

**EL RÉGIMEN JURIDICO DE LA ESTIBA EN ESPAÑA: UNA
VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE COMPETENCIA**

***THE REGULATION OF STOWAGE IN SPAIN: A COMPETITION
LAW PERSPECTIVE***

MARIA PILAR CANEDO ARRILLAGA

Profesora de la Universidad de Deusto

<https://orcid.org/0000-0001-5320-7089>

Cómo citar este trabajo: Canedo Arrillaga, M.P., (2022). El régimen jurídico de la estiba en España: una visión desde la perspectiva de competencia. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (1), pp. 436-467. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6506>

RESUMEN

El artículo plantea las cuestiones esenciales del régimen jurídico de los estibadores en España en relación con el derecho de la competencia y analiza las reacciones que se han planteado por la autoridad de competencia desde una perspectiva de defensa y de promoción de la competencia. El servicio de carga y descarga de mercancías resulta esencial en el tráfico marítimo y su realización en términos de eficiencia puede contribuir sensiblemente a incrementar la competitividad del transporte marítimo y en consecuencia generar claras ventajas para el interés general.

PALABRAS CLAVE: estiba, competencia, promoción, defensa, mercado interior.

ABSTRACT

The article raises the essential questions of the Spanish regulation of stowage from a competition law perspective and analyzes the reactions of the competition authority. The stowage service is essential in maritime traffic and its enforcement in terms of efficiency can contribute significantly to increasing the competitiveness of maritime transport and generate clear advantages for the general interest.

KEYWORDS: stowage, competition, advocacy, enforcement, internal market.

SUMARIO

I. Introducción

II. Marco conceptual

- 1. Caracterización de los puertos de interés general*
- 2. Libertad de establecimiento, libre prestación de servicios*
- 3. La Libre competencia y sus beneficios para la sociedad*
 - A. La defensa de la competencia*
 - B. La promoción de la competencia*

III. La normativa de competencia y los puertos

- 1. Los servicios de manipulación de mercancías y su régimen jurídico reciente*
- 2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

IV. Reacciones ocurridas en el ordenamiento español a la sentencia del TJUE

- 1. El procedimiento de infracción contra España*
- 2. Real Decreto- Ley 8/2017, de 12 de mayo*
- 3. Modificación del IV Acuerdo Marco, la incoación de procedimiento sancionador por la CNMC y el RDL 9/2019*
- 4. Plan de ayudas extraordinarias para la adaptación del sector de la Estiba*
- 5. Elementos esenciales del expediente sancionador de la CNMC*
 - A. Aplicación del Derecho de la Competencia a los convenios y la negociación colectiva*
 - B. El concepto de empresa en derecho de la competencia y el papel de los sindicatos*
 - C. Conclusiones obtenidas en el caso*
 - D. La imposible existencia de amparo legal de la conducta*
- 6. La Sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional*
- 7. Negociación del V Acuerdo Marco*
- 8. Derogación implícita del RDL 9/2021*

V. Conclusiones

VI. Bibliografía

I. Introducción

Está comúnmente aceptado que el 90% de las mercancías que son objeto de comercio internacional en nuestro tiempo emplean la vía marítima como medio de transporte. Parece innegable que esta es la forma óptima para trasladar grandes cantidades de mercancías a largas distancias de forma barata, flexible y eficaz con un sistema poco contaminante y razonablemente seguro¹. Por ello la eficiencia de este sistema de transporte resulta de la máxima relevancia para las economías mundiales y el bienestar de sus ciudadanos.

En la Unión Europea, el pasado 24 de agosto se publicó el Dictamen Comité Económico y Social referente a la hoja de ruta hacia un espacio único europeo del transporte². Tal como señala la evaluación del CESE, la hoja de ruta establecida en el Libro Blanco de 2011, que abogaba por una política de transportes “competitiva y sostenible” “sin sacrificar su eficiencia y comprometer la movilidad” ha recibido una evolución limitada.

El objetivo esencial del Libro Blanco era establecer las líneas de trabajo necesarias para conseguir un sistema de transporte dentro de la UE que sirviera para sustentar el progreso económico europeo y mejorase la competitividad de la economía europea por medio del establecimiento de un sistema de movilidad de alta calidad que empleara los recursos existentes de manera eficiente³.

En el mencionado documento (precedido por el Libro verde de transporte de la Unión Europea) se reconoce el transporte por barco como indispensable para conseguir los objetivos de fortaleza económica y comercial de la UE.

Esta relevancia hace fundamental garantizar que los servicios de los que depende el transporte marítimo se realicen en términos de competencia, de manera que se garantice su eficiencia y puedan por tanto contribuir mejor al incremento de la competitividad de las economías en que se enmarcan.

Tales objetivos pueden conseguirse por medio del establecimiento de normativas y prácticas que fomenten no solo la competencia dentro de cada uno de los puertos, sino igualmente (y de forma dependiente del criterio anterior) la competencia entre los puertos que ofrecen servicios a los distintos operadores que tienen protagonismo en el comercio internacional.

¹ ORDÁS JIMÉNEZ, S., BAZÁN GARCÍA, I., SANTALICES FERNÁNDEZ, R. La protección de los sectores marítimo y portuario: amenazas y respuestas consideradas por la Organización Marítima Internacional. Barcelona: Univesitat Politècnica de Catalunya, 2012, p.17.

² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión — Evaluación del Libro Blanco — «Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible», [SWD(2020) 410 final], (2021/C 341/14).

³ COMISIÓN EUROPEA, Bruselas, 28.3.2011, COM(2011) 144 final, LIBRO BLANCO Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible, SEC(2011) 359 final, SEC(2011) 358 final, SEC(2011) 391 final.

Por ello, conseguir una operativa eficiente de los puertos, especialmente los de interés general, resulta una prioridad para incrementar los estándares de protección de los intereses de los ciudadanos y el bienestar general de la sociedad⁴.

Uno de los elementos que mejoran la competitividad de los puertos es la eficiencia en los servicios que en ellos se prestan. Sin embargo, razones históricas han tenido como consecuencia la existencia de numerosas normativas que limitan la competencia y la eficiencia en la prestación de los servicios portuarios.

Uno de los más importantes de esos servicios en que la normativa ha sido objeto de fuertes controversias y tensiones en nuestro ordenamiento y el de los estados de nuestro entorno es el de carga y descarga de mercancías, el conocido como servicio de estiba.

El objetivo de este artículo es analizar los hitos jurídicos más recientes que han afectado a este servicio y las implicaciones que los mismos han tenido en la operativa de nuestros puertos para concluir con algunas consideraciones que servirían a mejorar su competitividad y superar un régimen jurídico que tuvo sus justificaciones históricas pero en este momento genera una situación de privilegio de unos trabajadores respecto de otros y no contribuye a la competitividad de los puertos ni al bienestar general de la sociedad.

II. Marco conceptual

1. Caracterización de los puertos de interés general

Los puertos de interés general constituyen en el ordenamiento español superficies comerciales de dominio público sobre las que el Estado ostenta una competencia exclusiva (art. 149 CE). Su gestión está atribuida a las autoridades portuarias, sea directamente o sea a través de concesiones.

Dentro de los puertos se prestan una serie de servicios que se categorizan como generales, portuarios, comerciales o de señalización⁵. Los servicios portuarios son clasificados a su vez por la Ley de la siguiente manera⁶:

- a) Servicios técnico-náuticos: Practicaje, remolque portuario y amarre y desamarre.
- b) Servicio de pasaje: embarque y desembarque de pasajeros, carga descarga de equipajes y vehículos en régimen de pasaje.
- c) Servicio de recepción de desechos generados por los buques.
- d) Servicio de manipulación de mercancías: carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y trasbordo de mercancías.

⁴ CHECA DÍAZ, E. “Capítulo III. Servicio de interés general y reforma del servicio portuario de estiba y desestiba”. En FERNÁNDEZ ALLES, J.J. *Las transformaciones del servicio público y de la soberanía. Tres retos constitucionales en la frontera sur europea*. Madrid: Dykinson, 2019, pp. 121-164.

⁵ Artículo 104 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM).

⁶ Artículo 108 TRLPEMM.

Tales servicios se prestan por la iniciativa privada, aunque dada su naturaleza requieren de la obtención de la licencia que es otorgada por la autoridad portuaria, previa aprobación de un pliego de prescripciones particulares (art. 109.2).

La prestación de estos servicios debe realizarse bajo el principio de libre competencia, por lo que las licencias no generan ordinariamente un derecho de exclusividad. El plazo máximo de la licencia para la prestación de estos servicios es diferente en función del servicio de que se trate considerando las diversas exigencias de recuperación de las inversiones realizadas y protección de la competencia.

2. Libertad de establecimiento, libre prestación de servicios

La libertad de establecimiento, regulada en el art. 49 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, implica la generación de un sistema jurídico y económico en que resulte posible el libre acceso y ejercicio de las actividades económicas por cuenta propia de operadores nacionales o residentes en un Estado miembro en otro. También se refiere a las exigencias coincidentes para los nacionales de todos los Estados miembros en así la constitución y gestión de empresas o sociedades. Esta libertad se reconoce tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

La libre prestación de servicios (art. 56 y siguientes del TFUE) genera las mismas implicaciones respecto de actividades puntuales u ocasionales.

La existencia de estas libertades exige a los Estados miembros eliminar las disposiciones nacionales que las limiten y no crear normas nuevas que las comprometan.

El Tribunal de Justicia ha establecido un concepto autónomo de restricción que incluye toda medida que obstaculice o haga menos atractivo el ejercicio de las citadas libertades. Las limitaciones que el ordenamiento permite al ejercicio de estas libertades resultan definidas por la Ley y son de interpretación restrictiva. Se limitan a cuestiones que impliquen intrínsecamente ejercicio del poder público, (art. 51 TFUE) u orden público, seguridad y salud públicas (art. 52.1 TFUE) vinculadas al concepto de razón imperiosa de interés general, perfilado también por el TJUE. Entre esas razones, como reiteradamente ha establecido la jurisprudencia, no cabe alegar ninguna vinculada con fines económicos o protección de determinados modelos de negocio.

Salvo en los contados supuestos mencionados, las actividades económicas deben permitirse a en pie de igualdad a los ciudadanos y entidades de la UE, respetando las exigencias de los principios de buena regulación, esencialmente:

- **Necesidad:** Las restricciones deben perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado y justificarse por razones imperiosas de interés general que debe ser explicitado por el legislador o la administración que establecen la limitación y existir un nexo causal también explicitado entre la protección de la razón imperiosa de interés general invocada y la limitación establecida.

- **Proporcionalidad:** De entre las medidas posibles a elegir por el poder público, debe optarse por la menos restrictiva de la competencia sin que una mera referencia a que

la medida no resulta manifiestamente inadecuada resulte suficiente para justificar esta cuestión.

- **No discriminatoria:** Las restricciones adoptadas deben ser aplicadas por igual a todos los operadores que ofrecen sus productos o servicios en el mercado sin que sea posible que se consideren diferencias por modelos de negocio u origen.

3. La Libre competencia y sus beneficios para la sociedad

La libre competencia constituye un principio básico de la economía de mercado en que se asienta nuestra sociedad y está recogido en el art. 38 CE que reconoce la libertad de empresa como principio esencial de su funcionamiento.

El funcionamiento de un mercado en condiciones de competencia supone que no existen más restricciones a la entrada que las estrictamente necesarias (fundamentadas en razones de necesidad, proporcionalidad y no discriminación) y que, una vez de entrar en el mercado, los operadores tienen el derecho y la obligación de establecer de manera autónoma el modo en que ofrecen los productos o servicios en el mercado sin que les esté permitido abusar de su posición de dominio en los casos en que tienen poder de mercado. Esta situación en que los operadores ejercen presión competitiva entre ellos genera un incentivo a la mejora en la calidad, bajada de los precios, innovación, eficiencia, avances tecnológicos y, en consecuencia, crecimiento económico y mejoras en el bienestar. El Prólogo de la Ley de Defensa de la Competencia afirma con claridad que, gracias a una competencia efectiva entre empresas, los consumidores pueden adquirir una gama más amplia de productos y servicios de mayor calidad a precios más competitivos, favoreciendo el bienestar general de la sociedad⁷.

Una situación de libre competencia en el mercado exige varias condiciones fundamentales⁸.

- **Libre acceso al mercado** que supone la ausencia de restricciones indebidas de tipo legal o económico.

- **Independencia en las decisiones comerciales** de forma que cada operador pueda decidir su política comercial de manera libre lo genera un elemento de innovación y diferenciación de productos que permite elegir a los usuarios e incentiva la mejora en calidad y precio.

- **Un nivel adecuado de transparencia:** La transparencia en un nivel suficiente permite a los operadores realizar sus ofertas en términos de igualdad y no discriminación, lo que hace posible la competencia basada en los méritos sin que existan situaciones de ventaja de unos operadores respecto de otros basadas en privilegios que a menudo

⁷ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado, 4 de julio de 2007, nº 159, p. 28848 a 28872 y su reglamento de desarrollo contenido en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado, 27 de febrero de 2008, nº 50, p. 11575 a 11604.

⁸ CALVO CARAVACA, A. L. *Derecho antitrust europeo. Tomo I. Parte general, La competencia*. Madrid: Constitución y Leyes, S.A., 2009, p. 39.

encuentran justificaciones históricas. El elemento de transparencia tiene sin embargo una contrapartida negativa, ya que en los mercados en que el nivel de transparencia resulta excesivo cabe la posibilidad de que se produzcan conductas oportunistas de alineación de conductas por parte de los operadores para maximizar su beneficio en contra del interés general.

- **Existencia de sustituibilidad de productos y servicios:** En los supuestos en que se produce una suficiente fungibilidad o sustituibilidad de productos o servicios a seleccionar por los usuarios se genera un aumento de su soberanía y una consecuente disminución del poder de las empresas de imponer sus condiciones, lo que incrementa el incentivo a la mejora derivado de la tensión competitiva.

- **Movilidad de los factores de producción:** Consiste en la posibilidad de cambiar de sector de actividad económica o de lugar geográfico, permitiendo a la empresa adaptarse a circunstancias cambiantes del mercado o aparición de nuevos operadores económicos.

Para conseguir estos objetivos, la normativa de competencia tiene dos herramientas fundamentales, la defensa y la promoción de la competencia.

Desde la perspectiva de competencia se analizan ordinariamente conductas de operadores económicos que se prohíben y sancionan y desde la perspectiva de promoción se analizan conductas de los poderes públicos con vistas a realizar recomendaciones o colaboraciones que eviten o minimicen las limitaciones a la competencia proveniente de su actividad.

A. La defensa de la competencia

Desde la perspectiva de defensa de la competencia, tanto la legislación nacional como la europea prohíben y sancionan determinadas conductas que se llevan a cabo por operadores económicos (aunque en ocasiones pueden ser facilitadas por administraciones).

Entre ellas están las conductas multilaterales, prohibidas por el art. 101 TFUE y el art. 1 LDC. Tales conductas colusorias, nulas de pleno derecho, prohíben “los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que pueda afectar al comercio entre los EM y que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia” en todo o parte del mercado nacional o interior.

El art. 1.3 LDC y 101.3 del TFUE establecen una exención a la prohibición en los casos en que se cumplen todas y cada una de las exigencias cumulativas recogidas en ambas normas. Se trata de prácticas “que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico”, siempre y cuando “permitan a los consumidores participar equitativamente de sus ventajas”, además “no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la concesión de los objetivos” y “no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos y servicios”.

Por otra parte, las normas nacionales y europeas prohíben las conductas de abuso de posición dominante (arts. 102 TFUE y 2 LDC). Se trata de prácticas unilaterales en las que un operador que ostenta un considerable poder de mercado y que implican un abuso, especialmente, exclusionario o explotativo.

En el ordenamiento jurídico español se tipifica un tercer tipo de conductas que se refieren al falseamiento de la competencia por actos desleales siempre y cuando estos afecten al interés público.

En el ordenamiento jurídico español se establece una exención a la normativa de competencia que no tiene equivalente en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y que es conocida como la exención legal. Tal exención está recogida en el artículo 4 de la LDC que manifiesta:

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

Del mencionado artículo se desprenden varias consecuencias que serán relevantes a nuestro estudio.

La primera que tan solo las conductas “que resulten de la aplicación de una Ley” estarían eximidas de la aplicación de la normativa española de competencia.

La segunda, que tal exención no obsta a la aplicación de la normativa de competencia de la UE, que prevalece respecto de cualquier normativa nacional que no puede ser contraria al derecho europeo.

B. La promoción de la competencia

Desde mediados del S. XX la política de competencia comienza a aplicarse considerando no solo la actuación de los operadores privados sino las decisiones de los poderes públicos.

Estos generan en numerosas ocasiones limitaciones en la competencia en el mercado, sea porque mantienen normas jurídicas existentes, a pesar de éstas generar problemas de competencia en forma de barreras de entrada en el mercado o de discriminaciones entre modelos de negocio o sea porque crean regulación *ex novo* que contiene tales barreras o discriminaciones no amparadas en la protección adecuada de razones imperiosas de interés general.

También resultan muy habituales los pliegos de contratación que se diseñan generando barreras de acceso estableciendo requisitos de solvencia o ejecución desproporcionados o no relacionados con los contratos (en algunas ocasiones para favorecer a determinados operadores incumbentes o conocidos).

Ante tales restricciones las autoridades de competencia han desarrollado unas herramientas que van de las actuaciones de difusión o formación, a las colaboraciones entre las administraciones y las autoridades de competencia para mejorar la regulación.

La más relevante de las reacciones de promoción de la competencia existente en el ordenamiento jurídico español es la capacidad de impugnación por las autoridades de competencia de los actos administrativos o normas jurídicas con rango inferior a la Ley.

Tal capacidad, recogida en el artículo 5.4 de la LCNMC, permite que sean las autoridades judiciales las que realicen un juicio de adaptación de las medidas públicas adoptadas a los principios de buena regulación (convertidos en norma jurídicamente vinculante en nuestro ordenamiento por el artículo 29 de la LPA)⁹.

Esta legitimación activa de las autoridades de competencia españolas resulta novedosa si se compara nuestro ordenamiento con los de nuestro entorno.

La capacidad de las autoridades de competencia de cuestionar ante los tribunales decisiones de los poderes públicos resulta muy eficiente porque, antes de la realización de una impugnación, la autoridad tiene la posibilidad de remitir a la administración correspondiente un requerimiento previo en el que se indican las restricciones de la competencia que se han identificado y se le ofrece la posibilidad de justificar la relación de las medidas propuestas o adoptadas con razones imperiosas de interés general y la proporcionalidad de las mismas o de modificar sus decisiones y en consecuencia no seguir adelante con las restricciones planteadas.

Por ello este cauce puede servir para generar una mejora en la regulación con el consiguiente impacto positivo para el bienestar general.

III. La normativa de competencia y los puertos

Tal como hemos indicado, el derecho de la competencia tiene una finalidad tradicional de proteger el funcionamiento de los mercados por medio del establecimiento de medidas que garanticen la tensión competitiva en los mercados y generen situaciones de igualdad entre operadores. El objetivo es conseguir una situación de ventaja para el interés general en forma de incremento de operadores que ofrezcan bienes y servicios en condiciones exigidas de calidad de forma que se amplíen las posibilidades de elección de los usuarios de productos y servicios, se incremente la calidad, se incentive la innovación y, en última instancia, se produzca una bajada en los precios.

⁹ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 134, de 5 de junio de 2013; modificada por Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, BOE-A-2013-7705; Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, BOE-A-2014-7064, Ley 18/2014, de 15 de octubre, BOE-A-2014-10517; y Ley 38/2015, de 29 de septiembre, BOE-A-2015-10440. Texto consolidado <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5940> y Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015. BOE-A-2015-10565.

Para conseguir estos objetivos, el ordenamiento jurídico establece unos límites en la actuación de los operadores económicos que les impiden maximizar su beneficio en contra del interés general.

Tales objetivos inspiran también las iniciativas que ha impulsado la Comisión Europea para generar un acceso más eficiente a los servicios portuarios de forma que se genere la máxima competitividad de los puertos europeos.

1. Los servicios de manipulación de mercancías y su régimen jurídico reciente

España forma parte del Convenio nº 137, de la Organización Internacional del Trabajo desde 1975¹⁰. Esta norma establece la necesidad de garantizar a los trabajadores unos periodos de empleo o ingresos mínimos (art. 2.2) y la posibilidad de que estos disfruten de los máximos beneficios sociales debido a los nuevos métodos de manipulación de mercancías, para lo que se debe fomentar la colaboración entre empleadores y organizaciones de trabajadores (art. 5).

La estiba ha gozado desde el Real Decreto 2/1986 de un régimen especial que establecía una reserva de actividad, que implicaba contratación prioritaria y exclusiva de trabajadores vinculados a las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP).

En el ámbito nacional, la normativa que ha regido el sector de la estiba está recogida en la TRLPMM en su versión del RDLeg 2/2011, ya derogada.

Su objeto fue la regulación de la prestación de servicios en los puertos de interés general exigiendo que las SAGEP fueran partícipes de la relación laboral de los estibadores. Esta norma establecía el régimen laboral de los estibadores (común o especial) de acuerdo con el art. 2.1.h) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, “ET”)¹¹. También establecía los requisitos de capacitación exigibles a los trabajadores.

Los servicios de manipulación de mercancías tienen en nuestro ordenamiento una definición legal que se basa en su contenido y el lugar donde se ejercen (art. 130 del TRLPMM).

Se entiende que este servicio abarca las operaciones de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques o entre estos y tierra u otros medios de transporte. Tales tareas deben ser efectuadas 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.

¹⁰ Convenio nº 137 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de mercancías, firmado en Ginebra el 25 de junio de 1973, *Boletín Oficial del Estado*, 22 de marzo de 1977, nº 69, p. 6488 a 6489.

¹¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de octubre de 2015, nº 255, p. 100224 a 100308.

La Ley establece que tales tareas deben ser realizadas por trabajadores portuarios (estibadores) que ha gozado tradicionalmente de una relación laboral especial, dado que, para realizar esta tarea tenían que intervenir, tal como se configuró en España el sistema jurídico tres tipos de agentes: Las empresas estibadoras, los trabajadores y las asociaciones de éstos¹².

Las **empresas estibadoras** son las que prestan de manera efectiva el servicio público de manipulación de mercancías a los barcos y por ello deben ser titulares de una licencia.

Los **estibadores** son los trabajadores portuarios que prestan los servicios de manipulación de mercancías.

Este servicio se presta de manera irregular (aunque perfectamente previsible) y requiere de una cualificación que tradicionalmente se ha ofrecido en exclusiva por las asociaciones de los propios trabajadores que han cerrado la posibilidad a terceros de realizarla y, en consecuencia, han mantenido la posibilidad exclusiva de acceder a este mercado laboral. Además, en lugar de recurrir a un sistema semejante al de otras empresas de trabajo temporal que proveen de trabajadores adecuadamente cualificados a los demandantes, ara superar algunos problemas históricos, tradicionalmente se ha recurrido a bolsas o censos de estibadores, cuya gestión se ha encomendado a diversas entidades a lo largo de la historia. En el momento en que la legislación española fue impugnada ante las instituciones europeas, los estibadores tenían vinculación con dos empleadores: las SAGEP, en régimen laboral especial y las empresas estibadoras, en régimen laboral común.

Las **SAGEP** eran sociedades mercantiles privadas con un triple objeto social declarado consistente en la contratación de los estibadores, su formación y su posterior cesión a empresas estibadoras.

El artículo 142 del RDLeg 2/2011 contemplaba la constitución de estas sociedades de manera opcional -tras la conversión de las previas Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba (SEED) y las Agrupaciones Portuarios de Interés Económico (APIE)-. Sin embargo, las SAGEP fueron constituidas en los puertos de interés general.

De acuerdo con la normativa vigente correspondía a la SAGEP, *ex art.* 151.6 RDLeg 2/2011, en calidad de empleador, el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores por ella contratados. Igualmente, se le atribuían competencias en materia de formación de trabajadores, *ex art.* 152 RDLeg 2/2011.

Las empresas estibadoras debían garantizar la protección de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral en el trabajo, así como el recargo de las prestaciones de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional durante el periodo de cesión debido a una falta de seguridad (art. 151.6 y 151.7). También les

¹² ODRIOZOLA LANDERAS, A. *La especialidad en la relación laboral de los estibadores portuarios*. Zarautz: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2002.

correspondía legalmente el ejercicio de las facultades de dirección y control de la actividad laboral (art. 151.8).

Las empresas estibadoras que desearan prestar el servicio de manipulación de mercancías en los puertos de interés general estaban obligadas, *ex art. 143. 1 RDLeg 2/2011*, a **participar en el capital de la SAGEP** del puerto correspondiente, salvo que contasen con licencia de autoprestación. Incluso en ese caso, las empresas debían contratar, en régimen laboral común, con trabajadores de las SAGEP en la cantidad correspondiente a las jornadas trabajadas en el último año prestando el servicio de manipulación de mercancías.

Además, las empresas estibadoras estaban obligadas, *ex art. 150*, a **contratar de manera prioritaria** a los trabajadores de las SAGEP, a través de ofertas nominativas o innominadas. Esta exigencia implicaba que tan solo podían contratar libremente a otros trabajadores, con la cualificación exigida por ley, en defecto de personal portuario adecuado, insuficiente, o en caso de rechazo de las ofertas. Además, el número de trabajadores que debían contratar en régimen común debía cubrir, en todo caso, al menos el 25% de la actividad de la empresa en cómputo interanual, en el ámbito de este servicio, y sin perjuicio de lo dispuesto en la correspondiente licencia o en los Pliegos de Prescripciones Particulares.

El incumplimiento de esta obligación se contemplaba como causa de extinción de las licencias de prestación del servicio de manipulación de mercancías.

Los trabajadores portuarios tenían, como hemos indicado, una relación laboral doble, ya que su vínculo jurídico se realizaba tanto con la SAGEP como con la empresa estibadora (art. 149.1).

El ET reconocía en su art. 2.1.h) una **relación laboral especial** a los estibadores portuarios que prestasen sus servicios por medio de las SAGEP a las empresas estibadoras, cuando tales entidades desarrollasen su actividad en el ámbito portuario de manera exclusiva. La especialidad de esta relación pudo tener razones históricas muy alejadas en el tiempo.

En cualquier caso, el art. 151 RDLeg 2/2011, disponía que la relación jurídica entre los estibadores y la SAGEP tan solo podía tener generarse por tiempo indefinido y que la asignación de los trabajadores a las diferentes empresas se realizaría por medio de un sistema de rotación.

Tal relación jurídica se extinguía, además de por las causas del art. 49 del ET, por voluntad de la SAGEP cuando el trabajador rechazase varias ofertas de empresas estibadoras adecuadas a su categoría profesional (art. 151.3). Para ello, era necesario que la oferta garantizase al menos los mismos ingresos y condiciones que la SAGEP y que el rechazo se hiciese en un plazo inferior a dos años desde el rechazo anterior (art. 151.3).

La relación jurídica de régimen laboral común con las empresas estibadoras se regía por lo dispuesto en el art. 150 RDLeg 2/2011 y las disposiciones del ET.

Este régimen jurídico implicaba que los trabajadores eran contratados en primer lugar por las SAGEP con el objetivo fundamental de realizar la cesión a las empresas estibadoras. Incluso si no se realizaba cesión de un trabajador concreto, su relación laboral se mantenía vigente a pesar de no existir prestación laboral. Esta situación se daba exclusivamente en los supuestos en que el trabajador no tenía la formación suficiente para ser objeto de cesión y con el objeto de completarla.

La **cesión** del trabajador a la empresa estibadora podía realizarse en diversas modalidades ya que podía ser una cesión temporal a tiempo completo (de manera que la SAGEP conservaba su condición de empleador y el trabajador prestaba los servicios en régimen laboral especial) o una cesión por tiempo indefinido y a tiempo completo. En ese caso, el trabajador tenía una relación laboral común con la empresa estibadora y la relación especial con la SAGEP quedaba suspendida (art. 150.2). Incluso en ese caso, el trabajador tenía la posibilidad de reanudarla al término de tal prestación, salvo que la extinción de la relación común hubiese sido por dimisión del trabajador, despido disciplinario procedente o por mutuo acuerdo (art. 150.2).

Las relaciones laborales de los estibadores se regían, además de por las normas vigentes en cada momento por las normas convencionales propias; es decir, junto con las normas jurídicas ordinarias, la relación se regía por los **convenios colectivos** aprobados por los agentes de la relación jurídica en cuestión.

Desde julio de 2013 la norma convencional vigente para este sector fue el IV. Acuerdo Marco suscrito por la patronal ANESCO y los sindicatos CETM, UGT, CC. OO y CIG¹³.

Este Convenio colectivo era aplicable a las relaciones laborales, comunes o especiales, entre las empresas y trabajadores que prestasen servicios de manipulación de mercancías en los puertos comerciales españoles. Podían existir convenios de puerto aunque éstos debían respetar en todo caso, lo dispuesto en el convenio sectorial estatal.

2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El sistema jurídico descrito fue objeto de una denuncia ante las instituciones europeas por considerar que atentaba contra las libertades de la UE en la medida en que limitaba las posibilidades de los operadores protagonistas en el tráfico marítimo de decidir de manera autónoma las condiciones en que prestan su servicio comercial estableciendo barreras de entrada en el mercado injustificadas¹⁴.

Es decir, resultaba contrario a los principios que hemos descrito previamente sin que existiese una razón imperiosa de interés general afectada por las limitaciones.

¹³ 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. *Boletín Oficial del Estado*, de 30 de enero de 2014, n.º. 26, p. 6257 a 6295.

¹⁴ ALVAREZ DE LA ROSA, M. “El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. 2015, N.º4, pp. 91-93.

La Comisión Europea presentó por ello un recurso contra el Reino de España por considerar que el régimen aplicable a los servicios de manipulación de mercancías constituía una **restricción a la libertad de establecimiento** (párrs. 26 y 28).

La **Comisión** alegó que las restricciones del régimen portuario español no eran adecuadas ni necesarias para garantizar la calidad del servicio y la protección de los trabajadores, ya que tales objetivos podían alcanzarse con otras medidas menos restrictivas y conformes al art. 49 TFUE como las adoptadas por otros EM (párrs. 42, 44).

El caso fue resuelto por medio de la STJUE de 11 de diciembre de 2014, en el asunto C-576/13.

La sentencia afirmó de manera taxativa que el régimen aplicable a los servicios de manipulación de mercancías constituía una **restricción a la libertad de establecimiento** (párrs. 26 y 28) al imponer a las empresas que quisiesen desarrollar su actividad en puertos españoles la obligación de inscribirse en la SAGEP del puerto correspondiente, participar en su capital, contratar prioritariamente a los trabajadores de la SAGEP y, además, contratar de manera permanente a un número mínimo de ellos.

Estas obligaciones exigían a las empresas estibadoras modificar sus plantillas y estructuras de empleo, así como sus políticas de contratación. Estas exigencias afectaban a la política comercial de las empresas al suponer unos costes tan elevados que podían obstaculizar su entrada hasta el punto de considerarse una barrera de entrada en el mercado y un obstáculo al ejercicio de la libertad de establecimiento en los puertos españoles de interés general (párrs. 29 y 30). El régimen de contratación, además, podía incluso forzar a las empresas a contratar más de los empleados que realmente necesitaban (párr. 30).

El TJUE consideró que las obligaciones que establecía el régimen portuario español constituían una restricción a la libertad de establecimiento del art. 49TFUE, pudiendo llegar a impedir el establecimiento de estos últimos en los puertos españoles (párrs. 37,38) incluso aunque se impusieran de manera idéntica a operadores españoles y los de otros EM.

También estableció que las restricciones a la libertad de establecimiento permitidas por el Tratado son tan solo aquéllas que persiguen un objetivo legítimo compatible con el Tratado, justificadas por razones de imperioso interés general, idóneas y proporcionales para garantizar tal objetivo (párrs. 47 y 48).

Consideró que, a pesar de que los objetivos perseguidos por la legislación española constituían razones de interés general, las medidas no eran indispensables para garantizar su consecución, sino que cabrían otras medidas menos restrictivas e igualmente válidas a tal efecto (párrs. 50,51,53, 55).

Finalmente, concluyó que la restricción a la libertad de establecimiento impuesta por la normativa española, objeto del recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión, no estaba justificada, por ir más allá de lo estrictamente necesario para la consecución de

los objetivos perseguidos, considerando fundado dicho recurso (párrs. 56, 57). Por tanto, la Sala Sexta del TJUE resolvió a favor de la Comisión y condenó en costas a España (párr. 58)¹⁵.

IV. Reacciones ocurridas en el ordenamiento español a la sentencia del TJUE

1. El procedimiento de infracción contra España

La Sentencia del TJUE exigía que se modificara el régimen español de la estiba y, dado que tales modificaciones no se realizaban, la Comisión comenzó un procedimiento de incumplimiento contra España, con arreglo al art. 260 TFUE. En el mismo la Comisión solicitaba que se declarase el incumplimiento por España de las obligaciones que le incumben al no haber adoptado las medidas oportunas antes del 20 de septiembre de 2015 (párrs. 18, 19).

También solicitaba que se condenara a España a pagar una multa coercitiva por cada día de retraso en la ejecución.

El TJUE declaró que España había incumplido sus obligaciones en virtud del art. 260.1 TFUE, por no adoptar las medidas para ejecutar la sentencia en el plazo previsto y le condenó a pagar una cantidad a tanto alzado de 3 millones de euros y las costas.

2. Real Decreto- Ley 8/2017, de 12 de mayo

En el año 2017 se aprobó el RDL 4/2017 que trataba de adaptar el régimen laboral español de los estibadores a las exigencias de la STJUE.

La modificación fue prevista por vía de RDL por lo que debía ser convalidado por el Congreso en un plazo de 30 días. En virtud del art. 86.2 CE, fue derogado por el Acuerdo del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 2017.

El mismo año se aprobó el RDL 8/2017, que fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 18 de mayo.

La norma suprimía la relación laboral especial del art. 2.1.h) ET (disp. Derogatoria única); establecía un sistema basado en la libertad de contratación de los estibadores, previo cumplimiento de los requisitos de capacitación profesional (art. 2), y planteaba la creación de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) para la contratación y posterior cesión temporal de trabajadores a las empresas, sin que estas estuviesen obligadas a participar en los mismos (art. 4)¹⁶.

También estableció un plazo de un año para que los convenios colectivos basados en la normativa anterior fueran adaptados a la nueva regulación.

¹⁵ FERNANDEZ AVILÉS, J.A. “La estiba sigue en conflicto: Liberalización de mercados vs. Garantías sociales”. *Estudios Financieros, Revista de trabajo y de Seguridad Social*. 2017, nº 409, pp. 5-14.

¹⁶ CABEZA PEREIRO, J. “Capítulo 7. Algunos interrogantes sobre los Centros Portuarios de Empleo”. En CARBALLO PIÑEIRO, L. *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*. Barcelona: J.M. Bosch Editor. 2017, pp. 201-224.

Igualmente establecía un plazo de 3 años desde su entrada en vigor para que las SAGEP existentes se disolvieran o transformaran en CPEs o ETTs de manera acorde a la normativa de competencia.

3. Modificación del IV Acuerdo Marco, la incoación de procedimiento sancionador por la CNMC y el RDL 9/2019

El RDL 8/2017 exigía la modificación del convenio colectivo de los trabajadores de la Estiba que regulaba sus relaciones laborales con sus empleadores.

Por ello, el 1 de junio de 2017, patronal y sindicatos constituyeron la Comisión Negociadora del V Acuerdo Marco Estatal para la regulación de las relaciones laborales del sector de la estiba portuaria que sustituiría al vigente IV Acuerdo¹⁷.

En la reunión de 29 de junio de 2017 de la citada Comisión Negociadora se adoptó, el acuerdo de Proceder a una modificación puntual del IV Acuerdo para incorporar la obligación de subrogación de los trabajadores en el caso de que una empresa hiciese uso de la facultad prevista por la Disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 8/2017 y decidiera separarse de la SAGEP en los seis primeros meses del periodo transitorio fijado¹⁸.

La modificación consistió en la adición de una Disposición adicional séptima con la siguiente redacción¹⁹:

“Sexto. Acuerdo de modificación del IV-ASE, mediante la adición de una nueva disposición adicional.[...] «Disposición adicional séptima.

*Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se **subrogarán** el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, **en proporción a su participación accionarial** en la correspondiente sociedad. En consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables.*

*En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores **tendrán derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP.***

¹⁷ Acta de Constitución de la Comisión Negociadora del V Acuerdo Marco Estatal de la reunión de 1 de junio de 2017, aportada por ANESCO en contestación a requerimiento de información realizado por la DC (folios 137 a 139).

¹⁸ Acta de la Comisión Negociadora del V Acuerdo Marco Estatal reunida el 29 de junio de 2017, aportada por ANESCO en contestación a requerimiento de información realizado (folios 261 a 265).

¹⁹ El documento se publicó como convenio colectivo estatutario de los previstos en el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores.

Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición adicional.

La presente Disposición adicional tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017”.

Posteriormente, se llevaron a cabo otras dos modificaciones puntuales del Acuerdo. Una de ellas atribuía a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal una **nueva función** respecto de la subrogación del personal estibador, consistente en: “5) **Las de interpretación de las condiciones de subrogación estipuladas en el presente convenio colectivo** y resolución de discrepancias y, en su caso, mediación, surgidos en los procesos de subrogación y **determinación de excedentes estructurales**, así como conocer, con carácter previo a la vía jurisdiccional, de las discrepancias, controversias y reclamaciones que puedan suscitarse, individual y colectivamente, como consecuencia de la aplicación de los procesos regulados en la Disposición Adicional séptima”²⁰.

La otra modificación afecta a la disposición adicional séptima del IV Acuerdo, y añade un apartado segundo en relación con las **condiciones de asignación de los trabajadores subrogados** por la empresa que decida separarse de la SAGEP con el fin de que la posición competitiva de dichas empresas no se vea perjudicada tras su separación²¹.

“El sistema de asignación de los trabajadores de la SAGEP a los que se ofrecerá, de acuerdo con la modificación de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo, la incorporación voluntaria a la empresa estibadora que se separe de aquella en virtud de lo previsto en la disposición transitoria primera del Real-Decreto-ley 8/2017, se deberá regir por los siguientes principios:

(i) El ejercicio del derecho de separación de cualquier socio de las SAGEP se debe producir dentro de la más estricta neutralidad en relación con la situación anterior a la separación y evitando, en particular, que la posición competitiva de las empresas que ejerzan dicho derecho se vea perjudicada tras su separación.

(ii) El número de trabajadores a subrogar se determinará mediante la estricta aplicación de la regla de proporcionalidad en función del porcentaje de participación de la empresa estibadora en el capital social de la SAGEP.

(iii) Una vez determinado el número total de trabajadores objeto de subrogación, se concretará su distribución por categorías y especialidades en función de las empleadas por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación, con objeto de que la combinación de trabajadores que se le asignen tras la separación resulte adecuada a las necesidades operativas de la empresa conforme al dato objetivo acreditado durante el indicado periodo.

²⁰ Publicado mediante Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo parcial de modificación del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (63 de 13 de marzo de 2018, pág. 29740).

²¹ Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo parcial de modificación del IV Acuerdo (BOE 63 de 13 de marzo de 2018), que fue aprobado por la Comisión negociadora del IV Acuerdo con el mismo apoyo que el acuerdo de modificación aprobado en fecha 20 de diciembre de 2017.

La información sobre la distribución por categorías y especialidades de trabajadores empleada por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación se considerará estrictamente confidencial para el resto de empresas y solo será conocida por los gestores de la SAGEP, que asumirán un compromiso de reserva sobre la información facilitada.

*(iv) Para garantizar la neutralidad de la medida para las empresas que se separen y, en su caso, las que permanezcan, y las condiciones de trabajo individual y colectivas indicadas en el apartado 1 anterior, la empresa que haya decidido su separación, la SAGEP y la Representación Legal de los Trabajadores deberán tener en consideración el **nivel de ocupación del personal objeto de subrogación y, a tal efecto, podrán acordar la subrogación de los trabajadores a tiempo parcial entre las mismas, en proporción al nivel de ocupación entre las empresas** en el periodo de doce meses indicado en el apartado anterior.*

*(v) Una vez determinados el número de trabajadores por categorías y, en su caso, especialidades, la SAGEP hará pública la oferta de subrogación de la empresa saliente. La aceptación de la oferta será voluntaria para los trabajadores y, en el caso de que el número de voluntarios sea superior al de puestos a cubrir por cada categoría y especialidad, **tendrá preferencia, alternativamente, el de mayor y menor antigüedad en la SAGEP.***

*(vi) Lo dispuesto en los apartados (ii) a (v) anteriores se aplicará siempre y cuando la empresa que haya decidido su separación, la correspondiente SAGEP y la Representación de los Trabajadores no acuerden otros criterios diferentes o complementarios, que habrán de ser, necesariamente, respetuosos con lo establecido en el apartado (i) anterior. La decisión así adoptada **deberá someterse al informe previo de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, conforme a lo establecido en el apartado 1 anterior.***

El detallado contenido de este convenio colectivo fue considerado potencialmente contrario a la competencia y a las modificaciones normativas exigidas por la Unión Europea en la medida en que mantenía diversas cuestiones que impedían una libertad real de los operadores de fijar sus condiciones comerciales.

Por esta razón se incoó un expediente sancionador por la CNMC contra la asociación de empresas estibadoras y los sindicatos al considerar que se trataba de un acuerdo contrario a la competencia por exceder en su contenido de las cuestiones esenciales a un convenio colectivo y limitar la libertad de las empresas de fijar de manera independiente su política comercial²².

Las mencionadas disposiciones implicaban una uniformización de los sistemas de contratación y subrogación de los trabajadores, favoreciendo a los que habían formado parte de las SAGEP, permitiendo participar en la toma de decisión a una entidad en que participaban todos los competidores e impidiendo por tanto la competencia en un elemento de gran relevancia para las empresas estibadoras.

El expediente fue instruido por la Dirección de Competencia de la CNMC y elevado al Consejo proponiendo que declarara la existencia de una infracción de competencia consistente en una restricción de la libertad de contratación de trabajadores para la

²² El 3 de noviembre de 2017 se incoa el expediente sancionador S/DC/0619/17, Acuerdo marco de la estiba. *La CNMC incoa expediente sancionador contra patronal y sindicatos por posibles prácticas restrictivas de la competencia en el sector de la estiba*. Madrid: 2017. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2017/20171106_NP_incoación_Estiba_2_.pdf

prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y de la libertad de las empresas titulares de la licencia para la prestación de dicho servicio de participar o no en sociedades cuyo objeto social sea la puesta a disposición de los citados trabajadores.

Antes de finalizar la tramitación del expediente sancionador de la CNMC, el Gobierno aprobó el RDL 9/2019, de 29 de marzo²³.

La norma modifica la Ley 14/1994, por la que se regulan EETs, “para su adaptación a la actividad de estiba” (art. 2).

Los principales cambios introducidos por esta regulación se centran en una regulación específica para los CPEs contenida en el capítulo V de la propia norma y su reglamento de desarrollo (art. 2).

También se reconocía a las empresas estibadoras el ejercicio de las facultades de organización y dirección de los trabajadores, en los términos previstos en el art. 20 ET, aunque la contratación fuera realizada por medio de un CPE o una ETT (art. 3).

Finalmente, la norma establecía la **posibilidad** de que los agentes sociales establecieran, mediante acuerdo y durante el periodo transitorio del RDL 8/2017, un mecanismo de subrogación del personal de las SAGEP, para las empresas deseen separarse de estas, convertirse en CPE o disolverse (art 4).

La norma confirió un plazo de 9 meses para que se adaptaran a su contenido los convenios colectivos²⁴.

4. Plan de ayudas extraordinarias para la adaptación del sector de la Estiba

Por medio del RD 257/2019, de 12 de abril se estableció un sistema de ayudas extraordinarias al sector²⁵.

En esta norma se abordaron esencialmente dos cuestiones, la modificación de la duración de las horas de prácticas no laborales requeridas para la obtención del certificado de profesionalidad (art.1.1) y la fijación de unas bases reguladoras para la concesión directa de ayudas especiales a los trabajadores portuarios afectados por la STJUE.

Se trataba de favorecer, por medio del establecimiento de ayudas económicas directas, las salidas voluntarias de los trabajadores de mayor edad para tratar de conseguir una reestructuración pacífica del sector.

²³ Real Decreto- Ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de marzo de 2019, nº 77, p.32836 a 32849.

²⁴ CABEZA PEREIRO, J. “Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. 2015, nº3. 2015, p. 36-51.

²⁵ Real Decreto 257/2019, de 12 de abril, por el que se establecen las normas para la concesión de ayudas especiales para la adaptación del sector de la estiba portuaria. *Boletín Oficial del Estado*, 13 de abril de 2019, nº 89, p.38636 a 38650.

Para conseguirlo, se concedió a los trabajadores que rescindieran voluntariamente su contrato laboral con una empresa estibadora, la SAGEP o el CPE, un subsidio mensual, del 70% del promedio de las percepciones salariales en los doce meses anteriores a la presentación de la solicitud, hasta que el trabajador cumpla con la edad ordinaria de jubilación (art. 2.2).

Además, se les reconoció la posibilidad de mantener la cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar durante ese tiempo, manteniendo una base de cotización equivalente al promedio de los doce meses anteriores (art. 2.3).

5. Elementos esenciales del expediente sancionador de la CNMC

Como hemos indicado previamente, la CNMC había abierto un expediente sancionador a los agentes firmantes del IV Acuerdo Marco por considerar que sus normas podían contener un acuerdo contrario a los artículos 1 LDC y 101 TFUE por diversas cuestiones, incluyendo la subrogación de trabajadores en un modo determinado durante la extinción de las SAGEP.

Tal como hemos visto, el RDL 9/2019 establecía la posibilidad de que los agentes sociales pactaran un mecanismo de subrogación del personal de las SAGEP, para las empresas que deseen separarse de estas, convertirse en CPE o disolverse.

Recordamos también que el artículo 4 de la LDC establece que, “sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia”, no cabe la posibilidad de aplicar las prohibiciones de la Ley española de competencia (es decir, las infracciones) “a las conductas que resulten de la aplicación de una ley”.

Debía aclararse, por tanto, si el sistema de subrogación contenido en el IV Acuerdo Marco de la Estiba generaba un problema de competencia, si se consideraba amparado por la mencionada disposición y era acorde con el derecho europeo de la competencia.

Este extremo fue planteado por el Consejo de la CNMC al TJUE por medio de una cuestión prejudicial en que se plantearon varias preguntas²⁶:

La primera cuestión consistía en dilucidar si el art. 101 TFUE permite o no acuerdos, aunque sea denominados convenio colectivo, que impongan la subrogación de trabajadores vinculados con las SAGEP a las empresas que se separan de ellas.

La segunda consistía en si determinar si el RDL 9/2019 contraviene el art. 101 TFUE, por amparar los convenios colectivos que imponen una forma de subrogación de trabajadores que, además de exceder las cuestiones laborales, genera una armonización de condiciones comerciales.

La tercera cuestionaba si, en el caso de que tales disposiciones fueran contrarias al DUE, la jurisprudencia del TJUE debía llevar a considerar la existencia de una primacía del

²⁶ CNMC. *Acuerdo por el que se eleva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y se suspende el procedimiento sancionador*. Madrid: 2019 https://www.cnmc.es/sites/default/files/2541615_42.pdf.

DUE que obligaría a la CNMC inaplicar las disposiciones del Derecho interno que sean contrarias al art. 101 TFUE.

La cuarta cuestión planteaba en qué medida la CNMC podría imponer multas sancionadoras y coercitivas a las entidades que lleven a cabo tales comportamientos, en el caso de que sean contrarios a Derecho.

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 16 de septiembre de 2020 declaró inadmisibile la cuestión, tras un cambio de tendencia en una jurisprudencia que se había asentado en decisiones anteriores. En ella se habían aceptado cuestiones prejudiciales del Tribunal de Defensa de la competencia español e incluso de órganos administrativos como organismos de recursos contractuales²⁷. Sin embargo, en este supuesto el TJUE consideró que el carácter administrativo del procedimiento sancionador llevado a cabo por la autoridad española impedía a este organismo presentar una cuestión prejudicial.

Por ello la CNMC continuó con la tramitación del expediente abordando cuestiones relevantes que se analizan a continuación.

A pesar de esta decisión, las alegaciones presentadas por la Comisión Europea en el curso de la cuestión prejudicial planteada, mencionadas en la resolución sancionadora, fueron de extraordinaria utilidad para resolver el asunto.

A. Aplicación del Derecho de la Competencia a los convenios y la negociación colectiva

Como hemos indicado previamente, el Derecho de la competencia se aplica ordinariamente a las relaciones comerciales entre operadores para evitar conductas que tienen aptitud de generar efectos negativos en el mercado y en la sociedad. Son las ventajas que se derivan de la existencia de competencia en un mercado (mejor calidad, innovación, mayor eficiencia o mejores precios) las que justifican las limitaciones en la autonomía de la voluntad que supone la aplicación de la normativa de Defensa de la Competencia nacional y europea.

También hemos recordado en la parte introductoria de este artículo que los principios de libre competencia no son absolutos y deben ponderarse por el legislador (europeo y nacional) con otros bienes jurídicos dignos de protección. Por ello debe recordarse que las normas de competencia ceden cuando existen valores que lo requieren.

Tal ponderación, sin embargo, no puede ser realizada por los particulares, sino que, en nuestro ordenamiento, los parámetros que la permiten se contienen en el Derecho de la Unión Europea (en forma de razones imperiosas de interés general) y en el ordenamiento jurídico interno (en forma de normas con rango de Ley).

²⁷ Véase la SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena) de 16 de septiembre de 2020 Asunto C-462/19, o los precedentes Sentencia de 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros (C-67/91, EU:C:1992:330), en la que el Tribunal de Justicia admitió implícitamente la admisibilidad de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, TJUE. Su Sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/16, Montte, S.L., y Musikene, ECLI:EU:C:2018:752, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

La negociación colectiva ha sido tradicionalmente considerada uno de los ámbitos que quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de competencia ya que su objetivo es proteger los derechos de los trabajadores como un valor superior al funcionamiento adecuado del mercado.

El objetivo de la negociación colectiva está perfilado por la regulación y la jurisprudencia y, aunque es un concepto que se va adaptando a los tiempos, tiene un contenido determinado. No cabe por tanto incluir dentro de un convenio colectivo cuestiones que limiten la libertad de los empleadores de determinar de manera independiente su política comercial, ya que, en ese caso, nos encontraríamos con una conducta que puede ser contraria a la competencia.

La resolución de la CNC de 24 de septiembre de 2009 en el expediente empresas estibadoras, recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual, las partes negociadoras de un convenio colectivo **no tienen libertad absoluta a la hora de fijar el ámbito de aplicación del convenio**, sino que están sujetas a límites y a los requisitos legales²⁸.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de marzo de 2016, por la que se confirma la mencionada resolución de la CNC, señala:

*“Por ello, estimamos que el pronunciamiento de la Sala de instancia, relativo a reconocer los efectos potencialmente lesivos del Derecho de la Competencia del IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector de la Estiba Portuaria, firmado entre ANESCO, CETM, CIG y LAB es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la competencia de la Comisión Nacional de la Competencia para considerarle responsable de la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 1 del Tratado CE, expuesta en la sentencia de 3 de marzo de 2011 (C-431/09), que - a sensu contrario- somete a la plena aplicabilidad del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea aquellos acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores **que incorporan cláusulas que no pretenden, por su objeto o naturaleza, mejorar las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores afectados, y cuyo diseño final** -como acontece en el presente supuesto según razona acertadamente el Tribunal sentenciador, **es tratar de perjudicar los intereses de las empresas no estibadoras al restringirles la posibilidad de desarrollar sus actividades de prestación de servicios portuarios complementarios, así como los derechos de los trabajadores pertenecientes a empresas no estibadoras**”.*

Esta doctrina se corresponde con la derivada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así se ha expuesto en la resolución de esta Sala, de 26 de julio de 2018, dictada en el expediente S/DC/0596/16 Estibadores Vigo:

*“Como se afirmó en la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de septiembre de 2009, y reiteró el órgano instructor, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, asunto C- 67/96.- Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Arnhem - Países Bajos (en adelante Sentencia Albany) niega la exclusión per se de los convenios colectivos de la **aplicación de las normas de competencia, imponiendo a las autoridades de competencia un***

²⁸ STC 136/1987, dictada en el recurso de amparo 267/1986, promovido por «Bimbo, Sociedad Anónima», contra la sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 3 de febrero de 1986, dictada en el recurso núm. 40/1985.

examen previo de la naturaleza y objeto del acuerdo antes de concluir si es o no de aplicación el artículo 101.1 del TCE.

La Sentencia Viking, relativa a las restricciones a la libertad de establecimiento derivadas de la aplicación de un convenio colectivo considera que, si bien la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un derecho fundamental que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, dichas medidas deben ser las adecuadas para obtener el objetivo legítimo y no deben ir más allá de lo necesario para conseguirlo²⁹. El Tribunal no respalda una exención incondicionada per se, de lo que se deduce que no es suficiente que el acuerdo sea negociado entre interlocutores sociales para quedar excluido del ámbito de aplicación de las normas del Tratado, sino que es necesario que cumpla unos requisitos mínimos³⁰.

Por tanto, cuando el acuerdo o convenio va más allá de esos ámbitos (tales como las cuestiones relacionadas con los salarios, las vacaciones, la jornada laboral, la organización del trabajo), las autoridades de competencia, de acuerdo con la doctrina de la Sentencia Albany, deberán analizar la naturaleza y objeto del mismo antes de decidir si cae bajo las normas de competencia o está excluido de las mismas. En ese análisis habrán de prestar especial atención no sólo a las materias que trate el convenio, sino también, a si establece obligaciones a terceros o afecta a otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva.”

La Sentencia Albany, del Tribunal de Justicia, determinó que debe analizarse la naturaleza y objeto de las cláusulas contenidas en el Convenio para determinar si las mismas entran o no en el ámbito de aplicación de la normativa europea de competencia³¹. Para ello deben traerse a colación las conclusiones del Abogado General Whal en el asunto FNV Kunsten:

“Cuestiones como el salario, la jornada laboral, el derecho a vacaciones, las pensiones, los seguros médicos o la asistencia sanitaria son el núcleo de la negociación colectiva. Si se privase a los trabajadores de la posibilidad de negociar estas cuestiones libremente, se frustraría la esencia de su derecho de negociación colectiva.

Por el contrario, no existe ningún motivo válido para conceder esa amplia protección legal (es decir, inmunidad total frente al Derecho de la competencia), cuando los trabajadores asalariados negocian con empresarios cuestiones que únicamente afectan a sus condiciones de empleo o de trabajo de forma indirecta. Los trabajadores (y empresarios) conservan el interés en la negociación colectiva aun cuando lo acordado en cuestiones que no producen un efecto inmediato y significativo en sus condiciones laborales o de trabajo esté potencialmente sujeto a revisión con arreglo a la normativa sobre competencia.

²⁹ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de diciembre de 2007, cuestión prejudicial en el Asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v. Viking Line (2007) ECLI:EU:C:2007:772.

³⁰ Véase igualmente el asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet (2007) ECLI:EU: C: 2007:809. La citada jurisprudencia ha ido evolucionando en un grupo de asuntos entre los que destacan el C-346/06, Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen (2008) ECLI:EU:C:2008:189; el C-319/06, Commission v. Luxembourg (2008) ECLI:EU:C:2008:350, y el C-115/14 RegioPost GmbH & Co. KG v Stadt Landau in der Pfalz ('RegioPost') ECLI:EU:C:2015:760 que hacen referencia fundamentalmente a cuestiones salariales sin que se alteren las consideraciones recogidas.

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, asunto C- 67/96.- Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Arnhem - Países Bajos.

También resulta relevante la Sentencia Holship del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)³². En ella el Tribunal manifiesta que para que unas cláusulas estén exentas de la aplicación de las normas de la competencia resulta necesario que persigan el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo y empleo en el sentido de cuestiones centrales de la negociación colectiva tales como “salarios, horarios de trabajo y otras condiciones de trabajo, incluyendo también, entre otros, la seguridad, el ambiente de trabajo, las vacaciones, la formación, los procedimientos de información y consulta o la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa”. El Tribunal afirma que deben analizarse las cláusulas concretas de manera individual.

La aplicación de esta jurisprudencia al supuesto analizado llevó a considerar que la fijación de unas determinadas condiciones en que se fija la subrogación (con intervención de competidores y selección de unos trabajadores frente a otros) excedían del contenido intrínseco a la negociación, ya que no se considera que tienen como objetivo “mejorar directamente las condiciones de trabajo de los estibadores”, sino que discriminan a unos frente a otros y a unas empresas frente a otras según el modelo de negocio por el que han optado³³.

B. El concepto de empresa en derecho de la competencia y el papel de los sindicatos

Otra de las cuestiones que fueron objeto de análisis en el caso descrito es la naturaleza de los sindicatos y el papel que éstos jugaron en la realización de los acuerdos. Es decir, se trata de analizar posible aplicación de la normativa de defensa de la competencia a los sindicatos.

La aplicación del derecho de la competencia se realiza a cualquier entidad que afecte al mercado con independencia de su estatuto jurídico o de su modo de financiación. Por ello no cabe descartar que en determinados supuestos y bajo ciertas condiciones, los sindicatos pueden tener responsabilidad por su participación como colaboradores necesarios en la introducción de restricciones a la competencia en los mercados.

La CNC ya se pronunció sobre los sindicatos como operadores económicos a los efectos de las normas de competencia en la mencionada Resolución de 24 de septiembre de 2009 en los términos utilizados por el TDC en la que se decía lo siguiente³⁴:

“A este respecto el Tribunal considera que no puede negarse a los sindicatos la condición de operadores económicos por principio. En cada caso deberá analizarse si han actuado en defensa de los intereses que les son propios o al margen de aquéllos, en cuyo caso, podrían incurrir en las prohibiciones establecidas en las normas reguladoras de la libre competencia” (subrayado añadido).

³² Judgment in Case E-14/15 – Holship Norge AS v Norsk Transportarbeiderforbund, 19 de abril de 2016, Case E-14/15 – Holship Norge AS v Norsk Transportarbeiderforbund en <https://eftacourt.int/press-publications/judgment-in-case-e-14-15-holship-norge-as-v-norsk-transportarbeiderforbund/>, ECLI:EU:C:2011:815.

³³ En semejantes términos se había pronunciado en el asunto Estibadores de Vigo. Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0596/16 Estibadores Vigo en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc059616>.

³⁴ En la Resolución del Tribunal de 16 de diciembre de 1996 en el caso 377/96, Pan de Barcelona (firme tras Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 1999).

Esta interpretación fue avalada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 30 de septiembre de 2009³⁵:

“se debate en el litigio si el Sindicato recurrente puede ser considerado "empresa" y ya tanto esta Sala como el Tribunal Supremo han resuelto sobre la circunstancia de que queda sometido a la normativa de Defensa de la competencia cualquier agente económico, con referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, incluso, las propias Administraciones Públicas. La resolución impugnada distingue a juicio de esta Sala correctamente entre la actividad de representación sindical de los trabajadores en el ámbito de negociación que le corresponde a la actora y el que no le corresponde, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987 que establece que "las partes negociadoras de un convenio colectivo no tienen libertad absoluta a la hora de fijar el ámbito de aplicación del convenio, sino que están sujetas a límites y a los requisitos legales." Es así que la CNC claramente distingue entre los aspectos del IV Acuerdo que atañen a la negociación colectiva entre los representantes de los estibadores y las empresas de estiba en el ámbito que les queda reservado por la Ley de Puertos, y aquellos otros aspectos, situados extramuros de la habilitación legal, y mientras que no entra a analizar los primeros, si investiga, define y finalmente sanciona estos últimos

También la Comisión utiliza un criterio amplio de empresa cuando dice³⁶:

“La Comisión reconoce la importancia de la libertad sindical que, tal como destaca la FNSEA, se contempla en el apartado 1 del artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (164). En particular, la Comisión no subestima en modo alguno la misión de información, consejo y defensa de los intereses profesionales que incumbe a las organizaciones profesionales. No obstante, tales organizaciones sobrepasan los límites de esta misión cuando prestan su ayuda a la conclusión y a la aplicación de acuerdos que no tienen en cuenta las normas de orden público, tales como las normas de competencia.”

Concluyó por tanto la comisión que los sindicatos entran dentro del amplio concepto de sujetos del derecho de competencia en la medida en que se trata de agentes cuya actividad tiene potencialidad para afectar negativamente al mercado en la medida en que impongan en los convenios condiciones comerciales no esencialmente vinculadas a las condiciones laborales de sus miembros.

C. Conclusiones obtenidas en el caso

La CNMC consideró acreditado que el IV Acuerdo Marco firmado entre las empresas estibadoras y los sindicatos, tras la modificación normativa que buscaba la liberalización del servicio, establecía una obligación de las entidades socias de la SAGEP que quisieran ejercer el derecho de separación de subrogarse forzosamente de trabajadores en una forma determinada y que tal obligación era contraria a derecho. En el procedimiento establecido para realizar tal subrogación intervenía la Comisión Paritaria Sectorial Estatal en la que estaban representadas las empresas competidoras de la que desea abandonar la SAGEP, lo que generaría un conflicto de intereses y podría favorecer las conductas colusorias. Además, el sistema determinaba unos criterios de asignación de los trabajadores que deberán subrogarse que no permitía una decisión de cada empresa de los trabajadores con los que contar para prestar el servicio correspondiente.

³⁵ Número de recurso 815/2009, dictada en relación con el expediente 2805/07 Empresas Estibadoras.

³⁶ Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, (Asunto COMP/ C38279/F3.- Carnes vacuno francesas), en el punto 112.

La CNMC consideró que tales conductas tenían como efecto impedir una competencia efectiva en el mercado por diversos motivos:

“suponen, por un lado, una limitación injustificada de la libertad de organización de la empresa al establecer condiciones de subrogación que no cumplen las exigencias de transparencia, objetividad y equidad; la intervención de la Comisión Paritaria, por sí misma, teniendo en cuenta su composición -en la que se hallan representadas los competidores de la empresa que debe asumir la subrogación- es contraria a dichos principios; además, según se desprende de los hechos acreditados, la asignación de los trabajadores subrogados en el único caso en que se aplicó dicho procedimiento, el de la empresa IST, se hizo en tales condiciones que generó una desventaja competitiva en la empresa saliente, con el consiguiente desincentivo para todas las demás”.

La CNMC subrayó el carácter discriminatorio respecto de trabajadores diferentes a los contratados por la SAGEP del sistema incluido en el IV Acuerdo Marco.

Por todo ello se consideró que las conductas eran contrarias al artículo 1 LDC y 101 TFUE ya que suponían una conjunción de voluntades entre operadores que generaba una restricción de la competencia en el mercado. Consideró que su contenido iba más allá del ámbito propio de la negociación colectiva y que *“afecta directamente a las relaciones entre empresarios y terceros, como los clientes, los proveedores, los empresarios competidores o los consumidores”*³⁷.

D. La imposible existencia de amparo legal de la conducta

Recordemos que con posterioridad a la realización de las conductas y al cierre de la instrucción por la dirección correspondiente, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 9/2019 que planteaba expresamente la posibilidad de que los convenios colectivos determinaran la subrogación de trabajadores que abandonaran las SAGEP. Recordemos igualmente que el artículo 4 de la LDC, bajo el título “conductas exentas por ley” establece literalmente:

*1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo **no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.***

En el momento en que se incoó el procedimiento sancionador, la conducta carecía de amparo legal alguno ya que el RDL de 2017 establecía un régimen transitorio transcurrido el cual la contratación de trabajadores se consideraba plenamente liberalizada.

Sin embargo, la redacción del RDL 9/2019 merecía un análisis más detallado.

Esta norma establecía expresamente en la exposición de motivos, que tenía por objetivo **consolidar el marco de liberalización** de los trabajadores iniciado por el Real Decreto-ley 8/2017 y **garantizar un régimen de libre competencia** en un marco laboral que asegure tanto la **continuidad, regularidad y calidad** del servicio de manipulación de mercancías como la **protección de los trabajadores**.

³⁷ Véanse las mencionadas conclusiones de AG Jacobs en el asunto Albany.

La norma otorgaba a los agentes sociales la **posibilidad** de establecer la subrogación obligatoria de parte del personal de las SAGEP para casos en los que las empresas ejerzan su derecho de separación durante el periodo transitorio establecido en el Real Decreto-ley 8/2017³⁸.

Generaba por tanto una posibilidad de negociar sistemas de subrogación, pero ni lo exigía ni, sobre todo, determinaba el **modo** en que debían realizarse (es decir el procedimiento de subrogación) ni tampoco el tipo de subrogación que se permitía.

Por ello la CNMC concluyó que la norma no amparaba el contenido del IV Acuerdo Marco, que resultaba contrario a la finalidad **liberalizadora** y de protección de la **libre competencia** de la mencionada normativa.

Se indicó expresamente que las limitaciones a la competencia establecidas por el acuerdo “no resultan imprescindibles para asegurar la protección de los trabajadores ni la continuidad, regularidad y calidad del servicio”.

Además, la normativa interna “no impone ni exige a las asociaciones empresariales y a los representantes de los trabajadores la firma de convenios en los que se prevea la subrogación obligatoria de los trabajadores de las SAGEPs a las empresas estibadoras que decidan ejercer su derecho de separación, sino que simplemente les permite (“podrán establecer”, dice la norma) convenios colectivos o acuerdos a tal fin. No estamos, por lo tanto, ante una norma que elimine la autonomía de los interlocutores sociales en la suscripción de este tipo de acuerdos; **más bien todo lo contrario, por lo que su comportamiento es susceptible de ser sancionado al amparo del artículo 101 TFUE**”.

En cualquier caso, debe recordarse que el artículo 4 LDC comienza estableciendo que el amparo legal que se define en el ordenamiento español, se produce sin perjuicio de lo que establezca el ordenamiento de la UE. Por ello, aun en el supuesto de que la conducta hubiese estado amparada por la normativa de la UE la misma resultaba contraria al derecho de la UE.

La legislación española carece de potestad para contradecir el derecho de la Unión Europea por lo que no puede existir amparo legal nacional a conductas que suponen una infracción al derecho europeo de la competencia.

La autoridad de competencia hubiese tenido que inaplicar la normativa española y sancionar la conducta (salvo en el supuesto de que la ley interna no dejase margen de maniobra a los operadores, cuestión que no se verificaba, como hemos indicado, en este supuesto).

Por todo lo anterior, la CNMC declaró la existencia de una infracción muy grave de la normativa de competencia que fue sancionada con sanciones **simbólicas** por la

³⁸ Artículo 4 del Real Decreto-ley 9/2019.

constitución de una comisión negociadora que ha ido emitiendo sucesivos borradores del V Acuerdo Marco que han sido sometidos a informe de la CNMC³⁹.

6. La Sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional

En mayo del año 2021 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declaró nulas de pleno derecho varias disposiciones del IV Acuerdo Marco de la Estiba tras la impugnación por parte de una asociación empresarial⁴⁰.

La Sentencia aborda cuestiones muy relevantes como los sistemas de formación, la clasificación y promoción profesional, la movilidad funcional y polivalencia, los llamamientos de los trabajadores o el régimen disciplinario.

En lo referido al sistema de subrogación convencional establece cuestiones esenciales como las siguientes:

“Esta obligación de subrogación impuesta por el IV Acuerdo Marco a todas las empresas estibadoras que actualmente operan en el mercado genera, por tanto, un doble efecto: por un lado, actúa como desincentivo al ejercicio del derecho de aquéllas de separarse de la SAGEP -que era, precisamente, la finalidad de la Sentencia del TJUE y de la posterior reforma operada por el legislador español a efectos de liberalizar el sector de la estiba-, y, por otro, coloca a las empresas incluidas en su ámbito personal y funcional en una posición desigual y de desventaja frente a nuevos operadores que no asuman una actividad de estiba preexistente en tanto que éstos no están obligados a subrogar a los trabajadores de la SAGEP, operando, una vez liberadas de las previsiones ilegales del IV Acuerdo Marco denunciadas en apartados anteriores, en unas condiciones de libertad de contratación de imposible acceso a las empresas que sí son miembro de las SAGEP” (...)

“Por todo ello, la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco que da lugar a la subrogación convencional obligatoria resulta contraria al principio de igualdad y, por tanto, debe ser declarada nula por inconstitucional, al obligar a aquellas empresas que, por el mero hecho de haber sido obligadas a participar en una SAGEP a subrogarse en los contratos de un número determinado de trabajadores, ocasionándose un grave perjuicio económico -equivalente al sobrecoste laboral del mantenimiento de los contratos y las condiciones de trabajo- y una clara desventaja competitiva respecto de nuevos operadores empresariales que no asuman ninguna actividad ni formaban parte de la SAGEP”.

Resulta de especial interés que una sentencia de la Audiencia Nacional en la Sala Laboral recoja argumentos de la resolución de la CNMC en la medida en que éstos tienen como objetivo favorecer un funcionamiento adecuado de los puertos y la adecuación del régimen español a la normativa de la Unión Europea.

La coherencia que se observa en los pronunciamientos analizados pone de manifiesto que los principios en que se basan ambas resoluciones tienden a objetivos compartidos y favorecen en todo caso la adecuada protección de la sociedad en que se prestan los servicios portuarios.

³⁹ Véase el INF/CNMC/059/20, Propuesta del V Acuerdo Marco de la Estiba, de 28 de julio de 2020, en <https://www.cnmc.es/expedientes/infcnmc05920> y el INF/CNMC/035/20: Borrador del V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, de 8 de mayo de 2020 en <https://www.cnmc.es/expedientes/infcnmc03520>.

⁴⁰ Sentencia de la AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Social, Nº: 127/2021, de 31/5/2021 en procedimiento de IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000073 /2020.

7. Negociación del V Acuerdo Marco

Las partes implicadas en la redacción de los convenios colectivos de la estiba decidieron someterlos a valoración de la CNMC para conseguir el ajuste al derecho de la competencia del V Acuerdo Marco⁴¹.

En general, las empresas estibadoras reciben sanciones más elevadas que las asociaciones de trabajadores debido a sus volúmenes de negocio y son las que se ven forzadas a contratar trabajadores en condiciones impuestas por las asociaciones sindicales. Las empresas ven por lo tanto cómo sus costes se ven elevados, su libertad de contratación se ve limitada y en consecuencia su capacidad de diferenciarse de los competidores y ofrecer mejores condiciones de servicio, pero aceptan los acuerdos para conseguir que esas condiciones sean idénticas para todas.

Por estas razones, las empresas estibadoras han forzado razonablemente las negociaciones de manera que no se firmen convenios colectivos por los que con posterioridad puedan ser sancionados por autoridades de competencia.

Por ello la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social ha solicitado de la CNMC informe en relación con las modificaciones realizadas en el borrador de V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria

Los informes de la CNMC se realizan dentro de sus funciones de promoción de la competencia. Es decir, no se trata de declarar la existencia de infracciones de la normativa de defensa de la competencia y sancionarlas en su caso, sino de identificar barreras de entrada en los mercados injustificadas o problemas en su operativa impuestas a las entidades que intervienen en ellos.

Como veíamos en su momento, esta función de promoción de la competencia tiene una naturaleza diferente de la defensa, ya que busca, esencialmente, impedir que las conductas contrarias al interés general lleguen a producirse.

Ejerciendo esta función consultiva, la CNMC emitió tres informes formales, en diciembre de 2019, mayo y julio de 2020, sobre las sucesivas propuestas de modificación del V Acuerdo Marco⁴².

En ellos se verifica una evolución de las cláusulas, tendente a respetar la liberalización del sector y las normas de competencia.

Los informes de la CNMC han identificado varias cuestiones que merecerían atención desde una perspectiva de competencia.

⁴¹ En cualquier caso, en el momento en que se presenta este artículo, no se ha aprobado el V Acuerdo Marco de la estiba.

⁴² INF/CNMC/059/20, Propuesta del V Acuerdo Marco de la Estiba, de 28 de julio de 2020, en <https://www.cnmc.es/expedientes/infcnmc05920> y el INF/CNMC/035/20: Borrador del V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, de 8 de mayo de 2020 en <https://www.cnmc.es/expedientes/infcnmc03520>.

Tales elementos se centran en cuestiones de diversa entidad como la intervención de la Comisión paritaria sectorial estatal (CPSE) en la contratación de nuevos trabajadores, las limitaciones a la contratación temporal de trabajadores.

En los informes de 8 de mayo y 28 de julio de 2020, la CNMC ha advertido sobre El establecimiento de un sistema de distribución del trabajo, obligatorio para las empresas estibadoras del CPE, que otorgue preferencia al personal del CPE frente a otros modelos de prestación del servicio genera un régimen de discriminación que puede considerarse equivalente al que se ha declarado nulo en el derecho de la UE y los precedentes nacionales.

Resultan de especial relevancia, por la generación de barreras de entrada que se han verificado en este sector, las cuestiones referidas a Formación y promoción profesional.

El elemento más relevante es, sin embargo, el referido a las medidas convencionales para la garantía y la estabilidad en el empleo, que plantean la generación de entidades mutualizadas respecto de las que se predica una eficiencia que debe analizarse de acuerdo con el artículo 101.3 del TFUE.

8. Derogación implícita del RDL 9/2021

En septiembre del año 2021 entró en vigor la Ley 12/2021 que derogó implícitamente el RDL 9/2021⁴³.

Igualmente, en diciembre de 2021 se aprobó en una disposición en la Ley de protección a los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad que ha modificado la naturaleza de los centros portuarios de empleo para transformarlos en “empresas de propiedad conjunta de base mutualista, constituidas voluntariamente, con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes y con respecto de la competencia efectiva entre las empresas, para satisfacer de forma óptima la necesidad común de los socios de disponer de trabajadoras y trabajadores portuarios especializados en número y capacitación suficiente para prestar de forma eficiente el servicio portuario de manipulación de mercancías”.

En el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la norma, los CPE “deberán adaptar estatutos y celebrar con cada socio un contrato marco de prestación de servicios”.

La norma permite que “el socio que no vote a favor del acuerdo o no celebre el contrato marco tendrá derecho a separarse del CPE”.

V. Conclusiones

El régimen de la estiba en el ordenamiento jurídico español se ha caracterizado en la normativa reciente por una protección de algunos trabajadores frente a otros que ha

⁴³ Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales BOE-A-2021-15767.

supuesto una barrera de entrada en el mercado contraria al interés general y ha uniformizado las condiciones de prestación del servicio, impidiendo la competencia, resultado discriminatorio y por lo tanto contrario al interés general y a derecho.

La liberalización del sector portuario podría aportar claras ventajas para el bienestar social en la medida en que permitiría la entrada de más trabajadores en la prestación de los servicios portuarios, mejoraría las condiciones de competitividad de los puertos y terminaría con una situación de privilegio carente de justificación en nuestra sociedad.

Por lo tanto, las modificaciones normativas que se incluyan en el sistema deberían tender a conseguir los objetivos de protección de todos los trabajadores y no solo los incumbentes en estándares equivalentes a los del resto de sectores de nuestra economía.

Como sucede en otros procesos de liberalización, nada obsta a que la transición se realice de manera pausada y paulatina. Sin embargo, para conseguir llegar al objetivo perseguido, resulta necesario que todos los pasos que se identifiquen vayan en la dirección adecuada sin que el peso de los lobbies condicione una evolución favorable a la generalidad de la sociedad y el bienestar de los ciudadanos.

VI. Bibliografía.

- ALVAREZ DE LA ROSA, M. “El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. 2015, Nº4, pp. 91-93.
- BALLESTER PASTOR, I. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- CABEZA PEREIRO, J. “Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de colectivización de las relaciones de trabajo”. *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. 2015, nº3. 2015, p. 36-51.
- CABEZA PEREIRO, J. “Capítulo 7. Algunos interrogantes sobre los Centros Portuarios de Empleo”. En CARBALLO PIÑEIRO, L. *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*. Barcelona: J.M. Bosch Editor. 2017, pp. 201-224.
- CALVO CARAVACA, A. L. *Derecho antitrust europeo*. Tomo I. Parte general, La competencia. Madrid: Constitución y Leyes, S.A., 2009.
- CHECA DÍAZ, E. “Capítulo III. Servicio de interés general y reforma del servicio portuario de estiba y desestiba”. En FERNÁNDEZ ALLES, J.J. *Las transformaciones del servicio público y de la soberanía. Tres retos constitucionales en la frontera sur europea*. Madrid: Dykinson, 2019, pp. 121-164.

- FERNANDEZ AVILÉS, J.A. “La estiba sigue en conflicto: Liberalización de mercados vs. Garantías sociales”. *Estudios Financieros, Revista de trabajo y de Seguridad Social*. 2017, nº 409, pp. 5-14.
- MELLA MÉNDEZ, L. “Reflexiones sobre el régimen disciplinario de los estibadores portuarios”. En RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E y CABEZA PEREIRO, J. *El trabajo en el mar: nuevos escenarios jurídico-marítimos*. Albacete: Ed. Bomarzo, 2015, p. 575.
- ODRIOZOLA LANDERAS, A. *La especialidad en la relación laboral de los estibadores portuarios*. Zarautz: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2002.
- ORDÁS JIMÉNEZ, S., BAZÁN GARCÍA, I., SANTALICES FERNÁNDEZ, R. La protección de los sectores marítimo y portuario: amenazas y respuestas consideradas por la Organización Marítima Internacional. Barcelona: Univesitat Politècnica de Catalunya, 2012, p.17.
- VILLALBA SÁNCHEZ, A. “El periodo de prueba en la relación laboral de carácter especial de los estibadores portuarios”. En RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E y CABEZA PEREIRO, J. *El trabajo en el mar: nuevos escenarios jurídico-marítimos*. Albacete: Ed. Bomarzo, 2015, p. 599.