La normativa del servicio de estiba y desestiba portuaria española a juicio de esta autora como se ha venido defendiendo en esta tesis excede de lo necesario, son legítimas las pretensiones que se defienden en la defensa del interés general, pero no lo son en igual modo, las medidas impuestas a los operadores privados que actúan en España. Las supuestas “obligaciones de servicio público” que se recogen en el TRLPMM no pueden englobarse bajo la técnica que el Derecho Administrativo ha habilitado para preservar el interés público, en tanto que, no respetan el principio de proporcionalidad.

⁵³² Ob.cit. BLANQUER CRIADO, DAVID. “La concesión de servicio público”. Pág. 611.

IV. NUEVO PAPEL DEL ESTADO Y DEL DERECHO EN UN CONTEXTO DE GLOBALIZACIÓN. AFECTACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LAS NUEVAS NECESIDADES PÚBLICAS.

1. El cambio de la actual sociedad y su nueva relación con el Estado.

Durante el Estado liberal se vivió una estricta separación entre el Estado y la sociedad, de hecho, como se ha tenido ocasión de analizar en apartados anteriores, existía la creencia de que el Estado debía garantizar plenamente esa separación, siendo esa su principal encomienda. Posteriormente, con la evolución hacia un estado más social se trataron de corregir los enormes desequilibrios que el Estado liberal había conllevado, la relación entre Estado y sociedad pasa de nuevo a tener importantes vasos comunicantes.

Hoy en día asistimos a un notable cambio de cromos, el Estado está en muchos casos desposeído de sus tradicionales prerrogativas, a pesar de representar a la Sociedad no dispone de medios para canalizar esa hegemonía. De otro lado, lejos queda un modelo en el que la sociedad es un simple espectador en este inmenso circo romano, muy al contrario, la sociedad no está adormecida sino que demanda que el Estado atienda sus necesidades. En el tradicional matrimonio Estado & Sociedad, se ha colado desde hace unos años un tercero: las elites económicas y financieras que en muchos casos detentan un poder y ejercer un control sobre los Estados y las sociedades, desconocido hace unas décadas.

Este nuevo poder económico aboga por una autorregulación, modelo que en muchos casos no beneficia al bien común, entendido este último como la suma de intereses particulares, puesto que la autorregulación se centra en parámetros mercantiles tendentes a la máxima rentabilidad y que en algunos casos puede poner en riesgo modelos garantistas para todo el conjunto de la sociedad. En precisamente, en esa defensa del bien común y en garantizar una uniformidad en todos los estratos de la sociedad en la que los Estados encuentran su razón de ser. El modelo del Estado prestador directo de servicios ha perdido su razón de ser, puesto que cada vez le faltan más medios, pero si puede el Estado centrarse en los fines que necesita la sociedad, en ese nuevo rol, el Estado adopta un papel activo como garante de la cobertura de las necesidades sociales, independientemente de que estas respondan a criterios de rentabilidad.

La ciencia jurídica ha denominado a este nuevo papel del Estado con diversas acepciones, que se analizarán en los próximos apartados, pero la más generalizada es la de **ESTADO GARANTE**⁵³³:

“El origen del Estado garante se sitúa en el movimiento crítico que se desarrolla en Europa en torno a los imponentes magnitudes alcanzadas por el Estado social y los elevados costes que conlleva, también destacadamente para el sector privado, empresarial, que ve mermada así su competitividad en una economía sin fronteras, global, y donde se compite directa y efectivamente con nuevas potencias económicas que no conocen ese modelo tan evolucionado como costoso que es el Estado social, ni cargan por ello con sus costes”.

Por lo tanto, el propio nacimiento del nuevo papel del Estado se encumbra precisamente partiendo de la idea del Estado social. Las motivaciones para este cambio pueden apreciarse día a día en nuestras sociedades, el Estado no puede mantener una actividad prestacional activa cuando la inmensa mayoría de los medios están en manos privadas. Los motivos por los que el Estado no ha podido ir tan rápido como demandaban las sociedades son principalmente económicos, en tanto que los medios técnicos han avanzado notablemente desde finales del siglo XX y principios del siglo XXI, avances que han venido de la mano de la iniciativa privada.

El Estado debe así volver a posiciones de estrategia y poder garantizar que todo el conjunto de la sociedad se beneficia de estos avances, para ello puede y debe establecer mecanismos tendentes a asegurar niveles de calidad y cobertura universal para toda la sociedad. JOSÉ ESTEVE PARDO⁵³⁴ resume esta idea del siguiente modo: *“El Estado garante tiene así como reto mantener los fines sin disponer de los medios materiales de gestión y prestación”*. El Estado social ha garantizado bienestar al conjunto de la sociedad, por lo que se trata de un modelo que debe ser preservado, deben identificarse los intereses generales y después imponer a los operadores privados que en determinados sectores claves aseguren la pervivencia del Estado social, todo ello sobre la base del principio de solidaridad.

⁵³³ Ob.cit. ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La extensión del Derecho Público una reacción necesaria”. Pág. 18.

⁵³⁴ *Ibidem*. Pág. 19.

El mantenimiento de la función directiva del Estado requiere de nuevos instrumentos de autoridad, las tradicionales prerrogativas que ostentaba el Estado en muchos casos se han ido difuminando y han pasado a manos de poderes financieros, por eso cada vez más la sociedad requiere organizarse y facilitar al Estado nuevos cauces de legitimidad con los que hacer frente a otros poderes fácticos. El propio sector privado puede incluso verse privado de un sistema competitivo en el que operar con libertad, por ese motivo es positivo que los Estados adviertan de los peligros de una económica totalmente liberalizada. Las empresas de la vieja Europa tienen en la actualidad asegurado un marco de actuación, que aun a pesar de que les impone obligaciones, también les garantiza derechos, optar por un modelo de autorregulación tal vez les colocará en una posición poco favorecedora a sus intereses, si es que tienen que competir con empresas radicadas en países que no conocen ni respetan las mismas reglas del juego.

Sectores como el financiero constituyen en ocasiones un “*paraordenamiento*” con sus propias reglas, amparándose generalmente en su conocimiento experto, y alegando que el Estado no puede imponerles normas, dado que desconoce su propio funcionamiento. Esa regulación sería coherente si únicamente se quedaría en el plano interno, pero desde el momento que una actuación de un sector tiene repercusiones públicas, está debe regularse mediante normas que emanen de un Estado con representación democráticamente elegida; de otro modo, se dejaría en manos de unos pocos el establecimiento de medidas que afectan a la totalidad. Como apunta MARCOS VAQUER CABALLERÍA⁵³⁵ el Derecho administrativo goza de gran respeto en materias de gran trascendencia económica, porque se ha demostrado su efectividad para garantizar la competencia de los operadores:

“Contrasta, por cierto, con el prestigio económico de que goza el Derecho administrativo que rige sin complejos la actividad sectorial de imperium de los reguladores económicos, muy destacadamente de las autoridades financieras y monetarias y de la competencia. Por estas materias siguen campando pacíficamente las autorizaciones previas, los plazos contados por meses y los silencios negativos. Y las potestades administrativas ampliamente discrecionales de regulación, intervención o sanción, lejos de

⁵³⁵ Ob.cit. VAQUER CABALLERÍA, MARCOS. “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”. Pág. 125.

ser cuestionadas desde la perspectiva de la seguridad jurídica y del tráfico mercantil, son generalmente percibidas como regalia imponderable y garantía del correcto funcionamiento de la economía”.

Los riesgos de la autorregulación radican en pensar exclusivamente en parámetros particulares olvidando al conjunto de la sociedad, cuestión que no pueden obviar los Estados que han defendido un modelo de Estado social. Pero en esta defensa poco o nada pueden hacer los Estados actuando de forma independiente, se requiere de una actuación conjunta de todos los Estados, un ejemplo: los delitos que puedan cometerse por Internet. La actuación individual de un Estado es poco operativa si se tiene en cuenta la dimensión del problema. Por ese mismo motivo los operadores privados ven bien que el Estado garantice la seguridad jurídica y el tráfico mercantil.

Como se ha avanzado anteriormente, el mejor ejemplo de lo que supone el Estado garante, es la propia configuración de la Unión Europea. La Unión no dispone de medios prestacionales directos pero si se marca unos fines y objetivos con los que desarrollar unas políticas generales fijadas previamente. En el caso de la Unión los medios ejecutivos están en manos de los Estados miembros, en el caso del Estado garante los medios necesarios para la ejecución se encuentran en poder de los agentes privados.

2. El Derecho Administrativo como vehículo de las transformaciones del Derecho Público.

El cambio de papeles al que se está enfrentando el Estado en las últimas décadas trae consecuentemente un paralelo cambio en el Derecho Público. Esto supone que el tradicional sistema administrativo debe adaptarse, las fórmulas legales y algunas instituciones jurídicas se quedan obsoletas ante los restos que deben acometerse. En algunos sectores existe una amalgama de normas que regulan lo mismo desde diversos planos, el municipal, el autonómico, el estatal, el comunitario, y que no favorecen a la uniformidad, una de las primeras encomiendas a las que debería adaptarse el Derecho Público es a simplificar sus disposiciones.

Como apunta LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER⁵³⁶ el Derecho administrativo está íntimamente ligado a la vida en sociedad y a la relación de los

⁵³⁶ Ob.cit. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO. “*El Derecho Administrativo ante la crisis*”. Pág.127 y ss.

particulares con el Estado; son muchos los ejemplos de esa evolución, pero uno de los más importantes ha sido precisamente la evolución del concepto de servicio público, que ha generado numerosa literatura jurídica por parte de los estudiosos administrativistas. La relevancia de los conceptos jurídicos está, no obstante, en su pervivencia, pueden variar los contenidos, puede variar su influencia, pero si un concepto asegura una adecuada funcionalidad, se adaptará a los cambios pero tiene asegurada su supervivencia. El Derecho administrativo cuenta con importantes construcciones jurídicas conceptuales, que tras una relectura pueden aprovecharse y ser de gran utilidad en un nuevo escenario. El procedimiento administrativo en el que se garantiza la audiencia, los informes preceptivos, la responsabilidad patrimonial de la Administración, el control judicial, son algunos ejemplos de figuras propias del Derecho administrativo que no pueden eludirse en cualquier administración pública.

JOSÉ LUIS CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR⁵³⁷ entiende que el Derecho Público debe girar sobre el concepto de “interés general” de este modo, su regulación responderá a una misma idea:

“El concepto de interés general aparece, pues, más que cualquier otro, como el concepto central explicativo de la unidad y de la extensión del Derecho público, y muy en particular del Derecho administrativo, que encuentra, además, en muchos países, una expresa base constitucional. Se comprende así la situación actual de la aplicación, en muchos casos, del Ordenamiento jurídico-público a toda una serie de relaciones entre sujetos privados en las que no se da la presencia de la Administración pública, pero en las que están presentes indudables intereses generales”.

A juicio de esta autora es interesante esta reflexión en tanto que la vinculación del Derecho público a la idea del interés general, asegura que independientemente de la presencia de una Administración pública como sujeto interviniente, el Derecho administrativo será el vehículo que canalice los intereses del conjunto de la sociedad en actividades que en principio son meramente entre particulares.

⁵³⁷ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, JOSÉ LUIS. “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho administrativo”. Revista de Administración Pública, nº 193, enero-abril 2014. Pág.25.

Esta nueva concepción se vincula a la propia naturaleza del Estado garante, puesto que se entiende que el Derecho público debe sobrepasar la estricta relación jurídico-administrativa. Muchas relaciones que en sentido estricto son relaciones entre particulares, pueden ser en realidad de capital importancia para el conjunto de la sociedad; dejar a estas relaciones solamente bajo el control del Derecho privado es un riesgo, puesto que en algunos casos hay interés públicos dignos de protección. Este puede ser claramente el caso de los servicios de estiba y desestiba, en principio podría pensarse que la relación entre la empresa estibadora y el naviero de un buque es una relación estrictamente entre particulares, pero si pensamos en la trascendencia de la actividad que subyace probablemente nos encontremos con un interés que afecta a toda la sociedad, pensemos en el abastecimiento de materias básicas, como por ejemplo el petróleo.

Los Estados tras los procesos de liberalización y privatización de servicios, han abandonado funciones que tradicionalmente tenía encomendadas. La actividad prestacional significaba una intervención directa, en la actualidad al haber abandonado este modelo el Estado debe reinventarse. Los poderes de regulación y vigilancia están, de momento, en manos de los Estados, y es precisamente en ese ámbito en el que debe centrarse el Derecho administrativo. Esta nueva concepción obliga a centrarse en los fines, que en muchos casos como el Ordenamiento español, tiene su cobertura a nivel constitucional, como por ejemplo Art. 1 CE. Mediante las leyes se legitiman las actuaciones que afectan a los intereses generales, y es precisamente en ese aspecto en el que deben incidir las nuevas normas.

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO⁵³⁸ identifica que probablemente el contenido del Derecho administrativo deba convertirse en un “**Derecho administrativo de la regulación**”. Como ya se ha advertido en muchos campos, el Estado no puede regular propiamente la materia porque carece de los conocimientos necesarios, ni tampoco puede actuar como inspector porque no dispone de medios, pero lo que sí puede es establecer unas reglas de juego de cómo debe ser esa regulación, poniendo siempre como condición la defensa de los interés públicos de la sociedad.

⁵³⁸ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “*Hacia un nuevo Derecho Administrativo*”. Actas del VI Congreso de la AEPDA. INAP. Madrid. 2011. Págs. 191-194.

La regulación se concibe como una nueva prerrogativa de intervención, que se sumaría a las tradicionales prerrogativas de los Estados basadas en las técnicas interventoras de la *Daseinsvorsorge*⁵³⁹. Esa nueva labor de intervención afectaría sobre todo a las relaciones económico-privadas, que se deberían ajustar en todo caso a los fines de interés público que legalmente se hayan determinado. En el ámbito que es más factible reconocer esta nueva encomienda es consecuentemente en aquellas relaciones privadas que afecten a los servicios de interés general. Esta nueva técnica por la que se regula la normativa en principio privada, el Estado se asegura poder preservar los intereses públicos, estableciendo unos objetivos a las actividades privadas que en definitiva se sustenten en el principio de solidaridad.

La actividad del Estado en materia de regulación tendría una doble finalidad⁵⁴⁰: “...de un lado, por la finalidad de garantizar, con distintas intensidades reguladoras, la existencia de mecanismos de competencia entre operadores, corrigiendo los llamados «fallos de los mercados», y, de otro, por la finalidad de cumplir con las exigencias derivadas de los intereses generales.”. El Estado regulador sienta las bases para que el Derecho público sea un catalizador en la defensa de los servicios esenciales, que durante años prestó directamente el poder público, y que tras los procesos de privatización y liberalización se encuentran ahora en manos de sujetos privados. Dado que el carácter de esencial no se ha evaporado tras los procesos de privatización, el Estado debe asegurar unos estándares de objetividad, accesibilidad y calidad en los servicios que gestionan operadores privados.

El Derecho administrativo es por lo tanto cada vez más proclive a defender la efectiva y eficiente realización de los intereses generales. MARCOS VAQUER CABALLERÍA⁵⁴¹ incide en esta idea y señala: “Como principio jurídico, la eficacia es un mandato de optimización. Mientras que la eficiencia es un criterio –más bien un conjunto complejo y tecnificado de criterios- para dicha optimización”. Se trata por lo tanto de optimizar las técnicas de Derecho

⁵³⁹ Ob.cit. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO. “La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*”.

⁵⁴⁰ Ob.cit. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, JOSÉ LUIS. “Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho administrativo”. Pág. 35.

⁵⁴¹ Ob.cit. VAQUER CABALLERÍA, MARCOS. “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”. Pág. 103.

administrativo en aras a la efectividad de los intereses generales. Las Administraciones públicas deben sustanciar los trámites oportunos en el seno de procedimientos administrativos que sean tendentes al fin de interés general perseguido, igualmente deben tener la capacidad de revisar el ordenamiento jurídico y adaptarlo a las nuevas necesidades, suprimiendo trámites si es oportuno o en otros casos incluyendo más controles. A sensu contrario también debe adaptarse la actividad administrativa, generalizando la técnica del silencio administrativo positivo, para evitar la dejadez del entramado burocrático, no paralizar la actividad administrativa, y sobretodo no imponer, como ocurre en el caso del servicio de estiba y desestiba portuaria obligaciones exorbitantes bajo el amparo de las técnicas del servicio público.

Al respecto son concluyentes las palabras de SANTIAGO MUÑOZ MACHADO⁵⁴²:

“Frente a la estabilidad de otras disciplinas, un dato muy acusado del Derecho administrativo es su extraordinario apego a la realidad social; esta vinculación le impone la acomodación a las nuevas necesidades y se traduce en un proceso evolutivo constante; el Derecho administrativo es un producto de formación histórica que ni ha llegado, ni quizá llegue nunca a consolidarse en una formulación definitiva, ya que la realidad social, a la que está íntimamente unido, aporta continuamente innovaciones que provocan mutaciones, no sólo en los procedimientos y las técnicas, sino también en lo más característico de su sustancia”.

En opinión de esta autora añadir la idea de que abogar por un Derecho Administrativo en constante cambio, cada vez más eficiente, puede entenderse como un criterio directivo de toda la actuación del Estado, puesto que puede servir para ponderar derechos subjetivos en colisión, como la libertad de empresa, y de otro derechos de carácter más social; más si cabe en la actual coyuntura de crisis. Esta rama del Derecho público debe preservar con sus construcciones jurídicas, un mínimo existencial, puesto que esa encomienda da virtualidad a la dignidad de las personas, y no existe más loable objetivo para una ciencia jurídica.

⁵⁴² MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “Las Concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”. Revista de Administración Pública, nº 84. 1977. Pág.520 y ss.

3. Mutaciones sustanciales en las instituciones de Derecho administrativo en materia de servicios públicos.

Las instituciones de Derecho administrativo son respuestas que el Derecho público ha tratado de dar a los problemas que se han generado tradicionalmente en las relaciones entre Estado y sociedad. Dado que como ha quedado expuesto esa relación está cambiando las instituciones también deben de hacerlo paralelamente. Los servicios públicos como una de las manifestaciones más evidentes de relaciones entre Estado y sociedad, en ese cambio de roles es fundamental analizar el relevante papel de las políticas liberalizadoras y desreguladoras.

Para empezar dado que España pertenece a la Unión Europea es importante recordar que el Derecho europeo encumbra cuatro libertades básicas: la circulación de personas, mercancías, servicios y establecimiento. Sin perjuicio de la libertad de los Estados miembros de delimitar las políticas que crean convenientes respecto del sector público. La forma de ligar ambos posicionamiento ha sido tradicionalmente el principio de igualdad del que se deriva la prohibición de imponer discriminaciones. Centrándonos en el servicio de análisis de esta tesis es evidente que el servicio de estiba y desestiba portuaria en el ordenamiento español no ha respetado estos parámetros.

En este contexto sería interesante por ejemplo un nuevo planteamiento de la tradicional “publicatio”, FRANCISCO SOSA WAGNER⁵⁴³ aboga por: “...*la singularidad llamativa, al menos aparentemente en las nuevas «obligaciones de servicio público», es la admisión, en el marco de una actividad que es y permanece privada, de una «publicatio fraccionada», una publicatio limitada pues a algunas concretas y específicas funciones*”. Con ese nuevo mecanismo, el Derecho administrativo ha podido adaptar una de sus tradicional estructuras; se trata ahora de asegurar en actividades privadas con cierta relevancia social, que se dará cobertura a todos los usuarios en condiciones de calidad y accesibilidad. La administración puede seguir imponiendo, además, el cumplimiento de los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad y disponibilidad; como apunta el citado autor se reinventa el clásico servicio público tras el establecimiento

⁵⁴³ SOSA WAGNER, FRANCISCO. “*El servicio público y el papel de la nueva administración*”. Cuadernos de derecho judicial nº 8. Ejemplar dedicado a: Administración institucional. (Coord. Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid). 2004. Pág. 254.

de modulaciones nuevas: *“Una obligación impuesta por los Estados miembros a determinados agentes de garantizar el abastecimiento de un mínimo global de servicios y a un reparto de costes netos eventuales entre los agentes del mercado bajo el control de las autoridades de regulación nacionales”*.⁵⁴⁴

Otro interesante cambio se observa en la evaporación de la inmensa maquinaria administrativa presente en casi todos los servicios; en el caso concreto del servicio de estiba y desestiba a partir de principios del siglo XXI, como se ha analizado en esta tesis, la presencia pública en las sociedades de estiba va desapareciendo. Pues bien, no por ello deja de ser importante que las administraciones públicas reglamenten, controlen e inspeccionen la prestación de los servicios que ahora prestan los particulares. En esa nueva faceta las administraciones públicas cuentan con recursos para imponer obligaciones, tanto en un primer momento para acceder a la prestación del servicio, como durante la vida y conclusión de esa actividad privada en servicios tradicionalmente prestados por el Estado. Pero siempre que esas obligaciones se han coherentes con esa nueva función y no escondan un control excesivo, como ocurre en el caso del servicio de estiba y desestiba portuario en el ordenamiento español, que hace muy difícil hablar de una liberalización y consecuente nuevo rol del Estado.

Un escenario que hasta el momento no se ha dado en el sector de la estiba, es de la creación de entes reguladores de carácter independiente que controlen un sector que pretende liberalizarse por completo. Ese tipo de órganos que en muchos casos se incardinan dentro de la Administración pública de forma un tanto peculiar, son en realidad entes públicos, especializados, con una alta cualificación técnica y profesional. Este tipo de organismos son muy típicos en el Derecho americano, es lo que se conoce como “agencias”. Estas agencias en principio están pensadas para no depender de los albores políticos; se les dota de importantes competencias normativas, control e incluso sancionadoras. En el ordenamiento español se han ido exportando ejemplo como la Comisión del mercado de telecomunicaciones, como ente que supervisa el sector.

La traslación de un modelo de ente regulador al sector de la estiba y desestiba portuaria no sería una idea tan desdeñable puesto que garantizaría las notas de

⁵⁴⁴ *Íbidem*.

autonomía y neutralidad. Independientemente del poder político gobernante se produciría una ordenación del sector, en la que además se debería de incorporar a profesionales con la pertinente especialización técnica que conocen el sector, y pueden resolver de forma más idóneas las controversias que pueden derivarse al haber muchos actores implicados. La Unión Europea no ha estado ajena a estos nuevos entes independientes y ha establecido que no puede mediante ellos producirse una “huida del Derecho administrativo”, por ello se ha encargado de establecer la obligación de cumplir con las normas de Derecho público, sobretodo en materia de contratación. Igualmente, deben estar sometidos a normas de intervención y control presupuestario. Dado que se trata de garantizar los derechos de los ciudadanos, el mejor vehículo para conseguir este objetivo es y será siempre el Derecho administrativo. Esta idea a juicio de esta autora nos lleva a replantear si los sujetos a los que tradicionalmente se ha referido esta rama del Derecho Público no deben ampliarse, y no referirse tanto a la personalidad jurídica, sino a los fines que tiene encomendado ese sujeto privado o ente independiente que realiza servicios considerados de relevancia para el conjunto de la sociedad.

Es cierto que este cambio de posicionamiento entronca con la tradicional visión de la Administración dependiente del Gobierno, aunque para que el modelo fuera perfecto no se trataría de dejar fuera de estos entes reguladores a las administraciones públicas, sino de que fueran uno más y las decisiones se adoptarían de forma más conjunta con otros agentes. Evidentemente, si los órganos independientes de facto están controlados por el Gobierno, con el nombramiento de sus Presidentes o de su Consejo, el modelo carece de virtualidad, si simplemente se utiliza para recolocar a gente del partido y dotarles de unas buenas retribuciones, lógicamente se ha distorsionado el primigenio objetivo de ser independientes del poder político. En definitiva, no se trata de establecer el modelo de lo que ORIOL MIR PUIGPELAT⁵⁴⁵ denomina la “*expertocracia*”, como un gobierno de expertos, que crea una auténtica dictadura al estilo del despotismo ilustrado. Se trata de incardinar el conocimiento experto en los procedimientos de decisiones públicas relevantes, y el sector de la estiba y desestiba dado su

⁵⁴⁵ Ob.cit. MIR PUIG, ORIOL. “Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo”. Pág. 233

especificidad tiene las condiciones para ello. Un modelo no clientelar, sino de conocimiento en el que la valoración de los especialistas tenga mayor peso, y donde la decisión última se adopte de forma más consensuada.

ALEJANDRO NIETO⁵⁴⁶ expone de manera magistral esta perversión que en ocasiones se ha producido en los espacios de poder por parte del poder político:

“Vivimos, en definitiva, en un mundo de especialistas que sólo son capaces de ver la minúscula faceta de la realidad que les ha correspondido, ajenos por completo a la complejidad de la realidad, mientras que la cúpula social está en manos de una clase política que únicamente es capaz de ver y comprender el universo virtual que ella misma ha creado. Una clase intelectualmente autista, pero que a la hora de la verdad –es decir, a la hora de la dominación y de la explotación concretas- es formidablemente realista, puesto que sabe sacar provecho de todas las debilidades humanas y sociales”.

Por eso mismo, creo que el Derecho público debe descender al nivel que siempre ha sido su sustrato: la defensa de los derechos sociales, como propone ROBERT ALEXY⁵⁴⁷. En muchas áreas el Estado debe desposeerse de sus potestades exorbitantes y preocuparse más por no aglutinar poder, sino en gestionar mejor los servicios. En esta tesis se ha tratado de analizar un servicio concreto, la estiba y desestiba portuaria, en el que concluyen de forma casi de libro, todas las instituciones del Derecho Público, desde el tradicional monopolio, pasando por una “*seudo*” liberalización, hasta la situación actual, en la que se atisba un nuevo horizonte radicalmente distinto al conocido hasta el momento. Pues bien, ser capaces de construir un modelo nuevo, sobre la base de las fundamentales instituciones de Derecho Administrativo es prioritario, no solo en el servicio de estiba y desestiba portuario, en otros muchos servicios que igualmente son fundamentales para la vida en sociedad.

⁵⁴⁶ NIETO, ALEJANDRO. “*El desgobierno de lo público*”. Ariel. 2008. Pág. 145.

⁵⁴⁷ ALEXY, ROBERT. “*Derechos sociales y ponderación*”. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2007. Prólogo de RICARDO GARCÍA MANRIQUE. Pág. 14: “La obra de Alexy, profesor de Derecho Público y filosofía en la Universidad de Kiel, ha ganado gran difusión e influencia en los últimos años, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica de habla hispana. Creo no exagerar si digo que, en este ámbito, es uno de los tres iusfilósofos en activo más leídos, mejor conocidos y más citados, junto con Luigi Ferrajoli y Ronald Dworkin”.

4. El verdadero tránsito del Estado prestador al Estado garante en el servicio de estiba y desestiba.

Conjuntamente con el citado ROBERT ALEXY, LUIGI FERRAJOLI⁵⁴⁸ es otro de los juristas que apuesta por dar una visión más moderna del pensamiento jurídico, señalando: “*El Estado es hoy demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes*”. Partiendo de esa sencilla premisa se puede concluir que el servicio de estiba y desestiba es, tal vez, una cosa pequeña en el conjunto de los múltiples servicios a los que debe prestar atención el Estado; la economía es una de esas cosas grandes ante las que el Estado se empequeñece, y aquí el servicio de estiba y desestiba portuaria si tiene trascendencia, porque gran parte del tránsito de mercancías en el mundo se mueve por vía marítima siendo capital un buen servicio de estiba y desestiba para las economías nacionales.

En el servicio de estiba y desestiba portuaria en España se ha podido constatar una retirada de la Administración en la prestación directa de servicios, aun así se ha ido reservando facultades exorbitantes que han impedido hablar de una completa liberalización del sector. Es hora de potenciar la actividad de fomento, e incentivar el ejercicio de actividades por parte de los particulares, como la estiba y desestiba portuaria, y no, como ha ocurrido, dificultar el acceso al mercado en condiciones de igualdad, bajo la pretendida salvaguarda del interés público.

Esa actividad de fomento de la libre competencia tiene un doble objetivo, de un lado, potenciar que entre los particulares una reglas de juego justas, que les aseguren que participar en la prestación de servicios les reportará beneficios, y se optimizarán los recursos, y de otro lado, se puede garantizar que todos los ciudadanos accedan a servicios de calidad en condiciones igualitarias. Superando los modelos ultraliberales de los gobiernos de REAGAN y THATCHER, el Estado puede y debe en los nuevos procesos de liberalización jugar un papel relevante para regularizar y vigilar los mercados, corrigiendo sus fallos y garantizando a todos los actores un escenario de competencia real.

⁵⁴⁸ FERRAJOLI, LUIGI. “*La sovranità nel mondo moderno. Nasita e crisi dello Statu nazionale*”. Anabasi. Milán. 1995. Pág. 49.

La imposición de obligaciones de servicio público es un mecanismo imprescindible en la garantía de una correcta liberalización de la estiba y desestiba portuaria, pero esas obligaciones deben ser consecuentes y acordes a las reglas de juego de la economía actual. Ese es precisamente el equilibrio del nuevo papel que deben jugar las administraciones públicas en un cambio de modelo; el Estado se ha desposeído de su capacidad ejecutoria, pero por el contrario gana protagonismo en el plano de la vigilancia. Los objetivos siguen siendo los mismos que se pretendían con el establecimiento del Estado social, pero los medios para lograr los objetivos son los que cambian. En el caso de la estiba y desestiba es fundamental garantizar la continuidad del servicio, pero esto no solo puede lograrse si el Estado es quien presta el servicio, puede lograrse de igual modo mediante la imposición de obligaciones. Pero obligaciones distintas de las establecidas hasta el momento, que no encajan realmente con la finalidad perseguida, sino que por el contrario dificultan un panorama de competencia real entre operadores.

Con este nuevo modelo la satisfacción de los intereses generales se abre al conjunto de los particulares, que en una economía de mercado pueden optar libremente por participar de todas las esferas económicas, pero sin olvidar que las condiciones vienen impuestas por la regulación pública, y siempre bajo la supervisión de unas administraciones públicas, que dado que antes prestaban el servicio, cuentan con conocimientos para ejercer el control. Sin perjuicio como se ha mencionado, de incorporar a los procesos de control el conocimiento experto e independiente para modernizar el proceso de toma de decisiones.

En esa nueva dimensión del servicio deben modificarse igualmente los postulados del Derecho administrativo, se debe dar más importancia a los aspectos relacionados con la inspección, la autorización y sobretodo la sanción. El servicio de estiba y desestiba portuario debe dotarse de nuevas normas jurídicas en las que **potenciar aspectos del régimen sancionador**. Esta es una facultad pura de las administraciones públicas que puede ser fundamental en el establecimiento de obligaciones de servicio público. Se trata del establecimiento de un régimen sancionador, que no tenga una finalidad recaudatoria, sino que disuada de la evasión del cumplimiento de normas: sobre competencia, derechos de los trabajadores, defensa del medio ambiente o de

protección de los consumidores. De este modo se consigue un modelo de obligaciones de servicio público, que no es impositivo ni distorsiona la competencia, como es el actual del modelo de estiba y desestiba portuaria.

Igualmente, sería recomendable desde el plano puramente formal, realizar una nueva y específica regulación del servicio de estiba y desestiba portuaria, que extraiga del propio TRLPMM la normativa específica del servicio. **La regulación debe ser mucho más simplificada y tener una estructura más coherente**, no como ahora que a pesar de los esfuerzos del TRLPMM en dotar a la regulación de un nuevo título, aun persisten artículos dispersos por el texto que afectan a la materia de distinta manera.

ORIOLE MIR PUIGPELAT⁵⁴⁹ da una serie de ejemplos de cómo conseguir esa simplificación administrativa y procedimental: “...*aumentando la claridad de las normas, suprimiendo procedimientos autorizatorios duplicados, trámites innecesarios, reduciendo los plazos de resolución administrativa, y la documentación a presentar por los interesados, generalizando el silencio positivo, sustituyendo la autorización administrativa por la mera comunicación previa, etc.*”. Muchos de estos ejemplos pueden trasladarse fácilmente a una nueva regulación del servicio de estiba y desestiba, y con toda seguridad harán que los operadores privados actúen en un sistema de mayor competencia. Como ya se ha analizado en apartados anteriores, las obligaciones que se imponen para acceder a la obtención de un título habilitante, en el servicio de estiba y desestiba, dificultan enormemente el acceso al servicio, haciéndolo poco atractivo para muchos operadores.

Otros cambios de la actuación de las administraciones públicas para adaptarse a un nuevo escenario pueden ser incorporar técnicas de arbitraje o acudir a la autorregulación en los casos en los que se haga necesario contar con especiales conocimientos técnicos, tal y como apunta JOSÉ ESTEVE PARDO⁵⁵⁰:

“Los procesos de autorregulación, en la medida que pueden alcanzar un alto grado de racionalidad y contar con el consenso de los sujetos

⁵⁴⁹ Ob.cit. MIR PUIG, ORIOLE. “Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo”. Pág. 119.

⁵⁵⁰ Ob.cit. ESTEVE PARDO, JOSÉ. “La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis”. Pág. 116 y ss.

relevantes, acaban ocupando en muchos casos espacios propios y característicos de la regulación pública. Así ocurre, muy claramente, con los procesos de autorregulación normativa, por ejemplo en materia de seguridad industrial. Intervienen expertos del sector de que se trate y se cuenta con la participación, la «aprobación», de los principales operadores y empresas industriales. Las normas técnicas que resultan de esos procesos de autorregulación normativa tienden a imponerse así sobre las normas de las instancias estatales porque éstas carecen del conocimiento experto del sector”.

Tanto el arbitraje como la autorregulación bien entendida, suponen una cesión de las funciones tradicionales del Estado, espacios sobre los que la sociedad le gana el pulso, pero que bien gestionados suponen un avance que beneficia en última instancia al destinatario final del servicio.

No obstante, a juicio de esta autora no puede dejarse en manos de una completa autorregulación el sector de la estiba y desestiba, no es el modelo que se plantea, puesto que son evidentes los riesgos, si solo se regula desde el prisma experto, y se deja de lado la visión más social. En algunos sectores como el financiero se ha optado por una autorregulación que solo se centra en el individualismo y abandona la visión de conjunto inherente en el Estado social, no es ese el ideal ni el camino a seguir en otros sectores. JOSÉ ESTEVE PARDO⁵⁵¹ advierte de los riesgos que ha generado un mercado singularizado y segmentado como el mercado financiero; un mercado que supera el espacio territorial de un Estado y que tienen dimensiones planetarias.

El nuevo papel garante del Estado debe configurar modelos en los que se materialice el interés general implícito en algunos servicios, como lo está en la estiba y desestiba portuaria, hasta el momento el Estado tenía justificadas sus potestades porque era el prestador directo de los servicios, en la actualidad, lo que se pretende con el

⁵⁵¹ *Íbidem.* Pág. 141. “Un sistema autoreferencial, éste de los mercados financieros, que ha desarrollado y afinado sus mecanismos de autorregulación dotándolos de una indudable efectividad, sobre todo si se tiene en cuenta que la regulación pública es predominantemente de ámbito estatal cuando los mercados financieros rebasan por completo ese espacio. Merecen ser mencionadas las fórmulas de autorregulación normativa, con las normas y prácticas aprobadas y reconocidas por los propios operadores; o, sobre todo, las de autorregulación declarativa, como son las valoraciones y declaraciones emitidas por las famosas agencias de calificación crediticia, o agencias de rating, a las que se atienen, por haberlo convenido así, los operadores de este mercado.”

establecimiento de nuevas fórmulas es que el Estado conserve los medios y los mecanismos para conseguir igualmente la efectividad del interés general.

5. Las futuras perspectivas del servicio de estiba y desestiba portuaria en el Ordenamiento español.

No es ningún ejercicio de predicción el hecho de constatar que la normativa del servicio de estiba y desestiba en España va sufrir una importante modificación. Para dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 11 de diciembre de 2014 el Gobierno español está obligado a una renovación del modelo de estiba establecido en el TRLPMM.

El paso más lógico es que en primer lugar las relaciones laborales de los trabajadores estibadores del servicio portuario de estiba y desestiba pasen a regirse únicamente por la legislación laboral común, estableciendo un régimen transitorio a extinguir para los trabajadores que a cuando se apruebe una nueva norma mantengan algún tipo de relación laboral especial con las SAGEP.

De otro lado, y del mismo modo que existen en otros países del entorno comunitario, lo más que previsible es las SAGEP dejen lugar a **centros de empleo** en el entorno portuario, siguiendo un esquema similar a las empresas de trabajo temporal. Estos centros en otros países son los encargados de proporcionar de manera estable empleo en el entorno portuario, por lo que se refiere al servicio de estiba y desestiba, así como también se encargan de la formación del personal que posteriormente será cedido de forma temporal a las empresas estibadoras autorizadas en un concreto puerto.

Las Autoridades Portuarias deberán ser las encargadas de autorizar la creación de estos centros de empleo portuario, presumiblemente con las mismas exigencias que se piden a las empresas de trabajo temporal en la *Ley 14/1994 de 1 de Junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal*. El modelo será entonces similar al que se establece para estas empresas, la dirección del personal cedido correspondería a la empresa usuaria que en estos casos serían las empresas estibadoras. La creación de estos centros de empleo conllevaría paralelamente la paulatina desaparición de las SAGEP, que no podrían incorporar nuevos accionistas, y que deberán someterse consecuentemente a un proceso de

liquidación. De este modo se dará virtualidad a una de las exigencias de la Sentencia, puesto que los nuevos titulares de licencia en el servicio de estiba no se verán obligados a participar en el capital social de ninguna SAGEP. Las críticas al modelo español han sido constantes por parte de las empresas del sector en otros países comunitarios, por lo que es de esperar que este cambio en la ordenación del sector sea acogido de forma positiva⁵⁵². En esa dirección parecen que van las intenciones de los agentes implicados, tal y como ha quedado recogido en la Propuesta remitida al Ministerio de Fomento en junio de 2015.

Quedaría no obstante por resolver que hacer con todo el personal que en estos momentos pertenece a las plantillas de las SAGEP, pues como ha ocurrido en otros sectores se produciría un paso al sector privado, que pasará casi con toda certeza por otorgar incentivos y bonificaciones a las empresas estibadoras que contraten de forma indefinida a estos trabajadores. La regularización de estos trabajadores conllevará que en muchos casos, los trabajadores deban optar por aceptar la propuesta que les planteen las empresas estibadoras o pasar directamente a ser trabajadores de la bolsa del centro de empleo portuario, por lo que no será un proceso sencillo ni pacífico puesto que hay muchos intereses sobre la mesa. En España hay cerca de 4000 estibadores, y los puertos gestionan gran parte de las importaciones y exportaciones del comercio, por lo que es evidente la relevancia de la reforma al ser el sector portuario clave en el contexto de la economía española. La aludida Propuesta remitida al Ministerio de Fomento para elaborar un nuevo texto legal sobre la estiba en España en su régimen transitorio, como se analizará seguidamente parece que aboga por medidas tales como las bajas incentivadas, jubilaciones y/o prejubilaciones para proceder a una adaptación del dimensionamiento de las plantillas actuales.

A juicio de esta autora estas serán las líneas sobre las que presumiblemente se sustentará la nueva ordenación de la regulación de la estiba y desestiba portuaria, evidentemente el reto no es menor dada la trascendencia del sector y la

⁵⁵² El País de 23.02.2015 recoge en una entrevista la opinión del consejero delegado de una de estas empresas, asegurando que los costes laborales en España eran excesivos, en concreto, remarcó que en otros puertos del entorno comunitario con el de Amberes los salarios de los trabajadores eran notablemente inferiores a los que se cobraban en puertos españoles como el de Valencia, incluso trabajando muchas más horas. En opinión de este consejero los costes para operar en España eran un factor determinante para no optar por las licitaciones públicas.

vehemencia con la que las partes han defendido siempre sus posicionamiento, en particular el colectivo de trabajadores portuarios, que con mucho esfuerzo han logrado consolidar unas garantías laborales durante años. El modelo como se ha venido defendiendo en esta tesis adolece de grandes vicios que no se corresponden con un modelo de liberalización en la que el Estado debe adoptar nuevos roles. Más allá de las disposiciones puramente procedimentales con las que se lleve a cabo la reforma es importante matizar los aspectos aludidos sobre el nuevo papel de las autoridades portuarias, dado que en mi opinión un nuevo modelo no puede obviar las legítimas obligaciones de servicio público que se han venido imponiendo hasta el momento; pero los mecanismos no pueden ser los utilizados, creo más pertinente que un buen régimen sancionador y mayores competencias de inspección serían una solución lógica y coherente con los nuevos roles que la globalización exige a los Estados.

En el siguiente apartado de esta tesis se estudiará cómo cambia la responsabilidad de las administraciones en un contexto de nuevos servicios plenamente liberalizados. La estiba y desestiba portuaria lo serán con la nueva regulación y sería importante que se establecieran mecanismos para corregir las deficiencias en materia de responsabilidad que una completa liberalización puede ocasionar.

V. SUGERENCIAS DE LEGE FERENDA.

A largo de esta tesis se ha venido aludiendo a la necesaria predisposición de las partes implicadas en el servicio de estiba y desestiba portuaria para llegar a posturas consensuadas, dado que es ineludible que debe acometerse una reforma del sector de la estiba en España tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de diciembre del 2014 que desde instancias comunitarias condenada por el establecimiento de medidas restrictivas de la libre competencia. Como ya se ha mencionado el acuerdo ha llegado de la mano de una Propuesta integra de Anesco (patronal del sector) y los Sindicatos de la Estiba (Coordinadora, CC.OO y UGT) al Ministerio de Fomento en julio de 2015. Tras algún intento frustrado por parte del Gobierno de regular la materia de manera unilateral, y que se vio paralizado por la férrea oposición del sector al amenazar con importantes movilizaciones.⁵⁵³

⁵⁵³ “El Gobierno eliminará el blindaje laboral de los estibadores con un Decreto.” Disponible en: www.economiadigital.es de 23 de febrero de 2015. “El Gobierno tiene ante si un reto complicado:

Utilizando como base esta propuesta me permito aportar las sugerencias que a mi juicio pueden mejorar la regulación.

1º. Exigencias de rango normativo.

Si bien el Legislador puede optar por numerosas técnicas legislativas para acometer la reforma del sector, por mi parte apuesto por una reforma que se plantee en el seno del TRLPMM. Durante años ha habido una gran dispersión de normas reguladoras de aspectos relacionados con el sector portuario, toda vez que ahora se ha conseguido tener un único texto, lo conveniente es seguir con esta dinámica, sin perjuicio de que pudiera incorporarse lógicamente un desarrollo reglamentario de aspectos concretos.

Paralelamente a las reformas de la Ley consecuentemente se deberá proceder a la reforma de los convenios colectivos sectoriales, así como, seguramente se hará necesaria una reforma del Acuerdo Marco suscrito por las partes implicadas en el sector de la estiba.

2º. Finalidad de la norma.

La Propuesta parte de dos premisas, de un lado, que la nueva regulación no penalice a los actuales operadores frente a los nuevos, de otros, que se garantice la estabilidad en el empleo de los trabajadores y trabajadoras del sector y la flexibilidad. Lógicamente, las partes que suscriben esta Propuesta defienden sus propios intereses, pero la nueva regulación que se adopte debe velar

liberalizar la estiba en España. La Ministra, Ana Pastor, presentará previsiblemente el jueves el borrador del proyecto ante sindicatos y patronales. El cambio en el sector es de obligado cumplimiento. Una sentencia del TJUE obliga al Ejecutivo a desmontar el blindaje laboral de uno de los colectivos que mejor han sabido preservar sus condiciones de trabajo.

Pastor deberá actuar con guante de seda. Una huelga de los 4000 estibadores que trabajan en los puertos españoles es un escenario al que ningún Gobierno se quiere enfrentar y menos en un año electoral. Por los Puertos del Estado pasan el 60% de las exportaciones y el 80% de las importaciones. Se trata de unas infraestructuras clave del país”.

El medio especializado www.naucher.com el 19 de febrero de 2015 hizo públicas las líneas argumentales del borrador del Real Decreto Ley que pretendía aprobar el Gobierno “*El Gobierno prevé liberalizar la estiba cambiando las SAGEP por Centros Portuarios de Empleo*”.

En este borrador se preveían los siguientes cambios normativos:

- Las relaciones laborales de los trabajadores se regirán por la legislación laboral común.
- Se crearán centros portuarios de empleo cuya finalidad sea la formación y cesión temporal a empresas estibadoras autorizadas de personal cualificado.
- Un periodo transitorio para la supresión de las SAGEP.
- Se establece la libertad del servicio de estiba para cuya prestación no será necesario que las empresas con licencia se integren en el capital de los CPE”.

principalmente por revitalizar el sector y posibilitar la incorporación de nuevas empresas que deseen operar en España, circunstancia que hasta el momento no era lo suficientemente atractiva dadas las exigencias que imponía la legislación, y sobre las que se ha incidido a lo largo de este trabajo. La propia Sentencia aludía en varias ocasiones a las trabas que suponía para nuevas empresas estibadoras el establecimiento en España. Punto 29:

“En el caso de autos, aun cuando las obligaciones que impone el régimen portuario español se aplican de modo idéntico tanto a los operadores establecidos en España como a aquellos que provienen de otros Estados miembros, tales obligaciones pueden tener como resultado impedir a esta última categoría de operadores establecerse en los puertos españoles de interés general para desarrollar en ellos una actividad de manipulación de mercancías. En particular, según ha puesto de relieve la Comisión, tanto la obligaciones de inscribirse en una SAGEP y, en su caso, de participar en el capital de ésta, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha sociedad y contratar a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, compelen a las empresas estibadoras extranjeras a llevar a cabo una adaptación que puede tener consecuencias financieras y producir perturbaciones en su funcionamiento, hasta el punto de disuadir a las empresas de otros Estados miembros de establecerse en los puertos españoles de interés general”.

3º. Mecanismos de modernización y dinamización del servicio de estiba y desestiba en España.

En el espectro comunitario son mayoría los países que han optado por la creación de figuras similares a los propuestos **centros portuarios de empleo** (CPE). La Sentencia en su apartado 42 así lo expresa:

“A este respecto, la Comisión alega, para empezar, que las restricciones inherentes al régimen portuario español no son adecuadas ni necesarias para alcanzar el objetivo de garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio, ya que tal objetivo podría conseguirse con medidas menos restrictivas, a semejanza de las adoptadas en otros Estados

miembros, tales como la gestión por las propias empresas estibadoras de oficinas de empleo para disponer de mano de obra, de modo que dichas empresas puedan contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, o la creación de una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras”.

En la Propuesta se apuesta por este último modelo de agencias de empleo temporal. La primera de las críticas a esta Propuesta es que pretende hacerse la creación de los CPE bajo la fórmula de las actuales SAGEP, lo que ya de por sí puede generar algunas complicaciones; lo más idóneo es proceder a la liquidación de estas sociedades y a la constitución de esta nueva figura. El proceso de liquidación deberá detallarse normativa haciendo referencia a la aportación de cada uno de los socios que venía establecida en la constitución de la SAGEP.

El requisito para formar parte del CPE si que evidentemente debe seguir siendo el mismo, ser titular de una licencia de servicio de manipulación de mercancías (que engloba la estiba y desestiba), aunque en algunos supuestos deberá ampliarse a otros operadores que no necesariamente realicen esta actividad de manera principal, sino que es auxiliar de su propia gestión empresarial.

Se opta por un modelo ya no impositivo sino de libertad para la empresa estibadora que puede optar entre formar parte del CPE como socios o sencillamente suscribir contrato de puesta a disposición de estibadores portuarios cuando lo requiera.

La funcionalidad de los CPE es evidentemente la gestión de personal que poner a disposición de las empresas estibadoras cuando requieran de trabajadores necesarios para la realización de las actividades de estiba y desestiba. El sistema de rotación por turnos o una periodicidad establecida en convenio colectivo negociado de manera sectorial, se plantea igualmente como la mejor garantía para los trabajadores de unas condiciones laborales equitativas, que hagan atractiva la profesionalización de futuros trabajadores, así como asegurar las condiciones de los actuales integrantes del sector.

Las modalidades de contratación se propone que sigan siendo las mismas, bien una relación laboral especial o una relación laboral común. No se entiende muy bien esta dualidad, dado que el modelo debe ser más cercano al que se establece en el ámbito laboral con las empresas de trabajo temporal (ETT). Por lo tanto, creo que la regulación que se plantee debe matizar este tipo de contrataciones y apostar por un único tipo de contratación de los trabajadores integrados en el Registro de estibadores portuarios, que gestionarán los CPE, y que se ponen a disposición de las empresas estibadoras autorizadas para operar en un determinado puerto, bajo la regulación de la legislación laboral común. Consecuentemente, los CPE deberán obtener la autorización que les acredite como tales y que será similar a la exigida a las ETT

El aludido **Registro de estibadores portuarios**, es otro de los mecanismos por los que se decanta la Propuesta. El registro sería único para todo el territorio español, siendo las Autoridades Portuarias las que se encarguen de la gestión propia de cada puerto. La finalidad del registro es garantizar la profesionalidad y la estabilidad en el empleo de los trabajadores estibadores. Se opta por una integración automática de todos los actuales trabajadores del sector en los nuevos CPE, cuestión que deberá matizarse en los casos en los que el personal no cuente con la capacitación necesaria. Teniendo en cuenta que para la incorporación de nuevos trabajadores si se requiere la superación de unas pruebas de habilitación profesional.

Una cuestión problemática es el establecimiento de una preferencia a favor del personal inscrito en el registro para acceder a las ofertas de los CPE, eso limita en gran medida la movilidad geográfica de estibadores, por lo tanto, y dado que es una de las exigencias que se plantean desde instancias comunitarias, deberán habilitarse mecanismos de convalidación de la capacitación para trabajadores de otros países.

En el ámbito más propiamente laboral se opta por el fomento de las bajas incentivadas, jubilaciones y/o prejubilaciones para adaptar el dimensionamiento de las plantillas actuales de las SAGEP, parece una medida adecuada teniendo en cuenta las actuales necesidades del sector, tal vez se requiera de nuevas incorporaciones de personal pero de perfil más especializado en nuevas tecnologías .

4º La formación del personal.

La Propuesta únicamente se refiere a la formación continua de los trabajadores, no menciona nada al respecto de la formación de nuevos trabajadores que deseen incorporarse al sector. Como se ha venido defendiendo a lo largo de esta tesis, el sector no parece en principio muy atractivo para centros formativos privados externos al entorno portuario, como puedan ser Universidades, Institutos de Formación Profesional, etc. Lo más idóneos es que dicha formación sea a cuenta de las propias Autoridades Portuarias o de Puertos del Estado que gestionen de un modo similar al Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) como responsable de la formación y selección de funcionarios, las nuevas incorporaciones de trabajadores, solo que en este caso no tendrían la consideración de funcionarios públicos sino de trabajadores formados en un sector.

El motivo es básicamente la imposibilidad del acceso a instalaciones portuarias para realizar la instrucción práctica, sería muy costoso para un centro formativo contar con simuladores de plataformas portuarias en las que practicar las enseñanzas necesarias para el manejo de la maquinaria portuaria.

La Sentencia en su punto 43 aboga por un modelo semejante:

“En lo que atañe, a continuación, a la alegación que el Reino de España basa en la necesidad de lograr un elevado nivel de formación y profesionalización de los trabajadores portuarios para garantizar la calidad y la seguridad del servicio, la Comisión pone de relieve que la legislación española tan sólo prevé requisitos mínimos y generales en materia de formación de dichos trabajadores. La Comisión añade que existen otras medidas menos restrictivas, tales como disponer que la formación de los trabajadores portuarios sea organizada por entidades públicas o por las propias empresas estibadoras”.

A mi juicio la última de las opciones que plantea la Sentencia es poco atractiva para las empresas estibadoras, en tanto que su objeto de negocio es prestar el servicio de estiba y desestiba, no la formación de nuevos trabajadores, esto solo sería posible y por hacerlo obtuvieran determinadas ayudas públicas, por lo tanto, considero que el modelo más idóneo es que las entidades públicas sean las encargadas de canalizar la formación y preparación de nuevos trabajadores.

VI. UN NUEVO ESCENARIO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, LAS REGLAS DE DERECHO PÚBLICO DAN LUGAR A LAS REGLAS DE DERECHO PRIVADO.

Como último punto de estudio de esta tesis se analizará una cuestión de ámbito puramente concerniente al Derecho Administrativo, la evolución de la responsabilidad de la Administración ante sus nuevos posicionamientos. Usando como excusa el servicio de estiba y desestiba es interesante analizar el tránsito de la responsabilidad del Art. 106 de la CE de 1978 hacia el Derecho Privado, este cambio afecta al conjunto de la actividad de la Administración en muchísimos servicios. El Art. 106 de la Constitución determina textualmente: “1. *Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sostenimiento de ésta a los fines que la justifican.* 2. *Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”.

La actual redacción de este artículo constitucional necesita de una revisión de sus parámetros, puesto que considera a la Administración como un prestador directo de servicios. ¿Qué ocurre entonces cuando la Administración es un mero garante?. En este caso podría entenderse que la Administración ¿pasa a regirse por las reglas de las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia?, es decir ¿cabría la aplicación del 1902 y ss del Código Civil? para que los ciudadanos vieran satisfechas sus pretensiones, en los casos en los que la actividad de la Administración no es exactamente prestacional o no puede encuadrarse como una responsabilidad patrimonial del tipo que se regula en la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre

La obligación de reparar los daños que ocasionan los poderes públicos a los particulares es fundamental en la construcción del Estado de Derecho, no en vano el Art. 1.1 de la CE determina que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho. Como señala JUAN ADOLFO SANTAMARÍA PASTOR⁵⁵⁴, la “*garantía patrimonial*” que reconoce el Art. 9.1 de la CE al establecer el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del

⁵⁵⁴ SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ADOLFO. “*Principios de Derecho Administrativo General*”, tomo I. 2ª Edición. Iustel. Madrid.2004. Págs. 64 y ss.

ordenamiento jurídico, es fundamental para dar virtualidad al Estado de Derecho, eso significa que los particulares deben encontrar siempre a su disposición los cauces jurídicos para lograr un resarcimiento en el conjunto del ordenamiento jurídico.

Uno de los cauces para encontrar satisfacción es el establecimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública regulada en el Título X de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre. En su Art. 139.1 de nuevo se plantea el supuesto para el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, no se está pensando por tanto en una actividad que vaya más allá de una actividad prestacional por parte de los poderes públicos. El supuesto que ahora se plantea tampoco se refiere a una actividad de órganos legislativos lo que daría lugar a la responsabilidad del Estado-Legislator.

Una Sentencia en la que fue ponente CARLOS LESMES SERRANO, actual Presidente del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2011 dictaminó que no pueden existir espacios inmunes para la responsabilidad de los poderes públicos:

“Ahora bien, para el establecimiento de mecanismos de garantía de este principio de responsabilidad el legislador goza de un importante margen de maniobra pudiendo configurarlos de forma diferente según el poder público de que se trate, del mismo modo que la propia constitución, y sirva en este punto de ejemplo, no establece el mismo diseño para las Administraciones Públicas -Art.- 106.2- que para el Poder Judicial -Art.121-, pese a que ambos poderes públicos están claramente sujetos al principio de responsabilidad. Pero esta discrecionalidad o libertad de configuración del legislador no es ilimitada ya que no permite crear espacios inmunes fundados en al ausencia de regulación”.

De este modo una aplicación analógica nos llevaría a la consideración de que igualmente no existe actuación de la Administración que esté dispensada de su obligación de responsabilidad. Cuestión interesante directamente conectada con esta nueva visión de la responsabilidad es la del plazo para reclamar. Evidentemente, en una acción prestacional la responsabilidad puede derivarse en un momento concreto, incluso en el caso de la responsabilidad del Estado-

Legislador puede concretarse en un momento determinado (aunque esta cuestión no haya sido pacífica y se hayan generado algunos pronunciamientos jurisprudenciales que plantean matices, se entiende de aplicación el Art. 142.5, entendiéndose que el derecho a reclamar prescribe al año). Entonces surge la duda ¿qué momento debe considerarse como punto de partida en una teórica responsabilidad civil?, la respuesta parece que debe ser que se aplicaría igualmente el plazo de un año del 1968.2 que establece: “*Prescriben por el transcurso de un año: 2º. La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado*”.

De nuevo se puede acudir al modelo de la Unión Europea para encontrar un encuadre a este nuevo concepto de la responsabilidad. En el marco jurídico del Derecho Comunitario está plenamente reconocido el principio de responsabilidad del Estado ante los daños ocasionados a los particulares por la vulneración del Derecho Comunitario. Esta responsabilidad se conecta directamente con los principios de eficacia directa y primacía, pues hay que tener en cuenta que la eficacia de la normativa comunitaria podría quedar desvirtuada, si los particulares no tuvieran una garantía de obtener una reparación cuando los poderes públicos por falta de diligencia les causen perjuicios. Así lo ha determinado el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, en concreto desde el asunto *Francovich y Bonifaci* (C-6/90 y 9/90), por el que se impone el principio de que los Estados miembros deberán reparar los daños que ocasionen a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables.

La responsabilidad que asumen los estados miembros, es una responsabilidad de tipo extracontractual, como la que podría achacarse a las Autoridades del ámbito portuario en el marco del servicio de manipulación de mercancía, y que igualmente puede extrapolarse a otro tipo de servicios, no solo portuarios.

En este caso la acción de un poder público se basaría en haber incumplido la obligación que le incumbe de adoptar todas las medidas oportunas para lograr el resultado prescrito. Evidentemente deberán darse unos requisitos que vinculen el daño, con la responsabilidad de un poder público: a) Que los particulares tengan atribuidos derechos a su favor. b) Que el contenido de esos derechos este

vinculado a una norma jurídica. c) Que pueda acreditarse una relación entre el incumplimiento de la norma, bien sea por acción u omisión, y el daño sufrido por los afectados.

Probablemente, como en todos los casos de responsabilidad el requisito más difícil de acreditar será el tercero, la relación que vincula el daño sufrido con la administración pública. Lo fundamental, sobre lo que a juicio de esta autora, deben centrarse los postulados de Derecho Administrativo, es sobre las garantías que asisten a los ciudadanos cuando nos encontramos ante un servicio liberalizado, sobre esa cuestión trataran los últimos apartados de este trabajo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dictado un número importante de sentencias en la que justifica que la responsabilidad de la Administración se deriva del ejercicio de cualquier función administrativa que conlleve un daño no directamente procurado, esta responsabilidad tiene un espectro muy amplio, puesto que abarca a todas las formas de acción u omisión administrativas de las que se derive un daño individualizado. Dentro de los fines del Art. 106.2 de la CE la jurisprudencia interpreta la expresión de servicio público a un conjunto muy diverso, que van desde una actuación directa o tareas propias de la función administrativa tanto por acción como por omisión.

Como ejemplo la Sentencia de 23 de diciembre de 1998⁵⁵⁵ en su Fundamento cuarto establece:

“La Jurisprudencia de este Tribunal ha venido identificando que la responsabilidad de la Administración se produce como consecuencia del ejercicio de cualquier función administrativa que determina un daño no directamente procurado, extendiéndose dicha responsabilidad a todas las formas de acción u omisión administrativa que impliquen una lesión individualizada, tanto en la esfera personal como patrimonial del lesionado, de los contenidos económicos de éste; lesión que constituye un perjuicio antijurídico, no por la forma de producirse, sino en sí mismo, el cual, el titular del bien, o derecho, no tiene le deber jurídico de soportar, aunque el funcionario que lo ocasione obre con toda licitud (Sentencia de esta Sala Tercera de 16 de diciembre de 1994), así como, que a los fines del artículo

⁵⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Nº de Recurso 5717/1994.

106.2 de la Constitución la Jurisprudencia ha homologado “como servicio público toda la actuación, gestión o actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo” (Sentencia de 15 de junio de 1989 y 22 de marzo de 1995)”.

Un ámbito clásico de responsabilidad es la que se deriva del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores de una empresa que desarrolla un servicio público. En estos supuesto se tiende a desplazar la responsabilidad sobre la Administración, porque se entiende que implícitamente tiene un tanto de culpa, aunque el servicio este en concesión. No son inusuales supuestos en los que los trabajadores incumplen los servicios mínimos o se producen paros sin previo aviso, que causan problemas a los usuarios de un servicio, y posteriormente, se opta por reclamar ante la Administración. ¿Pero que ocurre si el servicio está totalmente liberalizado? ¿Qué margen de responsabilidad se genera para la Administración?. Si se parte de una eventual responsabilidad que nace de la obligación del Estado de procurar compensar a todos los usuarios ante posibles lesiones, consecuentemente con independencia de que exista una relación directa con el servicio la Administración deberá responder. Pero esa interpretación tal vez sea una perversión del Estado social y democrático, porque convierte al Estado en una aseguradora universal.

Para DAVID BLANQUER CRIADO⁵⁵⁶ el “Estado providencia” no puede convertirse, como opinan algunos, en una socialización de todos los riesgos que individualmente deben soportar los usuarios de servicios públicos. Así pues, se hace imprescindible encontrar un equilibrio en la estructura de las responsabilidades públicas y la asunción de deberes de los ciudadanos, como puede ser asumir los problemas del funcionamiento de servicios públicos. Para delimitar la asunción de responsabilidad determinar como se produce el daño, si este es consecuencia del funcionamiento del servicio, y por lo tanto, el prestador del servicio tiene responsabilidades e incluso la Administración en última instancia por su deber de vigilancia, o si por el contrario el daño se produce por cuestiones ajenas al propio funcionamiento y que en ningún caso pueden achacarse a la Administración.

⁵⁵⁶ Ob.cit. BLANQUER CRIADO, DAVID. “La concesión de servicio público”. Pág. 958.

El resultado de esta ecuación es que en muchos casos los usuarios deberán soportar los daños que le ocasione un deficiente funcionamiento de un servicio, sin poder exigir a la Administración un genérico deber de resarcimiento. Pero en aquellos casos en los que sea evidente que la Administración ha incumplido su deber de garante, consecuentemente podrán aplicarse los mecanismos de responsabilidad, no ya tanto desde el plano del Art. 106 de la CE, sino probablemente desde un plano más general de responsabilidad como la establecida en el Código Civil. Todo ello hasta que se produzca la pertinente reforma constitucional que venga a reconocer un nuevo escenario para el sistema de responsabilidades de las Administraciones Públicas ahora que cada vez más desaparece el genuino rol como prestadoras de servicios.

En el tradicional modelo de concesiones la imputación del resultado lesivo era tal vez más clara, el concesionario debía hacerse cargo de la responsabilidad derivada de la explotación de los servicios cuya gestión tiene encomendada. Sin perjuicio en que ha habido pronunciamientos jurisprudenciales en los que en aras a proteger a los usuarios se ha condenado a la Administración concitándola a que después ejerza la acción de regreso contra el gestor del servicio. La excepción a esta regla venía dada en aquellos supuestos en los que se pudiera constatar que la Administración había podido ser responsable de algunos daños lesivos, porque ha realizado una dejadez en sus funciones y alguna decisión burocrática no ha sido cumplida por el concesionario. En otros casos la responsabilidad se ha determinado concurrente, cuando en el resultado lesivo confluyen circunstancias que bien han sido impuestas o bien se han obviado por la Administración y de otro lado, existe una flagrante negligencia del titular privado del servicio en régimen de concesión.

Igualmente, la tramitación de un procedimiento de responsabilidad de resarcimiento de un daño achacable a la Administración se sujeta en base a lo dispuesto en la Ley 30/1992, Art. 139 y ss. No es pues este modelo al que en estos momentos se alude, sino que se trasciende de esta idea, y se plantea un escenario de completa liberalización, por lo que la administración no está vinculada de forma directa, como si puede ocurrir en un modelo concesional. En el modelo tradicional se acudiría a los tribunales de la jurisdicción contencioso

administrativa para dirimir el litigio en este nuevo escenario tal vez, ante la falta de cobertura en las normas de Derecho público, tal vez se haría necesario acudir a las normas de Derecho privado y a las reglas de la responsabilidad extracontractual. Se trata por lo tanto de un nuevo e interesante escenario del que solo se anotan por parte de esta autora unas pinceladas, puesto que el debate está abierto y las interpretaciones son múltiples.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- LA ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIA COMO UN FENÓMENO DE RELEVANCIA ECONÓMICA.

Desde siempre se ha evidenciado la importancia de unos puertos bien gestionados con capacidad para ser motores de la economía. Los servicios que se acometen en el entorno portuario son básicos y funcionan como una suerte de muñecas rusas, unos encajan con los otros hasta conformar un correcto resultado; dentro de todo este proceso, la estiba y desestiba suponen un entramado de actividades relacionadas con la carga y descarga de los buques que operan en un determinado puerto. La actividad tiene una particularidad: la intermitencia en la demanda; esta situación es un *handicap* que condiciona la regulación del propio servicio. Las necesidades de las labores de estiba y desestiba están subordinadas al número de buques que decidan operar en un puerto, circunstancia que no tiene una periodicidad fija, lo que da lugar a la imposibilidad de realizar una previsión de las necesidades de mano de obra *a priori* por medio de los llamados trabajadores estibadores.

Para asegurar la correcta prestación del servicio se ha hecho necesaria históricamente la implicación de los poderes públicos. Se pueden resumir en tres los motivos que han propiciado la intervención pública en las actividades portuarias de estiba y desestiba:

- a) El control sobre la profesionalidad de los trabajadores que realizan las actividades de estiba y desestiba, garantizando que siempre hubiera personal disponible para que los buques pudieran operar en puerto.
- b) La garantía del correcto funcionamiento del puerto asegurando el abastecimiento de mercancías y el tránsito de las operaciones mercantiles que conforman las exportaciones e importaciones de un país.
- c) El control sobre un espacio limitado como es el dominio portuario en el que se desarrolla el servicio de estiba y desestiba, delimitando los prestadores que pueden operar en un puerto.

El papel adoptado por los Estados ha ido variando desde un intervencionismo que llevó a la prestación directa del servicio, hasta mecanismos que pasan por la mera

regulación en un contexto en el que la iniciativa privada es la encargada de la encomienda.

**SEGUNDA.- EVOLUCIÓN DE LA CONDICIÓN DE SERVICIO PÚBLICO
HACIA UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE INTERÉS
GENERAL EN EL SERVICIO DE ESTIBA Y DESESTIBA
PORTUARIA.**

El carácter de servicio público se justifica por las notas de esencialidad, continuidad y calidad que requieren estas labores portuarias. Como se ha expuesto a lo largo de esta tesis, la propia significación del servicio en el conjunto de la economía justifica la intervención de los poderes públicos con la finalidad de garantizar necesidades colectivas de interés general. El punto de partida ha sido una declaración como tal por medio de la denominada “*publicatio*”; con el paso del tiempo y la evolución de nuevas técnicas jurídicas, han ido desapareciendo los incipientes monopolios públicos de intervención estatal dando paso a una liberalización de los servicios.

La incorporación de la iniciativa privada a la ejecución de actividades reservadas tradicionalmente a los Estados se debe en gran medida a los avances tecnológicos, aunque también a razones institucionales, políticas e ideológicas sobre todo por exigencias del Derecho de la Unión Europea. Los Estados sometidos a férreos controles del gasto público no han podido acometer grandes inversiones para adaptarse a los nuevos tiempos, así pues, se han ido ideando mecanismos para hacer confluir las necesidades públicas y la iniciativa privada. De este modo las técnicas concesionales han dado paso a las autorizaciones, los contratos de colaboración público-privada, etc. La actuación de los poderes públicos pasa de ser prestadores directos a controladores de la prestación, y la ejecución queda encomendada, en el nuevo escenario, a los agentes privados. Los poderes públicos reconducen sus cometidos a los de control de acceso a la prestación, limitación del número de prestadores sobre la base de una mejor utilización de los espacios públicos (evidente en el caso del dominio público portuario), la garantía de normas medioambientales, etc.

En ese nuevo modelo el Estado deja de ser prestador directo de servicios pero se convierte en un estratega de excepción para garantizar que los tradicionales servicios públicos se sigan prestando bajo unas condiciones de continuidad y calidad. Los poderes públicos no solo deben preservar las normas sobre competencia en un contexto de libre mercado, también existen otros derechos dignos de protección que afectan directamente a la esfera de los ciudadanos como usuarios directos o indirectos de los servicios. En el caso concreto del servicio de estiba y desestiba, la competencia de los poderes públicos no vincula solo a los operadores portuarios, ya que como se ha mencionado anteriormente, la trascendencia del servicio traspasa el entorno portuario y afecta a todo el conjunto de la economía y de la población.

TERCERA.- LA LEGISLACIÓN DEL MODELO DE ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIA EN ESPAÑA. TRASLACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REGULACIÓN ADMINISTRATIVA.

En sus orígenes la regulación del servicio se centró principalmente en un ámbito laboral. Con el paso de los años y la relevancia del servicio, este pasó a ser considerado como un servicio que debía ser objeto de intervención y control por parte del Estado en un enfoque mucho más amplio. De un lado, la relación que mantienen los servicios de estiba y desestiba con el dominio público marítimo de titularidad pública, y de otro, la conexión de los servicios con el interés general de preservar el funcionamiento del tráfico marítimo.

La necesidad de asegurar una regularidad en la prestación del servicio fue lo que llevó a finales de los años ochenta en España a una primera regulación. Con el *Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de los buques*, se produce una declaración expresa por la que la actividad de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general pasa a tener la consideración de un servicio público esencial de titularidad estatal. El servicio sería prestado por empresas estibadoras privadas, pero la materialización del trabajo debía articularse por medio de las denominadas Sociedades Estatales de estiba y desestiba (SEED), con participación mayoritariamente pública y que tenían encomendada la gestión del personal estibador. La participación de las

empresas estibadoras, concesionarias de un servicio público, en las SEED se establecía como obligatoria.

Posteriormente, con la *Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*, a pesar de pretenderse una incipiente privatización de servicios portuarios, los servicios de estiba y desestiba siguieron teniendo una consideración distinta y continuaron catalogados como servicios públicos. No será hasta la aprobación de la *Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general*, cuando verdaderamente puede observarse un golpe de timón en el Ordenamiento jurídico español respecto de la gestión portuaria, y en especial, por lo que se refiere a la estiba y desestiba.

Como primer paso se transformaron las SEED en Agrupaciones portuarias de interés económico (APIE), lo que conllevó a la separación de las autoridades portuarias de las sociedades de gestión de trabajadores. Otro de los cambios trascendentes se produjo con la introducción del concepto de autoprestación, mediante el cual, el servicio en algunos casos podía prestarse por personal del propio buque. Sin embargo, el cambio más relevante, y de ahí la denominada “*despublicatio*”, es que se abandona la concepción de servicio público para referirse a las labores de estiba y desestiba como servicios de interés económico general; en concreto la Ley los denomina servicios básicos. Con esta nueva regulación los servicios pasan a estar sujetos a las obligaciones de servicio público, obligaciones que se desarrollan en los pliegos reguladores del servicio, con la finalidad de garantizar su prestación en condiciones de seguridad, continuidad y regularidad, cobertura, calidad y precio razonable, sin olvidar el respeto al medio ambiente. Es evidente que de este modo se produce una sustitución de la tradicional técnica del servicio público por otro mecanismo de intervención más propio de los sectores liberalizados, como es el establecimiento de obligaciones de servicio público y así garantizar el interés general que persiste en la actividad a pesar de su liberalización.

Las ulteriores reformas hasta llegar al actual TRLPMM (*Real Decreto Legislativo 2/2011 de 5 de septiembre*) no han supuesto cambios sustanciales. La *Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre,*

de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, solo supuso que las sociedades de gestión cambiaran a una nueva denominación como Sociedades de gestión de estibadores portuarios (SAGEP). Con esta nueva figura, con participación exclusivamente privada, las sociedades de gestión estaban constituidas por las empresas titulares de licencias, con una distribución accionarial alícuota por el número de titulares y proporcional por el volumen de facturación. A mi juicio, este cambio de denominación no es más que un nuevo nombre, pero en el fondo el modelo continúa inmutable.

CUARTA.- INCORRECTA INCORPORACIÓN DE OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN UN CONTEXTO DE LIBERALIZACIÓN.

El Derecho interno no ha sabido adaptar las normas de Derecho Comunitario relativas al establecimiento de obligaciones de servicio público, pues tras una aparente intencionalidad de cumplir un mandato público de asegurar la prestación de un servicio público, se ha construido un modelo de estiba que constriñe la incorporación de nuevos operadores.

Las empresas estibadoras que han querido operar en España en los últimos años se han topado con la imposición de unas supuestas obligaciones de servicio público, que no se corresponden con las exigencias de continuidad y regularidad del servicio de estiba y desestiba:

- a) Para obtener una licencia que permita operar en un puerto de interés general se exige a las empresas estibadoras participar financieramente en el capital de una sociedad de gestión de trabajadores portuarios
- b) Otro requisito imprescindible para el acceso a la licencia consiste en cumplir con una serie de imposiciones de tipo laboral que afectan a su propia planificación empresarial, como es el hecho de contratar con carácter prioritario a un determinado número de trabajadores de forma indefinida. Esta contratación, además, no puede hacerse en el mercado libre, sino que tiene que tratarse de trabajadores inscritos previamente en la sociedad de gestión.

La justificación a las restricciones a la libertad de empresa deben ampararse siempre en razones imperiosas de interés general, razones que sí se dan en el caso concreto del servicio portuario de estiba y desestiba: de un lado, la protección de los trabajadores, y de otro, garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio portuario. La forma de articular esas restricciones por medio de las denominadas obligaciones de servicio se ha efectuado de modo incorrecto; hubieran debido articularse mecanismos más proporcionados al fin perseguido y que respondieran igualmente a la finalidad perseguida.

QUINTA.- LA FALLIDA TRANSPOSICIÓN DE LAS REGLAS DE DERECHO COMUNITARIO.

Con la Sentencia del TSJUE de 11 de diciembre de 2014 culmina un proceso instado desde las instancias comunitarias por el que se ha puesto en cuestión el modelo de estiba, y que puede resumirse en un incumplimiento de las reglas de la competencia.

La relación del servicio de estiba y desestiba portuario en España con el Derecho Comunitario ha sido un tanto convulsa; ha pasado de ser un modelo que acoge los postulados comunitarios, cuando ni siquiera las instancias comunitarias llegan a materializarlos, tal y como ocurrió con la regulación de la Ley del año 2003 con la aludida Propuesta de Directiva del 2001, a posteriormente ser objeto de condena porque el modelo contraviene los postulados comunitarios.

La UE ha pretendido desde hace muchos años una armonización de la regulación de todo el transporte marítimo comunitario, no solo por la relevancia de los intercambios intracomunitarios, sino también por la relevancia de Europa dada su posición estratégica a escala mundial. En las instancias comunitarias ha sido difícil consensuar la técnica del servicio público, puesto que la tradición jurídica de los diferentes Estados aportaba ideas muy diversas, pero si se ha llegado a un planteamiento común: el Derecho Comunitario no aboga por la abolición de la técnica del servicio público, sino que este debe ser adecuado a un contexto de libre competencia. Para ello se ha optado por nuevos mecanismos que afectan a la organización y régimen jurídico de los tradicionales servicios en Europa.

No basta con que las normas legales recojan en su texto que el servicio se liberaliza. Esta declaración de intención debe materializarse y, en el caso de la estiba y desestiba portuaria en España, no se ha producido correctamente. Las restricciones a la libertad de establecimiento de nuevos operadores constituyen un obstáculo que va más allá de lo que resulta necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, y por lo tanto no parece correcta la transposición de la normativa comunitaria. La idea subyacente de esta mala praxis es soterrar un proteccionismo del Estado en detrimento de la libertad de establecimiento, un hecho que no puede justificarse desde la UE donde preconizan las reglas del libre mercado.

**SEXTA.- LA PROTECCIÓN DE OTROS INTERESES CON RELEVANCIA
ECONÓMICA CONEXOS AL SERVICIO DE ESTIBA Y
DESESTIBA PORTUARIO.**

A lo largo de esta tesis se ha ido haciendo mención al conglomerado de intereses que subyacen bajo el servicio de estiba y desestiba portuario en aspectos diversos. En primer lugar, la correcta utilización del dominio público portuario ha sido una constante en las legislaciones españolas en materia portuaria. Se trata de un recurso limitado, y el número de prestadores de servicios debe establecerse por parte de las autoridades portuarias. Los puertos de interés general forman parte del dominio público marítimo-terrestre e integran el dominio público portuario estatal. Las empresas que desean acceder a una licencia para la prestación del servicio de estiba y desestiba saben de facto que acceden a un servicio limitado; no todas las licencias del servicio implican necesariamente una concesión de dominio público, y solo algunos operadores cuentan con ambos títulos administrativos. En general, se tiene derecho al acceso para el desarrollo del servicio portuario y al establecimiento de la maquinaria necesaria para la estiba y desestiba por medio de autorización.

De otro lado, es relevante el establecimiento de redes de transporte, transeuropeas y a escala mundial. La idea es crear espacios para el desarrollo de un transporte marítimo sin fronteras, dadas las ventajas que aporta en detrimento de otros medios de transporte como el habitual realizado por carretera. Para potenciar la competitividad de los puertos europeos es fundamental contar principalmente con un servicio de estiba y desestiba ágil y profesional, puesto que del tiempo de

estancia en puerto dependerá que un buque lo elija como escala para operar. En ese contexto es interesante un marco común sobre los recursos humanos encargados de la puesta en marcha de los servicios portuarios asegurando unas buenas condiciones de trabajo. Medidas como las recogidas en el Ordenamiento jurídico español sobre el sector de la estiba y desestiba portuaria consecuentemente, no van en la dirección de potenciar esa movilidad geográfica, ni de hacer atractiva la incorporación de nuevos operadores al sector.

Otro de los aspectos conexos es la mejora de las infraestructuras portuarias; el elevado coste del mantenimiento de las instalaciones portuarias urge a la necesidad de buscar mecanismos de colaboración público-privada. A juicio de esta autora un ejemplo de esto es la reciente modificación de los plazos concesionales (entre los que se encuentran los servicios de estiba y desestiba) que se ha establecido en el TRLPMM; detrás de esta reforma subyace una clara intención de renovar las infraestructuras con un aparente coste cero para las arcas públicas. Para las empresas concesionarias actuales supone un mayor plazo de amortización, aunque como se ha tenido ocasión de analizar, con la medida se está limitando el acceso de nuevos operadores al sector, por lo tanto no parece que la medida vaya en la dirección correcta. En mi opinión hubieran debido idearse otras fórmulas de colaboración público-privadas, que contrariamente a lo que ha ocurrido, abran las expectativas de mercado a otros operadores privados.

Por último, otro de los aspectos relacionados con el servicio de estiba y desestiba portuario es la formación de nuevo personal. La oferta de formación para nuevos estibadores hasta ahora ha estado reservada a las sociedades de gestión, circunstancia que generaba una limitación de la competencia, puesto que el acceso estaba por regla general muy restringido. De otro lado, una formación facilitada por centros privados no parece muy rentable, porque en todo caso se debería articular una preparación práctica en el propio entorno portuario, dado que se requiere el manejo de compleja maquinaria, que sería difícil reproducir por medio de simuladores. De este modo, en esta tesis se ha abogado por un modelo de formación abierto a todos los usuarios que lo deseen, y que sea prestado por las propias autoridades portuarias mediante pruebas de acceso.

SÉPTIMA.- LA NECESARIA REVISIÓN DEL MODELO DE ESTIBA Y DESESTIBA PORTUARIA EN ESPAÑA.

La Sentencia condenatoria del TSJUE parece un punto de inflexión que aboca a los agentes intervinientes al consenso; de este acuerdo debería salir el establecimiento de un nuevo modelo de estiba y desestiba en España. Los problemas que acucian al sector de la estiba y desestiba portuaria en España solo podrán solventarse por medio de una nueva y profunda regulación, el éxito dependerá no solo de las decisiones que se adopten, sino de cómo estas se pongan en práctica.

La regulación de la actividad exige en mi criterio un cambio en el modelo, en particular atendiendo a lo siguiente:

1. Un replanteamiento del papel que han jugado hasta el momento las autoridades portuarias. La iniciativa privada debe tener presente que, si bien puede participar en la economía mediante la prestación de servicios con trascendencia para la colectividad, no puede olvidar que está sujeta a la supervisión de las autoridades públicas. En esta tesis se ha abogado por dotar de mayor relevancia a los mecanismos de inspección con los que cuentan los poderes públicos, sobre todo desde el ámbito sancionador, potestad que es inherente al poder público y sobre la que puede construirse un dispositivo de control fundamental para la efectividad de los servicios públicos. No se trata de imponer un régimen sancionador con finalidad recaudatoria, sino que induzca al cumplimiento de normas básicas para el buen funcionamiento, en este caso del entorno portuario, en materia laboral, medioambiental, defensa de los consumidores, etc.
2. La actividad de estiba y desestiba portuaria no puede ser una actividad totalmente liberalizada, debe establecerse un modelo que pase necesariamente por la previa autorización de las Autoridades Portuarias. En primer lugar, para regular el uso de un recurso limitado como es el dominio público portuario, y en segundo lugar, para asegurar que las empresas operadoras lo hacen bajo unos determinados estándares de calidad y seguridad.

3. En algunos ámbitos concretos debe potenciarse la autoasistencia. No tiene ninguna justificación que labores de estiba y desestiba portuaria que no requieren de una gran especialización no puedan ejecutarse por personal de los propios buques.
4. El mecanismo más apropiado para la efectiva ejecución del servicio de estiba y desestiba portuaria es la creación de centros portuarios de empleo, puesto que aseguran una gran bolsa de empleo disponible en todo momento para ejecutar la actividad. La creación de estos centros portuarios de empleo nunca debe ser una imposición de las Autoridades Públicas que altere la propia configuración empresarial de las operadoras que licitan y optan a prestar un servicio, esta debe ser una decisión libre a iniciativa de las empresas estibadoras que decidan su constitución. Con la creación de estos centros portuarios de empleo se sustentan los costes laborales de forma conjunta, un modelo muy similar al de las empresas de trabajo temporal.
5. Las condiciones laborales de los estibadores deben estar garantizadas a pesar de la estacionalidad del trabajo. Para lograr este loable objetivo no es necesario optar por medidas restrictivas, como ha ocurrido hasta ahora, de la propia libertad empresarial de los operadores del servicio. Igualmente, debe potenciarse la movilidad geográfica de trabajadores; empresas estibadoras extranjeras que opten a operar en puertos españoles no tendrían por qué encontrarse con problemas para contratar trabajadores de otros países, siempre que estos cumplan con los requisitos de cualificación requeridos. El control sobre la profesionalidad de los trabajadores (nacionales o extranjeros) debe ser una de las encomiendas de las autoridades portuarias.
6. En materia de formación las autoridades portuarias pueden y deben jugar un papel relevante. Aunque el modelo siga sustentándose en la creación de centros de empleo, al estilo de las empresas de trabajo temporal, estos a mi juicio no tienen por qué ser los encargados de la formación y selección de nuevos trabajadores; esta encomienda puede dejarse en manos de las

autoridades portuarias, que pueden acometer esta función con total imparcialidad.

Como conclusión final el nuevo rol de los Estados debe ir encaminado hacia la garantía de la prestación de los servicios; ya no son sujetos de acción material que ejecutan directamente los servicios, sino que ahora el Estado pasa a adoptar un papel de coordinador de un proceso mucho más amplio. En el caso de la estiba y desestiba portuaria, si bien las leyes sí han recogido una liberalización del servicio, pasando este a manos privadas, las autoridades portuarias no han sabido adaptarse a su nuevo cometido. La nueva regulación que debe acometerse en España pasa necesariamente por dotar a las Autoridades Portuarias de nuevos poderes orientados a la supervisión del servicio y flexibilizar las exigencias a los operadores, en definitiva, dinamizar el modelo sin que la actividad pierda sus notas características de servicio público.

BIBLIOGRAFÍA

ACERO IGLESIAS, PABLO.

- “*La incidencia sobre los procedimientos de gestión portuaria, de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general*”. La nueva legislación portuaria (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General). Consorcio Zona Franca de Vigo. Atelier. 2004.
- “*Organización y régimen jurídico de los puertos estatales*”. Thomson Aranzadi. 2002.

ALAS GARCÍA, CÉSAR.

- “*Diccionario Jurídico-Comercial del Transporte Marítimo*”. Universidad de Oviedo, servicio de publicaciones. 1983.

ALEXY, ROBERT.

- “*Derechos sociales y ponderación*”. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2007.

ALONSO SOTO, RICARDO.

- “*La desregulación del sector portuario. El informe del Tribunal de Defensa de la competencia*”. (Ejemplar dedicado a: Competencia y regulación de mercados). Economías. Revista vasca de economía, nº 37. 1997.

ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL.

- “*La regulación española del trabajo en la estiba portuaria y los Tratados de la Unión Europea*”. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº Extra 24. Ejemplar dedicado a: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social en homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea. 1999.

ARIAS BONET, JOSÉ ANTONIO.

- “*El Derecho Marítimo en las Partidas*”. Revista de Derecho Mercantil, nº 9. 1966.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR.

- “*El Régimen de prestación de servicios en los puertos de interés general*”. La nueva legislación portuaria (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General). Consorcio Zona Franca de Vigo. Atelier. 2004.
- “*Principios de Derecho Público económico. (Modelo de Estado, gestión público, regulación económica)*”. Editorial Comares. 1999.

ARROYO MARTINEZ, IGNACIO.

- “*Compendio de Derecho Marítimo*”. Tecnos. 2009. 3era.Edición
- “*El régimen jurídico de los servicios portuarios. (Especial referencia a la Ley 48/ 2003, de régimen económico y prestación de servicios de los puestos de interés general)*”. Anuario de Derecho Marítimo, nº 21. 2004.
- “*Estudios de Derecho Marítimo*”, vol. I. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1993.

BALLESTER PASTOR, INMACULADA.

- “*La relación laboral especial de los estibadores portuarios*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014.

BAÑO LEÓN, JOSÉ M^a.

- “*La figura del contrato en el Derecho Público: Nuevas Perspectivas y límites.*” La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo. INAP. Madrid. 2004.

- “*La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”. Revista Administración Pública, nº 151, enero-abril 2000.

BASADRE, JORGE.

- “*Los fundamentos de la Historia del Derecho*”. Librería Internacional de Perú. Lima. 1956.

BASSOLS COMA, MARTÍN.

- “*Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales*”. Revista Administración Pública, nº 84. 1977.

BLANQUER CRIADO, DAVID.

- “*La concesión de servicio público*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2012.

BLÁZQUEZ MARTÍNEZ, JOSÉ MARÍA y GARCÍA-GELABERT PÉREZ, MARÍA PAZ.

- “*El transporte marítimo según las presentaciones de los mosaicos romanos, relieves y pinturas de Ostia*”. Lucentum: Anales de la Universidad de Alicante. Prehistoria, arqueología e historia antigua, nº 9-10. 1990-1991.

BOLETÍN DE LA COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR.

- “*La Voz de los puertos. La estiba*”. nº 78. IV Época. Octubre 2003.

BOTELLA CARRETERO, JORGE.

- “*El régimen jurídico del servicio de auto-taxi*”. Biblioteca jurídica Cuatrecasas. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002.

CABANILLES y PALOP, ANTONIO JOSÉ.

- “*Observaciones sobre la historia natural, geografía, agricultura, población y frutos del Reyno de Valencia*”. Imprenta Real. Madrid. 1795.

CABEZA PEREIRO, JAIME.

- “*Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria. En torno a un cisma sobre el Proyecto de Directiva de acceso al mercado de los servicios portuarios*”. Aranzadi Social, nº 5. 2003.
- “*La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido*”. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 84. Civitas. 1997.

CARBONELL PORRAS, ELOÍSA.

- “*Análisis histórico de la intervención pública en el transporte terrestre como punto de referencia de la actual ordenación del sector*”. Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 263. 1994.

CARLÓN RUIZ, MATILDE.

- “*El servicio universal de telecomunicaciones: balance y perspectivas*”. Cuadernos de Derecho Local, nº 23. 2010.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, JOSÉ LUIS.

- “*Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho administrativo*”. Revista de Administración Pública, nº 193, enero-abril 2014.

CASTELLS ARTECHE, JOSÉ MANUEL.

- “*La actual coyuntura de la administración prestadora de servicios públicos*”. El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. (Coord. Francisco Sosa Wagner). 2000.

CERBÁN JIMÉNEZ, MARÍA DEL MAR.

- “*La competitividad portuaria de los puertos de titularidad estatal*”. (Ejemplar dedicado a España 2007. Un balance). Economistas, nº 26, extra 116. 2008.

CHINCHILLA MARÍN, CARMEN.

- “*El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?. Reflexiones sobre el caso de la televisión*”. Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. (Coord. Sebastián Martín-Retortillo Baquer), vol. 2 “De los derechos y deberes fundamentales”. Civitas. Madrid.1991.

CONESA PRIETO, GERARDO.

- “*La estancia del buque en puerto*”. J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona. 1993.

COSCULLUELA MONTANER, LUIS.

- “*Administración Portuaria*”. Editorial Tecnos. 1973.

COUTINHO ALMEIDA, FERNANDO JORGE.

- “*El trabajo de los estibadores portuarios en los Derechos español y portugués*”. Civitas. Revista española de derecho del trabajo nº 57. 1993.

DE ALZOLA Y MINONDO, PABLO y BONET CORREA, ANTONIO.

- “*Historia de las Obras públicas en España*”. Ediciones Turner. Madrid. 1979.

DE LA CRUZ FERRER, JUAN y LLORENTE CABALLERO, ALFONSO.

- “*La competencia en los puertos y el transporte marítimo*”. Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreos, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia”. (Coord. Germán Fernández Farreres). Civitas. 2004.

DE VRIES, JAN.

- “*European urbanization: 1500-1800*”. London: Methuen & Co. 1984.

DEL BUSTO, JOSÉ ANTONIO.

- “*Tupac Yupanqui. Descubridor de Oceanía*”. Fondo Editorial del Congreso de la República. Lima. 2006.

DEL MORAL RUIZ, JOAQUÍN.

- “*Estado y territorio en España, 1820-1930: la formación del paisaje nacional*”. (Coords. Juan Pro Ruiz y Fernando Suárez Bilbao). Los libros de la Catarata. 2007.

DÍAZ FRAILE, SANTIAGO NICOLÁS.

- “*Régimen jurídico del servicio público de estiba y desestiba*”. Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red, nº 7. 2000.

DICCIONARIO ETIMOLÓGICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

- Correcciones de Eduardo de Echegaray, tomo (...). Editado por José M^a Faquinetto. Madrid.1887.

DUGUIT, LEÓN.

- “*Las transformaciones del Derecho Público*”. Pamplona. Anacleto Editorial D.L. Edición de 2006.

EGUINO DE SAN ROMÁN, ROMÁN.

- “*La gestión de los puertos de interés general*”. Atelier.2012.

EMSLY, CLIVE.

- “*Crime History and Histories of crime. Studies in the Historiography of crime and criminal Justice in Modern History*”. L. A. Knafla. 1996.

ESCOLANO BENITO, AGUSTÍN.

- “*Elogio y revisión de Carlos III*”. Historia de la educación: Revista Interuniversitaria, nº 7. 1988.

ESTEPA MORENO, MANUEL.

- *“Regulación del transporte marítimo: las autopistas del mar”*. Derecho de la Regulación Económica. Volumen VI. Transportes. Colección dirigida por Santiago Muñoz Machado y en concreto el Volumen VI. por Alberto Ruiz Ojeda. Iustel. 2011.

ESTEVE PARDO, JOSÉ.

- *“La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis”*. Marcial Pons. 2013.
- *“La extensión del Derecho Público una reacción necesaria”*. Revista de Administración Pública, nº 189, septiembre-diciembre. 2012.

FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN.

- *“Los transportes por carretera y competencia”*. Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreos, marítimo y terrestre y la aplicación del Derecho de la competencia”. (Coord. Germán Fernández Farreres). Civitas. 2004.
- *“El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”*. Justicia administrativa. Revista de Derecho Administrativo, nº 18. 2003.
- Reseña al libro *“Servicio Público y Mercado”* de Santiago Muñoz Machado. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 53, mayo-agosto 1998.

FERNÁNDEZ SANZ, AMABLE.

- *“La ilustración española. Entre el reformismo y la utopía”*. Anales del Seminario de Historia de la Filosofía, 10. Editorial Complutense. Madrid. 1993.

FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN.

- “*Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*”. Revista de Administración Pública, nº 150, septiembre-diciembre 1999.
- “*Las obras públicas*”. Revista de Administración Pública. nº 100-102, enero-diciembre de 1983.

FERRAJOLI, LUIGI.

- “*La sovranità nel mondo moderno. Nasita e crisi dello Statu nazionale*”. Anabasi. Milan. 1995.

FLORES DÍAZ, MANUEL.

- “*El mar, fuente de Derecho en la España Medieval. Expansión comercial y desarrollo legal. Siglos XI-XIII*”. Colección Temas Históricos. Castellum. 2000.

FRIEDMAN, MILTON y FRIEDMAN, ROSE.

- “*La corriente se revierte*”. Estudios Públicos, nº 1. 1980.

GALINDO MARTÍN, MIGUEL ÁNGEL.

- “*Paul Krugman: Un Keynesiano partidario del mercado*”. (Ejemplar dedicado a: Regulacion monetaria y crisis financiera en EEUU. Krugman: Un Nobel Keynesiano). Boletín económico de ICE. Información Comercial Española, nº 2954. 2008.

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO.

- “*La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*”. Civitas. 2009.

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN.

- “*Curso de Derecho Administrativo. I*”. Civitas. Madrid. Edición de 2002.

GARCÍA PELAYO, MANUEL.

- “*Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la constitución*”. Estudios Constitución Española 1978. Librería Pórtico Zaragoza. 1979.

GARCÍA PEREZ, MARTA.

- “*La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial a la concesión demanial*”. Monográficas Jurídicas Marcial Pons. Madrid. 1994.

GARRIDO FALLA, FERNANDO.

- “*¿Crisis de la noción de servicio público?*”. Estudios de Derecho Público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer. (Coord. Luís Cosculluela Montarner). 2003.
- “*Las autoridades portuarias: una nueva fórmula de organización administrativa*”. Comentarios a la nueva Ley de Puertos. Consorcio Zona Franca de Vigo. Vigo 1993.
- “*Tratado de Derecho Administrativo*”, vol. I. Parte General. Tecnos. 12^a Edición. 1987.

GIMENO FELIU, JOSÉ M^a.

- “*Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas.*” Revista de Administración Pública, nº 135, septiembre-diciembre. 1994.

GOMBRICH, ERNST H.

- “*La historia del Arte*”. Phaidon. Decimosexta Edición en español 2010.

GÓMEZ ZORRAQUINO, JOSÉ IGNACIO.

- “*El fracaso de las compañías y fábricas privilegiadas en Aragón*”. Studia histórica. Historia Moderna, nº 17 1997.

GONDRA ROMERO, JOSÉ MARÍA.

- *“Régimen Jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo”*. Editorial Tecnos. Madrid 1970.

GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO.

- *“Tratado de Derecho Administrativo”*, tomo II. El Derecho Administrativo Europeo. 2ª Edición. Civitas. 2012.
- *“Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transporte. Privatización, liberalización, regulación pública y Derecho de la Competencia”*. Comares. Granada. 2001.

GONZALO RODRÍGUEZ, ISIDORO.

- *“Concesiones y Autorizaciones Portuarias”*. Revista de Administración Pública, nº 16. 1965.

GUTIÉRREZ SOLSONA, FERNANDO.

- *“Medidas antidumping. Instrumento del Neoproteccionismo”*. Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Complutense de Madrid, nº 34. 1994.

HAURIOU, MAURICE.

- *“Précis élémentaire de Droit Administratif”*. Paris. Sirey. 1930.

HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN.

- *“Contrato de transporte marítimo de mercancías”*. Valencia. 1984.

HERRERO DE MIÑÓN, MIGUEL.

- *“La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración”*. Revista Española de Derecho Constitucional, nº 57, septiembre-diciembre 1999.

HOBBSAWM, ERIC.

- “*Los sindicatos nacionales en las zonas portuarias*”. (1964) Trabajadores. Estudios de historia de la clase obrera. Critica. Barcelona. 1979.

HORGUÉ BAENA, CONCEPCIÓN.

- “*Régimen de prestación de los servicios portuarios en los puertos de interés general. En especial, de los servicios portuarios básicos*”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 134. 2007.

IBARZ GELABERT, JORDI.

- “*Oficios y cualificaciones en el trabajo portuario. El caos de Barcelona en la primera mitad del siglo XX*”. Historia Social, nº 45. 2003.
- “*Cultura del trabajo de los estibadores. Obreros, capataces y patronos en el Puerto de Barcelona en los años 30*”. Publicado en la obra colectiva “El trabajo a través de la historia” S.Castillo (Coord.). Madrid, UGT-Centro de Estudios Históricos, asociación de Historia Social. 1996.
- “*Disciplina, rendimiento, resistencia y acomodación. Los estibadores portuarios de Barcelona en la II República y el primer Franquismo (1930-1947)*”. Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 3. Editorial Complutense. Madrid. 1993.

JOHNSON, MALCOLM.

- “*On the Waterfront*”. Chamberlain Brothers. 2005.

JORDANA DE POZAS, LUIS.

- “*Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*”. Revista de Estudios Políticos, nº 48.1949.

JOVELLANOS, GASPAR MELCHOR.

- “*Obras*”, tomo 50. BAE. Madrid. 1910.

LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS.

- *“La renuncia de la administración pública al Derecho Administrativo”*. Revista Administración Pública, nº 136, enero-abril.1995.

LOBEJÓN HERRERO, LUIS FERNANDO.

- *“Pasado, presente y futuro de la cláusula social: el papel de la organización mundial del comercio”*. Información Comercial España: Revista de Economía, nº 843. 2008.

LÓPEZ BASAGUREN, ALBERTO.

- *“Las infraestructuras de red en la UE: las redes transeuropeas de transportes y de energía”*. (Ejemplar dedicado a Infraestructuras tecnológicas. Soporte de la economía del siglo XXI). Revista Vasca de Economía, nº 63. 2006.

LÓPEZ CANDELA, JAVIER EUGENIO.

- *“Sobre la necesidad de un concepto de servicio público”*. Consejo General del Poder Judicial. 2004.

LÓPEZ GUERRA, LUIS.

- *“Introducción al Derecho Constitucional”*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994.

LÓPEZ, MARÍA TERESA y UTRILLA DE LA HOZ, ALFONSO.

- *“El sector público en la Europa de los 15”*. Editorial Civitas. 1995.

MALARET GARCÍA, ELISENDA y TIMÓN HERRERO, MARTA.

- *“El servicio de telecomunicaciones y otros servicios obligatorios”*. Disponible en: www.iustel.com.

MANKELOW, ROY.

- “*The port of London. Port Report*”. Comparative International History of Dock Labour. Conference at the International Institute of Social History. Amsterdam. 13-15, November. 1997.

MARÍN DÍAZ, NICOLÁS.

- “*Sobre el uso incorrecto del término Laissez faire, laissez passair en la Antigüedad*”. Memorias de Historia Antigua, nº 4 1980.

MARTÍN REBOLLO, LUIS.

- “*De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica*”. Revista Administración Pública, nº 100-102, enero-diciembre 1983.

MARTÍNEZ-ALCUBILLA, MARCELO.

- Voz “*Puertos*” en Diccionario de la Legislación española, tomo IX, 5ª. Ed. Madrid. 1894.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO.

- “*El Derecho Administrativo ante la crisis*”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 157, enero-marzo 2012.
- “*La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de «Daseinsvorsorge»*”. Revista Administración Pública, nº 38, mayo-agosto.1962.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN.

- “*Las empresas públicas: Reflexiones del momento presente*”. Revista Administración Pública, nº 126, septiembre-diciembre 1991.
- “*De las Administraciones autónomas de las aguas públicas*”. Universidad de Sevilla. Instituto García. Oviedo.1960.

MATILLA QUIZÁ, M^a JESÚS.

- *“Las Compañías privilegiadas en la España del Antiguo Régimen”*, (Coord. Miguel Artola “La economía española al final del Antiguo Régimen”), vol. IV. Alianza Editorial. Madrid. 1982.

MENÉNDEZ DE LA CRUZ, CRISTINA.

- *“Contrato de colaboración público-privada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”*. Contratación administrativa práctica: revista de contratación administrativa y de los contratistas, nº 66. 2007.

MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL.

- *“Los servicios portuarios”*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. (Coord. Juan Luis Iglesias Prada), vol. III. “Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la Navegación”. Editorial Civitas. 1996.

MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO.

- *“Formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”*. Tratado de Derecho Municipal (Coord. Santiago Muñoz Machado), vol. 2. Iustel. 2011.
- *“La extinción de la concesión de servicio público”*. La Ley. 1992.

MIKHAIL IVANOVITCH ROSTOVTZEFF .

- *“The Social and economic history of the Roman Empire”*. Oxford (1971).

MILLER, RAYMOND CHARLES.

- *“The Dockworker Subculture and some problems in Cross-Cultural and Cross-Time Generalizations”*. Comparative Studies in Society and History, vol. 11, nº 3. 1969.

MIQUEL RODRÍGUEZ, JORGE.

- *“Estibadores portuarios y Derecho de la Competencia”*. Anuario de Derecho Marítimo, nº 27. 2010.

MIR PUIG, ORIOL.

- “*Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*”. Civitas. Madrid.2004.

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS.

- “*El Derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo*”. Revista de Relaciones Laborales, nº 2. 2000.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO y SANTAMARIA PASTOR, JUAN A.

- “*M. HAURIOU Obra escogida*”. Instituto de Estudios Administrativos. 1975.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO.

- “*Servicios públicos y competencia*”. Disponible en: www.iustel.com.
- “*Hacia un nuevo Derecho Administrativo*”. Actas del VI Congreso de la AEPDA. INAP. Madrid. 2011.
- “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV*”. Iustel. 1ª Edición 2011.
- “*Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*”. Madrid. Iustel. 2011.
- Voz. “*Servicio público y competencia*”. Diccionario de Derecho Administrativo. Iustel. 2005.
- “*De la II Republica al Siglo XXI, las transformaciones del Derecho en setenta años*”. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22, nº 66, septiembre-diciembre. 2002.
- “*Servicio Público y Mercado. I Fundamentos*”. Editorial Civitas. 1998.
- “*Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración*”. Revista de Administración Pública, nº 84. 1977.

NAVAJAS REBOLLAR, MIGUEL.

- “*El régimen jurídico–administrativo de los puertos*”. Monográficas Jurídicas Marcial Pons. Madrid 2000.

NAVARRO FERNÁNDEZ, PABLO FRANCISCO.

- “*La nueva regulación de las tasas portuarias contenida en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general*”. Varios autores. La nueva legislación portuaria (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General). Consorcio Zona Franca de Vigo. Atelier. 2004.

NEBREDÁ PÉREZ, JOAQUÍN MARÍA.

- “*Títulos habilitantes en el sector de las telecomunicaciones*”. La Ley. 2000.

NELSON, BRUCE.

- “*Ethnicity, Race and the Logia of Solidarity: Dock Workers in International Perspective*”, en la obra *Dock Workers: International Explorations in Comparative Labour History, 1790-1970*. vol.II. Sam Davies. Aldershot. 2000.

NIETO, ALEJANDRO.

- “*El desgobierno de lo público*”. Ariel. 2008.
- “*La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*”. Revista Administración Pública, nº 76. 1975.

ODRIOZOLA LANDERAS, ALAZNE.

- “*A propósito de la Ley 48/2003, de Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general: su incidencia en el sector de la estiba y desestiba*”. Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos, nº 267. 2005.

ORDUÑA DÍEZ, LUIS.

- *“Las ideas de Keynes para un orden económico mundial”*. Revista de Economía Mundial, nº 16. 2007.

ORTEGA DE LA TORRE, EDUARDO.

- *“En torno a los orígenes del movimiento obrero en Valencia: La huelga de los estibadores del Grao en noviembre de 1842 y sus antecedentes”*. Estudis D’Història Contemporània del País Valencià. Facultat de Geografia i Història. Universitat de Valencia, nº 8. 1990.

OTTESON, JAMES R.

- *“Adam Smith y la Libertad”*. Estudios públicos, nº 104. 2006.

PALAO TABOADA, FERNANDO y otros.

- *“Comentarios a la nueva Ley de Puertos”*. Consorcio de la zona franca de Vigo. Vigo. 1993.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO.

- *“El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» y los servicios públicos”*. Revista de Administración Pública, nº 153, septiembre-diciembre. 2000.
- *“Dominio público portuario y ordenación territorial: Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas”*. Revista de Derecho Urbanístico, nº 135. 1993.

PARELLADA, JUAN RAMÓN.

- *“Libro del Consulado del Mar. Traducción Castellana”*. Ministerio de Asuntos Exteriores. Dirección General de Relaciones Culturales. 1955.

PEJOVES MACEDO, JOSÉ ANTONIO.

- *“Derecho Marítimo. 25 Ensayos. Transporte Marítimo, Multimodal y Puertos”*. Cultural Cuzco Lima – Perú. 2007.

PESET, MARIANO y otros autores.

- *“Historia del Derecho”*. Artes Gráficas Soler. 1994.

PILLING, GEOFFREY .

- *“The crisis of Keynesian economics: a marxist view”*. London. Croom Helm. 1987.

POSADA, ADOLFO.

- Voz *“Servicio Público”* en Enciclopedia Jurídica Española, tomo XXVIII. Francisco Seix. Publicación autorizada por R.D. de 4 de junio de 1910.

RAZQUIN LIZARRAGA, JOSÉ ANTONIO.

- *“Derecho Público del transporte por carretera”*. Aranzadi. 1995.

REVISTA DE ECONOMÍA POLÍTICA.

- *“Obra de Jovellanos”*, nº 29 Septiembre/Diciembre 1961.

RODRÍGUEZ RAMOS, PATROCINIO TERESA.

- *“La relación laboral especial de los estibadores portuarios”*. Editorial Trotta. Madrid. 1997.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MIGUEL CARLOS.

- *“Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores”*. Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 1.2002.
- *“Derecho del Trabajo y disciplina de Mercado”*. Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 2. 2001.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ADOLFO.

- *“Principios de Derecho Administrativo General”*, tomo I. 2ª Edición. Iustel. Madrid.2004.

SANZ BLAS, SILVIA.

- “*Situación actual del turismo de crucero en la ciudad de Valencia*”. Papers de Turisme. Disponible en: www.papersdeturisme.gva.es, nº 56- julio-diciembre de 2014.

SCHMITT, CARL.

- “*La defensa de la Constitución*”. Editorial Tecnos. Madrid. Edición de 1983.

SMITH, ADAM.

- “*La riqueza de las naciones*”. Título original en inglés: “*An Inquiry into the nature and Causes of the Wealth of Nations*” publicada en 1776. Edición consultada Biblioteca Cinco Días. Los clásicos de la economía. 1996

SENDIN GARCÍA, MIGUEL ÁNGEL.

- “*Regulación y servicios públicos*”. Comares. Granada 2003.

SOSA WAGNER, FRANCISCO.

- “*El servicio público y el papel de la nueva administración*”. Cuadernos de derecho judicial nº 8. Ejemplar dedicado a: Administración institucional. (Coord. Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid). 2004.
- “*La gestión de los servicios públicos locales*”. Thomson Civitas. 6ª Edición. 2004.

SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ Mª.

- “*La regulación de las telecomunicaciones y la Administración Local*”. Revista de estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 303, enero-abril. 2007.
- “*El proceso de liberalización y la regulación de las telecomunicaciones en España*”. Revista científica iberoamericana de comunicación y educación, nº 13. 1999.

- *“La actividad de la Administración y el servicio público”*. Editorial Comares. Granada. 1998.

TOCQUEVILLE, ALEXIS.

- *“El Antiguo Régimen y la Revolución”*. Ediciones Istmo. Madrid. Edición de 2004.

TREVES, RENATO.

- (Traducción de Ramón Pulido Granata y Francisco Giacobello). *“La doctrina del Estado de Hermann Heller”*. Disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: www.juridicas.unam.mx.

TRIAS PRATS, BARTOMEU.

- *“El nuevo régimen de duración de las concesiones portuarias en los puertos de interés general”*. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 167. 2014.
- *“El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales”*. Iustel. 2011.

VAN VOSS, LEX HEERMA y VAN DER LINDEN, MARCEL.

- *“Estibadores: configuraciones 1790-1970”*. Historia Social, nº 45. 2003.

VAQUER CABALLERÍA, MARCOS.

- *“El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”*. Revista de Administración Pública, nº 186, septiembre-diciembre. Madrid. 2011.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, JUAN JOSÉ.

- *“La inserción sistemática de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y financiero de los puertos de interés general, en el ordenamiento administrativo español”*. La nueva legislación portuaria (Comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General). Consorcio Zona Franca de Vigo. Atelier. 2004.

VERNE, JULIO.

- *“Un capitán de quince años”*. Editorial Bruguera S.A. Edición de 1986.

VILLAR EXCURRA, JOSÉ LUIS.

- *“Servicio Público y técnicas de conexión”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980.

VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS.

- *“La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”*. Revista de Administración Pública, nº 3. 1950.

ZAMORA MANZANO, JOSÉ LUIS.

- *“La estiba de mercancías y su constatación documental en el transporte marítimo romano”*. Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes. (Coord. Alfonso Murillo Villar), vol. II. 2000.

WEB CONSULTADAS:

www.cincodias.com

www.ine.es

www.cncompetencia.es

www.iustel.com

www.comercio.mityc.es

www.juridicas.unam.mx

curia.europa.eu

www.naucher.com

ec.europa.eu

www.observatoriopuertos.es

ec.europa.eu/eurostat

www.papersdeturisme.gva.es

www.economiadigital.es

www.pulitzer.org

www.elconfidencial.com

www.poderjudicial.es

www.elpais.es

www.puertos.es

en.wikipedia.org/wiki/Malcom_McLean

www.rae.es

www.europa.eu

www.seguridadaerea.es

www.eur-lex.europa.eu

www.tribunalconstitucional.es

www.europarl.europa.eu

www.ua.es

www.expansion.com

www.worldbank.org

www.ilo.org