

RESOLUCIÓN

Expte. S/DC/0619/17, ACUERDO MARCO DE LA ESTIBA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 18 de septiembre 2020

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/DC/0619/17 ACUERDO MARCO DE LA ESTIBA, incoado por la Dirección de Competencia contra la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (**ANESCO**), la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (**Coordinadora o CETM**), Unión General de Trabajadores (**UGT**), Comisiones Obreras (**CCOO**), Confederación Intersindical Galega (**CIG**), Langile Abertzaleen Batzordeak (**LAB**) y Eusko Langileen Alkartasuna (**ELA**), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**).

INDICE:

I. ANTECEDENTES	4
II. LAS PARTES.....	9
1. ANESCO.....	9
2. ASOPORT	9
3. CC.OO.	9
4. CIG.....	10
5. Coordinadora (CETM)	10
6. ELA.....	10
7. LAB.....	10
8. UGT	11
III. MARCO NORMATIVO APLICABLE AL SECTOR DE LA ESTIBA	11
1. Evolución normativa: SEED (1986), APIE (2003), SAGEP (2010)	11
2. Régimen de contratación de trabajadores para la prestación de servicios de estiba.....	14
3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014.....	15
4. Real Decreto-ley 8/2017 por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías	17
5. Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo	22
IV. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO	24
1. Mercado de Producto.....	24
2. Mercado Geográfico.....	25
V. HECHOS ACREDITADOS	26
1. Introducción	26
2. En relación con las negociaciones para la adopción del V Acuerdo Estatal y modificación del IV Acuerdo	26
3. En relación con la aplicación de la disposición adicional séptima al IV Acuerdo con motivo de la solicitud de separación de IST de la SAGEP del Puerto de Sagunto	31
4. Negociación del V Acuerdo Marco.....	36
VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO	36

PRIMERO. Habilitación competencial y objeto de la resolución	36
SEGUNDO. Propuesta de Resolución del órgano instructor	37
TERCERO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA.....	37
1. Tipicidad de las conductas	37
A. Aplicación del Derecho de la Competencia a los convenios y la negociación colectiva	39
B. El concepto de empresa en derecho de la competencia y el papel de los sindicatos	43
C. Aplicación a los hechos acreditados	45
2. Antijuridicidad de la conducta.....	46
3. Duración de la conducta	47
4. Culpabilidad.....	48
CUARTO. OTRAS ALEGACIONES DE LAS PARTES	49
1. Sobre la incompetencia de la CNMC en materias afectadas por el derecho laboral	49
2. Sobre la delimitación del mercado afectado.....	50
3. Sobre la incorporación de determinada documentación al expediente	51
4. Solicitud de vista	52
5. Proposición de prueba	53
6. Solicitud de confidencialidad	54
QUINTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN	55
RESUELVE.....	57

I. ANTECEDENTES

1. La Dirección de Competencia (**DC**) tuvo conocimiento, a través del Boletín Oficial del Estado, de la conclusión de un acuerdo, de 6 de julio de 2017, de modificación del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (en adelante, IV Acuerdo)¹. El mismo estaba suscrito por ANESCO en representación de las empresas del sector y por las organizaciones sindicales Coordinadora, UGT, CCOO y CIG, en representación de los trabajadores y podría resultar contrario al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), y al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**)².
2. El 21 de julio de 2017, la DC inició una información reservada, en el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

El mismo día, la DC realizó un requerimiento de información a ANESCO, Coordinadora, UGT, CCOO, CIG, LAB y ELA, solicitando información en relación a los acuerdos adoptados y propuestas debatidas en el seno de las Comisiones Negociadoras del IV y el V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (en adelante, V Acuerdo) (folios 31 a 64 del expediente).

Las respuestas a estos requerimientos se recibieron el 4 de agosto (UGT, folios 82 a 106); 8 de agosto (ANESCO, folios 110 a 155) y C.C.O.O. (folios 188 a 238); 9 de agosto (Coordinadora, folios 254 a 382, y CIG, folios 385 a 512); 15 de septiembre (ELA, folios 526 a 581) y 27 de octubre de 2017 (LAB, folios 676 a 683).
3. El 3 de noviembre de 2017, tras haber observado indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, la DC acordó la incoación de un expediente sancionador contra ANESCO, Coordinadora, UGT, CCOO, CIG, LAB y ELA³.

¹ BOE n. 170 de 18 de julio de 2017.

² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007; modificada por Ley 39/2010, de 22 de diciembre, BOE-A-2010-19703; Ley 2/2011, de 4 de marzo, BOE-A-2011-4117, y Ley 3/2013, de 4 de junio, BOE-A-2013-5940. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-1294>.

³ De conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC y en los artículos 25.1.a) y 28 del Reglamento de Defensa de Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-3646> (en adelante, el RDC).

La razón fue la adopción, el 6 de julio de 2017, del Acuerdo de modificación del IV Acuerdo, que supondría la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE consistente en una restricción de la libertad de contratación de trabajadores para la 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 (folios 1 y 2).

El 8 de noviembre de 2017, la DC remitió a las entidades incoadas un apercibimiento recordando el deber de secreto previsto en el artículo 43 de la LDC, así como de las responsabilidades que podrían derivarse de su incumplimiento (folio 699).

El 15 de noviembre de 2017 se recibió un escrito de alegaciones de CETM al acuerdo de incoación (folios 717 y 718 del expediente). El 8 de enero de 2018 se recibieron las de ANESCO (folios 748 a 761).

4. La DC realizó los siguientes requerimientos de información:

El 15 de febrero de 2018 a ANESCO, información sobre su organización y composición y sobre determinadas cuestiones relativas a las negociaciones del IV y el V Acuerdo (folio 775 del expediente). La respuesta se recibió el 8 de marzo de 2018 (folios 2160 a 2230).

El 27 de febrero de 2018 a la ASOCIACIÓN ESTATAL DE EMPRESAS OPERADORAS PORTUARIAS (en adelante, **ASOPORT**), información sobre su organización y composición y sobre su eventual implicación en el proceso de negociación del V Acuerdo y en negociaciones colectivas en el ámbito local (folios 795 a 797 del expediente). El requerimiento fue reenviado el 12 de marzo de 2018. Tras la concesión de la ampliación de plazo solicitada, la respuesta se recibió el 6 de abril de 2018 (folios 2252 a 2317).

El 16 de marzo de 2018 a Puertos del Estado, en relación a la nueva regulación introducida por el Real Decreto-ley 8/2017 y su concreta aplicación respecto de los servicios de manipulación de mercancías (folios 2231 a 2237 del expediente). La respuesta se recibió el 4 de mayo de 2018 (folios 2937 a 2944).

El 6 de abril de 2018, a la empresa INTERSAGUNTO TERMINALES, S.A. (en adelante, IST), en relación a la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (en adelante, SAGEP) del Puerto de Sagunto (folios 2245 a 2248). La respuesta se recibió el 19 de abril de 2018 (folios 2321 a 2708).

5. El 5 de marzo de 2018 la DC incorporó al expediente la información remitida por el Organismo Autónomo Puertos del Estado (en adelante,

Puertos del Estado) por estar directamente relacionada con el objeto de este expediente (folios 798 a 2159).

6. El 20 de abril de 2018 se recibió el escrito de alegaciones presentado por ANESCO (folios 2712 a 2725).
7. El mismo día 20 de abril de 2018 se recibió un escrito de ASOPORT por el que se solicita la elaboración de un estudio de investigación en el que se investigue la compatibilidad del IV Acuerdo con el Real Decreto-ley 8/2017 y con el artículo 49 del TFUE (folios 2728 a 2935).
8. El 21 de mayo de 2018 se recibió un escrito de ASOPORT solicitando su personación como parte interesada en el expediente (folios 2954 a 2957 del expediente). Esta solicitud fue aceptada mediante acuerdo del Director de Competencia de 23 de mayo de 2018 (folio 2958).
9. El 11 de junio de 2018 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (**PCH**) en el que se concluía la existencia de hechos constitutivos de infracción (folio 3045) ⁴.

El PCH fue notificado a las partes interesadas el 12 de junio de 2018. ANESCO, CETM, UGT, CC.OO., ELA, ASOPORT lo recibieron el mismo día y LAB al día siguiente.

Las alegaciones al PCH se recibieron entre el 25 de junio y el 13 de julio: ELA (folios 3142 a 3169 y 3233 a 3236); LAB (folios 3179 a 3187); UGT (folios 3188 a 3206), CETM (folios 3207 a 3229); CC.OO. (folios 3237 a 3252), CIG (folios 3256 a 3271); ANESCO (folios 3288 a 3311), y ASOPORT (folios 3315 a 3331).
10. El 23 de julio de 2018 la DC requirió a las empresas miembros de ANESCO, a CETM, a UGT, a CC.OO., a CIG, a LAB y a ELA su volumen de negocios correspondiente al ejercicio 2017⁵.

Las respuestas se recibieron el 24 de julio de 2018 la de UGT (folios 3403 a 3404) y la de CIG (folio 3416); el 31 de julio de 2018 la de CETM (folio 3506); el 3 de agosto de 2018 la de CCOO (folios 3577 y 3578) y la de LAB (folios 3588 a 3590), y el 6 de agosto de 2018 la de ELA (folios 3608 a 3611).

En el caso de las empresas asociadas a ANESCO las respuestas se recibieron: el 24 de julio de 2018 de CARMELO MARTINEZ RODRIGUEZ S.L. (folios 3409 a 3412); el 26 de julio de AUTO TERMINAL, S.A. (folios 3430 a 3433); el 27 de julio de COMPAÑIA AUXILIAR DEL PUERTO, S.A.

⁴ De conformidad con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC y en el artículo 33.1 del RDC.

⁵ De acuerdo con lo establecido en los artículos 39.1, 50.1 y 63.1 de la LDC.

(folios 3436 a 3497) y de TRANSPORTES MARÍTIMOS ALCUDIA S.A. (folios 3501 y 3502); el 31 de julio de APM TERMINALS ALGECIRAS, S.A. (folio 3511), de BOLUDA MARITIME TERMINALS, S.A. (folio 3534), de LA LUZ, S.A. -TERMINAL DE CONTENEDORES- (folios 3538 a 3540), de TERMINAL MARÍTIMA DE FUERTEVENTURA, S.L. (folios 3544 a 3546) y de TRANSPORTES Y OPERACIONES PORTUARIAS, S.A. (folio 3554); el 1 de agosto de TOTAL TERMINAL INTERNACIONAL ALGECIRAS, S.A. (folios 3558 a 3563); 2 de agosto de BALEARIA EUROLINEAS MARITIMAS, S.A. (folio 3573); 3 de agosto de TERMINAL POLIVALENTE DE CASTELLON, S.A. (folios 3585 a 3587), de TERMINAL DE CONTENIDORS DE BARCELONA, S.L.U. (folios 3595 a 3596) y de MILLER Y CIA, S.A. (folio 3600); 6 de agosto de OPERACIONES PORTUARIAS CANARIAS, S.A. (folio 3604); 8 de agosto de MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY TERMINAL VALENCIA S.A. (folios 3620 a 3621), de TERMINAL DE CONTENEDORES DE GIJÓN. S.L. (folios 3627 a 3629), y de SERVICIOS DE TRANSPORTES DE AUTOMÓVILES Y MERCANCÍAS, S.A. (folio 3633); el 9 de agosto de TERMINAL CATALUNYA, S.A. (folios 3636 a 3639); el 10 de agosto de MANIPULADORA DE MERCANCÍAS, S.L.U. (folio 3642), de NOATUM CONTAINER TERMINAL VALENCIA, S.A.U. (folio 3646), de TCV STEVEDORING COMPANY, S.A. (folios 3650 a 3654), de NOATUM CONTAINER TERMINAL BILBAO, S.L. (folio 3658), y de S.A. LÓPEZ GUILLÉN (folio 3662); el 7 de septiembre de 2018 de TERMINAL MARÍTIMA DE ARRECIFE, S.A. (folio 3684) y GESPORT TERMINAL MÁRITIMA, S.L. (folio 3688); el 10 de septiembre de 2018 COMPAÑÍA GADITANA DE CONTENEDORES, S.L. (folio 3692) y CONCASA, S.L. (folio 3696); el 19 de septiembre de 2018 TERMINAL MARÍTIMA DEL GRAO, S.L. (folio 3698).

11. El 4 de octubre de 2018, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, la DC acordó el cierre de la fase de instrucción lo que se notificó a los interesados el mismo día (folios 3728 a 3744).

12. El 12 de noviembre de 2018, la DC dictó la Propuesta de Resolución.

La misma se recibió por LAB, ASOPORT, CIG, CETM, ELA, ANESCO Y CC.OO. el 13 de noviembre de 2018 y por UGT el 14 de noviembre.

El 30 de noviembre de 2018 se recibieron las alegaciones de LAB (folios 3951 a 4176) y de CIG (folios 4177 a 4247); el 4 de diciembre de 2018 las de CETM (folios 4248 a 4281), de ELA (folios 4344 a 4350), de ASOPORT (folios 4355 a 4372) y de CC.OO. (folios 4373 a 4518), y el 5 de diciembre de 2018 las de UGT (folios 4519 a 4729).

13. El 5 de diciembre de 2018, la DC dictó el Informe sobre la Propuesta de resolución que se elevó al Consejo en cumplimiento del artículo 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC.
14. El 14 de marzo de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003⁶. Se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con efectos el día 15 de marzo de 2019, hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término legal (folio 4.823).
- El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de 15 de abril de 2019 (folio 4.864).
15. El 14 de mayo de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018. El plazo máximo para resolver el procedimiento quedó suspendido en aplicación del artículo 37.1 a) de la LDC.
- El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de 30 de mayo de 2019 (folio 5.014).
16. El 12 de junio de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 del TFUE, una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del artículo 101 del TFUE (folios 5.099 a 5.126). Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador el día 12 de junio de 2019, hasta que la CNMC tuviera constancia del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁷.
- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió el 16 de septiembre de 2020 sobre la cuestión prejudicial denegando la capacidad de este organismo para presentarla⁸. El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de 17 de septiembre de 2020. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su reunión de 18 de septiembre de 2020.

⁶ Reglamento (CE) Nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado.

⁷ 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.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2020, As. C-462/19, ECLI:EU:C:2020:715, en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=231108&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2832291>.

II. LAS PARTES

1. ANESCO

La Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques ("ANESCO") es, de acuerdo con sus Estatutos (folios 811 a 825) *"una asociación empresarial y patronal, sin ánimo de lucro, constituida para la representación, gestión, fomento y defensa de los intereses de las empresas estibadoras que ejercen su actividad en alguno o varios de los puertos españoles; así como también constituida como interlocutor laboral respecto a las organizaciones sindicales y a la representación legal de los trabajadores y ante las Administraciones Públicas en el ámbito de las relaciones laborales del sector de la estiba"*⁹.

La asociación está integrada por 36 empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías y por las SAGEP de los puertos de Barcelona, Valencia, Algeciras, Tenerife y Las Palmas (folios 803 y 804).

ANESCO es firmante del IV Acuerdo y sus modificaciones posteriores.

Ostentaba un 100% de representatividad de la parte empresarial y lo sigue ostentando a los efectos de la actual negociación del V Acuerdo.

2. ASOPORT

La Asociación Estatal de empresas operadoras portuarias (ASOPORT) está constituida en septiembre de 2017¹⁰.

Se dedica, según el artículo 1.2 de sus Estatutos, a "representar, gestionar, fomentar y defender, en el seno de la libre competencia y de la economía de mercado, los intereses de las personas físicas o jurídicas operadoras en los puertos que ejercen la actividad de servicio portuario de manipulación de mercancías en alguno o varios de los puertos sitos en el territorio del Estado español" (folio 2262).

Al cierre de la instrucción, la integran 15 entidades titulares de 47 licencias para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en diversos puertos españoles (folio 2955).

3. CC.OO.

Comisiones Obreras (CC.OO.) es una organización sindical de ámbito estatal y multisectorial. Cuenta con un 4,17% y un 4,369% de representatividad en las

⁹ ANESCO, Asociación Nacional de Empresas Estibadoras, <http://anesco.org/>

¹⁰ Resolución de la Dirección General de Empleo por la que se anuncia la constitución de la asociación empresarial denominada "Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias", BOE 236, de 30 de septiembre de 2017.

Comisiones negociadoras del IV y V Acuerdo Sectorial Estatal, respectivamente (folios 124 y 137).

4. CIG

Confederación Intersindical Galega (CIG) es una organización sindical de ámbito regional y multisectorial. Cuenta con un 1,39% y un 1,46% de representatividad en las Comisiones negociadoras del IV y V Acuerdo Sectorial Estatal, respectivamente (folios 124 y 137).

5. Coordinadora (CETM)

La Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar es, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de sus Estatutos, una organización sindical cuyo objetivo es la defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de los trabajadores y trabajadoras que están integrados en las federaciones, sindicatos y entidades afiliadas. Está integrada por dos federaciones: la Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios (CEEP) y la Federación Estatal de Trabajadores de los Puertos (FTP). En particular, según sus Estatutos, la CEEP tiene por objetivo *“la defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de los trabajadores y trabajadoras dedicados a la actividad de carga, descarga, estiba y desestiba de buques y a las labores complementarias de manipulación de mercancías realizadas en los puertos”*¹¹.

Coordinadora cuenta con un 78,70% y un 82,524% de representatividad en las Comisiones negociadoras del IV y V Acuerdo Sectorial Estatal, respectivamente (folios 124 y 137).

6. ELA

Eusko Langileen Alkartasuna (ELA) es una organización sindical de ámbito regional y multisectorial. Cuenta con un 0,93% y un 0,97% de representatividad en las Comisiones negociadoras del IV y V Acuerdo Sectorial Estatal, respectivamente (folios 124 y 137).

Forma parte de las Comisiones negociadoras y estuvo presente en la sesión en la que se adoptó el acuerdo de 6 de julio de 2017 para la modificación del IV Acuerdo, aunque no ha suscrito ninguno de los acuerdos mencionados.

7. LAB

Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB) es una organización sindical de ámbito regional y multisectorial. Cuenta con un 2,31% y un 2,43% de representatividad en las Comisiones negociadoras del IV y V Acuerdo Sectorial Estatal, respectivamente (folios 124 y 137).

¹¹ COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR, <http://www.coordinadora.org/>

Si bien forma parte de las citadas Comisiones negociadoras y estuvo presente en la sesión en la que se adoptó el acuerdo de 6 de julio de 2017 para la modificación del IV Acuerdo, no ha suscrito ninguno de los acuerdos mencionados.

8. UGT

La Unión General de Trabajadores (UGT) es una organización sindical de ámbito estatal y multisectorial. Cuenta con un 7,87% y un 8,25% de representatividad en las Comisiones negociadoras del IV y V Acuerdo Sectorial Estatal, respectivamente (folios 124 y 137).

III. MARCO NORMATIVO APLICABLE AL SECTOR DE LA ESTIBA

1. Evolución normativa: SEED (1986), APIE (2003), SAGEP (2010)

En 1986 el servicio de estiba fue históricamente calificado por la regulación estatal como un servicio público esencial de titularidad estatal cuya gestión “se realizará de forma indirecta por personas naturales o jurídicas mediante contrato, en los términos previstos en la legislación de Contratos del Estado”¹².

Con posterioridad el régimen jurídico de este servicio fue objeto de importantes modificaciones. Los principales hitos legislativos de esta evolución son los siguientes:

- Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante¹³.
- Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general¹⁴.
- Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003¹⁵.

¹² Artículo 1º.1 y 6 del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques. BOE nº126 de 27 de mayo 1986. Derogado posteriormente en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003.

¹³ Publicado en el BOE nº283 de 25 de noviembre de 1992. Derogada en virtud de la disposición derogatoria única 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.

¹⁴ Publicado en el BOE nº284 de 27 de noviembre de 2003. Derogada en virtud de la disposición derogatoria única 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.

¹⁵ Publicado en el BOE nº191 de 7 de agosto de 2010. Derogada en virtud de la disposición derogatoria única 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.

- 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 (en adelante, TRLPEMM)¹⁶ que sistematiza la normativa tras la aprobación de la Ley 33/2010.

La evolución del régimen regulador de la estiba se caracteriza por una progresiva liberalización que opera en torno a una serie de ejes, como se describe a continuación.

De “servicio público esencial de titularidad estatal” el servicio de estiba pasó a ser incluido dentro de los denominados servicios básicos susceptibles de ser prestados en régimen de libre competencia (arts. 57.2 y 60.2 de la Ley 48/2003). Para su ejercicio era necesaria la previa obtención de una licencia y el respeto a ciertas obligaciones de servicio público (arts. 61 y 63).

Posteriormente, el TRLPEMM introduce la denominación de servicio de manipulación de mercancías para referirse a las actividades de “*carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el trasbordo de mercancías*” (art. 108.2.d). Este servicio se integra dentro de los denominados servicios portuarios, cuya prestación “*se llevará a cabo por la iniciativa privada, rigiéndose por el principio de libre competencia*”, previa obtención de la correspondiente licencia (art. 109)¹⁷.

Un rasgo característico del régimen de la estiba es la atribución de la gestión de sus trabajadores a unas concretas y peculiares entidades, creadas con la única finalidad de poner dicho personal estibador a disposición de las empresas prestadoras del servicio de estiba.

Con esta finalidad, el Real Decreto-ley 2/1986 creó las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba (SEED), en cada uno de los puertos de interés general. Su capital debía ser suscrito tanto por las empresas prestadoras del servicio de estiba en cada puerto (obligadas legalmente a participar en el accionariado), como por el propio Estado (art 5 y art 7.2 del Real Decreto-ley 2/1986)¹⁸.

Posteriormente, la Ley 27/1992 creó la figura de las Autoridades Portuarias, a las que transfirió la participación del Estado en las mencionadas SEED.

La Ley 48/2003 transformó las SEED en las denominadas Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE), para adecuarlas al nuevo régimen jurídico en virtud del cual desaparece la calificación de servicio público de

¹⁶ Publicado en el BOE Nº 253 de 20 de octubre de 2011.

¹⁷ Los servicios portuarios comprenden además los servicios técnico-náuticos (practicaje, remolque y amarre-desamarre), el servicio al pasaje (embarque y desembarque de pasajeros y equipajes), y el servicio de recepción de desechos generados por buques (art 108-2). Junto a los servicios portuarios, el TRLPEMM clasifica los servicios prestados en los puertos en servicios generales, servicios comerciales y servicio de señalización marítima (art. 104).

¹⁸ Apartado III Disposición Adicional Sexta.

titularidad estatal y se explicita que el mismo debe prestarse en condiciones de libre competencia. Dado que la norma preveía la salida de las Autoridades Portuarias del accionariado de las APIE, las empresas estibadoras quedaron como sus únicas accionistas y desapareció de su capital cualquier tipo de participación pública.

La figura de las APIE fue suprimida por la Ley 33/2010 que creó las denominadas “*Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios*” (SAGEP), que se regulaban en el art.142 del TRLPEMM¹⁹:

“En los puertos de interés general podrá constituirse, (...), una sociedad anónima mercantil privada que tendrá por objeto social la gestión de la puesta a disposición de sus accionistas de los trabajadores, por ella contratados, que éstos demanden para el desarrollo de las actividades y tareas del servicio portuario de manipulación de mercancías que no puedan realizarse con personal propio de su plantilla, como consecuencia de la irregularidad de la mano de obra necesaria para la realización de las actividades incluidas en dicho servicio portuario. Además, podrá poner a disposición de los accionistas, trabajadores para desarrollar actividades comerciales sujetas a autorización en la zona de servicio de los puertos, siempre que dichos socios estén debidamente autorizados para realizarlas”.

El también derogado artículo 143 del TRLPEMM recogía la **obligación** de participar en el accionariado de la SAGEP de las empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías:

“Todas las empresas que deseen prestar el servicio portuario de manipulación de mercancías y obtengan la correspondiente licencia deberán, en su caso, integrarse como partícipes en el capital de la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios”.

Tal y como se analizará de forma detenida más adelante, esta obligación desaparece a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictada el 11 de diciembre de 2014, a resultas de la cual se adoptó el Real Decreto-ley 8/2017 en el que se establece que, tras el transcurso de un periodo transitorio de tres años desde su entrada en vigor, las SAGEP deberán optar entre disolverse o someterse a la normativa aplicable a las empresas de trabajo temporal, eliminando en cualquier caso la obligación que tenían las empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías de participar en su accionariado²⁰.

¹⁹ Artículo derogado por el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo.

²⁰ El Real Decreto-ley 8/2017 deroga el Capítulo VI del Título VI del TRLPEMM, en el que se regulaba el régimen aplicable a las SAGEP.

2. Régimen de contratación de trabajadores para la prestación de servicios de estiba

El régimen de la estiba en nuestro ordenamiento se ha caracterizado por la reserva en exclusiva de esta actividad a favor de los trabajadores estibadores adscritos a las sociedades de gestión, en sus distintas configuraciones (SEED, APIE, SAGEP).

El Real Decreto-ley 2/1986 establecía en su artículo 9 que “sólo los trabajadores que, **por su vinculación a una Sociedad Estatal**, tengan acreditada su competencia profesional podrán prestar servicios en las tareas portuarias”.

Junto con esta reserva, este mismo Real Decreto-ley justificaba la necesaria intermediación de la sociedad de gestión en la contratación de personal para las labores de estiba, centralizando de este modo toda la oferta de trabajo para la prestación de estos servicios (artículo 11):

“Con la finalidad de mantener el adecuado nivel de profesionalidad en la prestación del servicio, las Sociedades Estatales deberán proporcionar con carácter temporal a las empresas estibadoras los trabajadores pertenecientes a su plantilla que sean necesarios para el desarrollo de las tareas que no puedan ser cubiertas por el personal propio de cada empresa; los trabajadores que pasen a realizar estas tareas lo harán mediante el sistema de rotación. En tales supuestos la Sociedad conservará el carácter de empresario respecto de estos trabajadores, con los derechos y obligaciones específicos en materia de organización del trabajo y condiciones de desarrollo del mismo que a las empresas estibadoras se atribuye en el título regulador de la relación laboral especial. Los respectivos derechos y obligaciones derivados de la relación establecida entre la Sociedad y la empresa estibadora se determinarán en el acuerdo que al efecto se suscriba”.

La Ley 48/2003, en lo relativo al “régimen laboral aplicable al personal que realice las actividades que constituyen el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías”, se remitía a lo establecido en el Real Decreto-ley 2/1986.

La Ley 33/2010 y posteriormente el TRLPEMM, sin alterar este sistema, introdujeron una regulación más detallada del régimen laboral aplicable a los trabajadores del servicio de manipulación de mercancías²¹. El TRLPEMM (artículo 149) recogía dos regímenes laborales para el desarrollo de las actividades y tareas del servicio portuario de manipulación de mercancías: uno común y otro especial:

²¹ Artículos 149 a 155 del TRLPEMM, hoy derogados.

“...la relación laboral de los trabajadores que desarrollan su actividad en el servicio portuario de manipulación de mercancías podrá establecerse tanto con las sociedades anónimas de gestión de estibadores portuarios (SAGEP), en relación laboral especial contemplada en el artículo 2.1.h) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como directamente con las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, en relación laboral común”.

De esta manera, coexistían dos regímenes de contratación del personal estibador. Por un lado, la contratación en régimen laboral común realizada directamente por las empresas titulares de licencia. Esta contratación debía de hacerse con carácter preferente a trabajadores de la SAGEP y, solo en caso de no existir en la SAGEP el personal portuario adecuado o en número suficiente, o existiendo, se rechazasen las ofertas recibidas, las contrataciones podrían realizarse libremente por las empresas prestatarias del servicio entre trabajadores con la cualificación exigida (art. 150.1). En cualquier caso, el mínimo de trabajadores en régimen laboral común que debían tener contratados las empresas titulares de una licencia para el servicio portuario de manipulación de mercancías debía cubrir, al menos, el 25 por ciento de la actividad de la empresa, en cómputo interanual, en el ámbito de este servicio (art. 150.4).

Por otro lado la contratación en régimen laboral especial era realizada directamente por la SAGEP que, posteriormente, ponía a disposición de las empresas accionistas los trabajadores. El contrato de trabajo en el ámbito de la relación laboral especial sólo podía concertarse por tiempo indefinido. La asignación de los trabajadores a las empresas accionistas se realizaba mediante el sistema de rotación (art. 151.2) y correspondía a la SAGEP el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social (art. 151.6). La empresa usuaria ejercía tan solo las facultades de dirección y control de la actividad laboral y la SAGEP conservaba el carácter de empresario respecto a los trabajadores (art. 151.8).

Este particular régimen de contratación ha sido derogado por el Real Decreto-ley 8/2017, que da cumplimiento a la Sentencia del TJUE de 11 diciembre de 2014, como se verá a continuación.

3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014

El TJUE declaró contrario a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 49 del TFUE el régimen regulador de la gestión de los trabajadores para los servicios de manipulación de mercancías en España²².

²² Asunto C-576/13. Sentencia dictada en el marco de un recurso por incumplimiento que interpuso la Comisión Europea contra el Reino de España (procedimiento de infracción 2009/4052).

La Comisión Europea alegó que la normativa española imponía obligaciones contrarias a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 49 del TFUE al obligar con carácter general a las empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías (empresas estibadoras) a participar en las SAGEP y a contratar con carácter prioritario a los estibadores puestos a su disposición por tal sociedad.

“...la Comisión observa que las empresas estibadoras establecidas en otros Estados miembros que deseen prestar servicios portuarios de manipulación de mercancías en un puerto de interés general español tendrán que reunir los recursos financieros suficientes para participar en la SAGEP correspondiente y, en todo caso, contratar trabajadores de la propia SAGEP en condiciones que escapen a su control —incluido un número mínimo y obligatorio de trabajadores de la SAGEP que han de contratarse de forma permanente—, especialmente en lo que atañe al precio que han de pagar a la SAGEP para recurrir a tales trabajadores” (párr. 29).

“Tales obligaciones suponen necesariamente que las empresas estibadoras extranjeras tengan que modificar la plantilla de la empresa, sus estructuras de empleo y sus políticas de contratación. En efecto, el régimen portuario español impide a las empresas estibadoras seleccionar libremente a su personal y mantenerlo en plantilla, ya que dicho régimen portuario las obliga, además, a contratar un personal que no necesitan realmente” (párr. 30).

El Reino de España invocó dos motivos por los que estaría justificada una eventual restricción a la libertad de establecimiento (párr. 40 y 41):

- La condición del servicio como de interés general sujeto a obligaciones de servicio público cuyo objeto es garantizar la regularidad, continuidad y calidad en la prestación.
- La necesidad de garantizar la protección de los trabajadores dado el carácter discontinuo e irregular de su actividad.

El Tribunal resuelve la controversia afirmando que “cabe observar que existen medidas que son menos restrictivas que las aplicadas por el Reino de España y que, al mismo tiempo, son idóneas para conseguir un resultado similar y para garantizar tanto la continuidad, regularidad y calidad del servicio de manipulación de las mercancías como la protección de los trabajadores. De este modo, por ejemplo, tal como sugiere la Comisión, cabría la posibilidad de prever que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores, o la posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada

por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras” (párr. 55).

El Tribunal en su fallo determina que resultan contrarias a derecho:

- la imposición a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general la obligación de inscribirse en una SAGEP,
- la obligación de participar en su capital,
- la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por la SAGEP y
- la obligación de contratar a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente.

4. Real Decreto-ley 8/2017 por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías

Con el fin de dar cumplimiento a la sentencia del TJUE se promulgó el Real Decreto-ley 8/2017²³.

Su Preámbulo (apartado II) indica que esta “modificación legislativa supone suprimir, en su mayor parte, el actual régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías que se recoge en el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. De este modo, se derogan expresamente una serie de artículos del citado texto refundido, y se modifican algunos otros cuya proyección normativa debe permanecer, pero adaptada a la nueva situación”.

Los principios sobre los que se asienta el nuevo régimen regulador del servicio portuario de manipulación de mercancías son la libertad de contratación y la transformación o disolución de las SAGEP.

El artículo 2 del Real Decreto-ley 8/2017 establece la libertad de contratación de trabajadores portuarios para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, desde una doble perspectiva:

- Se establece el principio de **plena libertad en la contratación de trabajadores para la prestación del servicio de manipulación de mercancías, “previo cumplimiento de los requisitos establecidos que garanticen la profesionalidad de los**

²³ Publicado en el BOE nº114 de 13 de mayo de 2017.

trabajadores portuarios” (art. 2.1)²⁴. Los mencionados requisitos de capacitación se recogen en el art. 3 del propio Real Decreto-ley.

- Se elimina la obligación de las empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías de participar en *“ninguna empresa cuyo objeto social sea la puesta a disposición de trabajadores portuarios”* (art. 2.2)²⁵.

La disposición transitoria primera (DT 1ª) establece un periodo transitorio de tres años (hasta el 14 de mayo de 2020) para la adaptación de las SAGEP al nuevo marco jurídico, de forma gradual:

- Durante los primeros seis meses del citado periodo transitorio (es decir, desde el 14 de mayo hasta el 14 de noviembre de 2017), los accionistas de la SAGEP podían optar entre continuar en la SAGEP o separarse de la misma de manera individual²⁶. Los accionistas que optasen por separarse, podrían hacerlo mediante la venta de sus acciones al resto de accionistas que decidieran continuar, pudiendo éstos acordar una nueva distribución del capital social y admitir nuevos accionistas. Si ningún accionista decidía continuar en la SAGEP, ésta se disolvería (apartado 3 de la DT 1ª)²⁷.

- Durante el citado periodo transitorio, las actuales SAGEP podrán optar por extinguirse o por continuar su actividad (apartado 1, párrafo primero, de la DT 1ª).

- Transcurrido dicho periodo transitorio, las SAGEP subsistentes deberán optar entre extinguirse o continuar su actividad como Centro Portuario de Empleo (CPE) o empresa de trabajo temporal (ETT), obteniendo la autorización exigida en el artículo 2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo

²⁴ Es decir, se pone fin a la reserva en favor de los trabajadores de la SAGEP consagrada en los derogados artículos 150 y 151 del TRLPEMM.

²⁵ Derogando el artículo 143.1 del TRLPEMM, que imponía a dichas empresas ser accionistas de las SAGEP.

²⁶ Según la disposición final quinta del Real Decreto-ley, su entrada en vigor tiene lugar al día siguiente de su publicación en el BOE, publicación que tuvo lugar el 13 de mayo de 2017.

²⁷ Así se establece en el apartado tercero de la D.T. 1ª del Real Decreto-ley 8/2017, “3... Los accionistas que deseen separarse podrán hacerlo antes de la finalización de dicho periodo, procediendo a la venta de sus acciones a los que deseen continuar, a prorrata de la participación de cada uno de ellos, y los accionistas que decidan continuar deberán adquirirlas por su valor neto contable. Si la venta no pudiese efectuarse en todo o en parte en el plazo máximo de seis meses desde la comunicación de separación, las correspondientes acciones serán amortizadas con cargo a la SAGEP, con la consiguiente reducción del capital.”

temporal, cuya regulación les será de plena aplicación (apartado 1, párrafo tercero, de la DT 1ª).

- A partir de entonces, las SAGEP **quedarán sometidas a las reglas del libre mercado** al establecer la disposición transitoria primera que *“aquellas SAGEP que subsistan después del periodo transitorio lo harán en régimen de libre competencia, en su caso, con los centros portuarios de empleo y las demás empresas de trabajo temporal”* (apartado 1, párrafo cuarto, de la DT 1ª)²⁸.

- La disposición transitoria segunda establece que durante el periodo transitorio **todas las empresas estibadoras**, permanezcan o no en la SAGEP, deberán cubrir con trabajadores de la SAGEP un porcentaje mínimo de sus actividades de estiba en cómputo interanual, que será del 75% el primer año, del 50% el segundo año y del 25% el tercer año.

Con el objeto de igualar la posición competitiva entre los accionistas de la SAGEP y la de los nuevos prestatarios del servicio, el apartado 4 de la DT 1ª establece que, en el caso de que se produjera **la extinción de contratos laborales** de los trabajadores de las SAGEP vigentes antes de la sentencia del TJUE, por cualquiera de las causas contempladas en los artículos 51 y 52 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, **la Autoridad Portuaria correspondiente asumirá obligatoriamente el 100% de las indemnizaciones** procedentes por esta causa por el periodo correspondiente hasta la extinción o hasta el fin del periodo transitorio si fuera anterior²⁹.

Asimismo, el Real Decreto-ley prevé en su disposición adicional primera que **las normas convencionales vigentes deberán adaptarse** a este nuevo régimen en el plazo de un año, siendo **nulas de pleno derecho las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan dicha obligación, restrinjan la libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías o de los servicios comerciales o limiten la competencia**.

El Real Decreto-ley 8/2017 deroga, entre otras disposiciones, la totalidad del Capítulo VI del Título VI del TRLPEMM (arts. 142 a 155) en el que se regulaban tanto el régimen aplicable a las SAGEP como el régimen laboral aplicable a los trabajadores del servicio de manipulación de mercancías, anteriormente descritos.

²⁸ Como alternativa a las SAGEP transformadas o a las ETT, el artículo 4 del RD-Ley 8/2017, prevé la existencia de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) de creación potestativa, sometidas a la normativa reguladora de las ETT, cuyo objeto será “el empleo de los trabajadores portuarios en el servicio portuario de manipulación de mercancías, así como su cesión temporal a empresas titulares de licencia...”.

²⁹ 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. En particular, el artículo 51 hace referencia a los supuestos de despido colectivo y el artículo 52 al despido por causas objetivas.

Por último, en su disposición final tercera se habilita al Gobierno para el desarrollo reglamentario del citado Real Decreto-ley 8/2017, estableciendo como base para el citado desarrollo la Propuesta de Mediación de 30 de marzo de 2017, por la que se pone fin a la mediación tripartita entre las organizaciones sindicales, ANESCO y el Gobierno, que se añade como anexo al propio Real Decreto-ley³⁰.

Esta propuesta de mediación se articula en torno a tres cuestiones:

- Mantenimiento del empleo: sostiene la propuesta de mediación que la reordenación de la actividad empresarial como consecuencia de la aplicación de la Sentencia del TJUE es de una magnitud suficiente para constituir causa organizativa a los distintos efectos previstos en el Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, la mediación llama a la adaptación de las reglas sobre sucesión de empresas previstas en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores *“en función de la necesidad de adoptar medidas laborales en relación con los trabajadores”* indicando que de este modo *“la formulación legal del principio de subrogación empresarial se complementará y articulará con fórmulas de subrogación convencional”* (apartado A.3).

- Mejoras organizativas y productivas: la Propuesta de Mediación incorpora el preacuerdo alcanzado por los representantes de trabajadores y empresas en relación a la organización y funcionamiento del servicio de manipulación de mercancías (apartado B).

- Ayudas a los trabajadores portuarios: a causa de la supresión del anterior régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, la Propuesta de Mediación sugiere la concesión de ayudas públicas a los trabajadores que voluntariamente rescindan su contrato, ya sea por

³⁰ En el contexto del posible desarrollo reglamentario del Real Decreto-ley, el 12 de marzo de 2018 el Ministerio de Fomento abrió el trámite de información pública del borrador de Real Decreto para la presentación de observaciones hasta el día 21 de marzo de 2018.

https://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/ATENCION_CIUADADANO/PARTICIPACION_PUBLICA/estiba-180312/default.htm. Tanto sindicatos como asociaciones patronales han presentado observaciones a dicho borrador. ASOPORT aporta en su contestación al requerimiento de información realizado, sus observaciones al borrador de real decreto (folios 2280 a 2317)

<http://elvigia.com/anesco-presenta-nueve-alegaciones-al-reglamento-de-reforma-de-la-estiba/>
<http://www.cadenadesuministro.es/noticias/fomento-ha-recibido-todas-las-alegaciones-para-el-reglamento-de-la-estiba/>.

La tramitación de dicho Reglamento está condicionando la actual negociación del V Acuerdo Marco de la Estiba.

razón de su edad o de los perjuicios que se deriven en su caso de la adaptación del Derecho interno a la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (apartado C).

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 amplía el plazo previsto para la reforma del marco convencional³¹. En concreto otorgan un plazo de seis meses desde que se apruebe el nuevo reglamento para la adopción de los nuevos convenios³².

El proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019 incluye una **aportación a cargo del Estado de 29.949.180 euros** con el concepto de financiar ayudas para facilitar la adaptación del sector de la estiba a los cambios de sus relaciones laborales como consecuencia de la sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014³³.

Por lo tanto, en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017 y hasta el cierre de la instrucción, resultaba aplicable el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria³⁴. El mismo fue suscrito el 29 de julio de 2013 por ANESCO, en representación de las empresas del sector, y por los sindicatos CETM, UGT, CC.OO. y CIG en representación del colectivo laboral afectado³⁵.

Este Convenio permite la conclusión de convenios de ámbito territorial inferior al estatal que concreten las condiciones de dicho acuerdo marco, por lo que se han negociado convenios colectivos en el ámbito propio de cada puerto³⁶.

Cabe recordar que dicho convenio sectorial vino precedido, en 2007, por el “fallido Acuerdo” suscrito por ANESCO y los sindicatos CIG, CETM y LAB, (denominado igualmente IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria)³⁷. El mismo fue declarado contrario a la normativa de competencia tanto nacional como de la Unión Europea (art. 1

³¹ Reforma la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 8/2017.

³² Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, Disposición adicional trigésima cuarta bis (nueva), BOE de 4 de julio de 2018.

³³ Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019, artículo 12, BOCG de 16 de enero de 2019.

³⁴ Publicado en el BOE nº26 de 30 de enero de 2014, mediante Resolución de 17 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo.

³⁵ Este acuerdo vino precedido del fallido IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, suscrito el 26 de julio de 2007, por ANESCO, y los sindicatos CIG, CETM y LAB, y que fue declarado contrario a la normativa de competencia tanto nacional como comunitaria por parte del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en Resolución de 24 de septiembre de 2009, recaída en el expediente 2805/07 EMPRESAS ESTIBADORAS.

³⁶ Es el caso de los convenios negociados en los puertos de Barcelona y de Algeciras.

³⁷ Con el que pretendían reemplazar el III Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario del año 1999 (BOE 295 de 10 de diciembre de 1999).

Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y art. 81 del Tratado CE) por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en 2009 en resolución confirmada por el TS³⁸. En esta sentencia, el Tribunal Supremo señala:

*“...el cuestionado IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector de la Estiba Portuaria, suscrito entre la representante de la asociación empresarial ANESCO y los sindicatos de trabajadores CETM, CIG y LAB, desborda por su contenido el marco estrictamente laboral de los convenios colectivos, al extender su ámbito aplicativo subjetivo y funcional en contravención de los postulados de liberalización de los servicios portuarios que informan la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, al incluir actividades complementarias realizadas por empresas no estibadoras, distintas de las empresas de estiba, y al afectar a trabajadores no incorporados a este tipo de empresas, por lo que resulta incuestionable que la legalidad del citado IV Acuerdo pueda ser enjuiciada tanto desde la perspectiva de su conformidad al Estatuto de los Trabajadores, como desde la óptica del Derecho de la Competencia, **cuando incluye cláusulas -como acontece en el presente caso- que tienen por objeto restringir la competencia en el mercado de los servicios portuarios complementarios que afecta a todos los puertos de interés general en beneficio de las empresas de estiba.**”*

5. Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo

Transcurridos casi dos años desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017, cuyo marco normativo continúa plenamente vigente y cuando apenas quedaba un año para la conclusión del período transitorio previsto en el mismo, el Gobierno dictó el Real Decreto-ley 9/2019³⁹.

En su Exposición de Motivos se pone de manifiesto la necesidad de completar la regulación normativa y **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**.

³⁸ Resolución de 24 de septiembre de 2009, recaída en el expediente 2805/07 EMPRESAS ESTIBADORAS, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2016. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) 538/2016 de 8 de marzo de 2016.

³⁹ Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, que 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 (publicado en el BOE de 30 de marzo de 2019).

La modificación de la Ley 14/1994 por el Real Decreto-ley 9/2019 añade la nueva figura de los CPE que pueden crearse al amparo del Real Decreto-ley 8/2017 e introduce un nuevo Capítulo V donde los regula con mayor detalle.

El Real Decreto-ley 9/2019 otorga a los agentes sociales la posibilidad de establecer la subrogación obligatoria de parte del personal de las SAGEP para casos en los que ciertas empresas deseen separarse de éstas, posibilidad que podrá ejercerse durante el periodo transitorio establecido en el Real Decreto-ley 8/2017.

La nueva norma justifica esta modificación de la Ley 14/1994 por la **necesidad de garantizar que todos los operadores, CPE y ETT, compitan en igualdad de condiciones** en la prestación de servicios de puesta a disposición. En particular, dos son los elementos que tiene en cuenta:

- La limitación del ámbito funcional o sectorial en el que van a poder operar los CPE, que queda reducido a la actividad de la estiba portuaria. A diferencia del carácter multisectorial que pueden presentar las usuarias de las ETT, los trabajadores que ocupen los CPE únicamente podrán ser puestos a disposición de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios.
- El hecho de que la gran mayoría del personal perteneciente a las SAGEP cuenta con un contrato de trabajo por tiempo indefinido, de modo que el tránsito ordenado de los estibadores portuarios desde las anteriores SAGEP a los nuevos CPE implicará la incorporación a la plantilla de éstos últimos de un número de trabajadores con contrato fijo.

A tal fin, el artículo 4 del Real Decreto-ley 9/2019 recoge lo siguiente:

- “1. Con el fin de garantizar el principio de estabilidad en el empleo, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales podrán establecer, mediante un acuerdo o un convenio colectivo, las medidas de subrogación necesarias para el mantenimiento del empleo de los trabajadores que, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, estuvieran prestando servicios portuarios de manipulación de mercancías y sigan prestándolo a la entrada en vigor del presente, en los supuestos previstos en los siguientes apartados.*
- 2. Cuando las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías opten por dejar de ser accionistas de la SAGEP, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, produciéndose el decrecimiento de la actividad de esta última, procederá la aplicación del mecanismo subrogatorio cuando así se*

acuerde conforme a lo dispuesto en el apartado 1. Igual facultad negociadora dispondrán las citadas organizaciones cuando los socios de las SAGEP opten por su disolución. El mecanismo subrogatorio que, en su caso, pueda acordarse deberá ser transparente, objetivo y equitativo, de acuerdo con los principios y garantías que informan el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, en los casos en que conforme a la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, las SAGEP opten por transformarse en centros portuarios de empleo, el nuevo centro portuario se subrogará en la posición de empleador de los trabajadores de las SAGEP una vez consumada la sucesión de la actividad relativa al empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta a disposición, de forma temporal, entre empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

4. Las facultades conferidas por el presente artículo a los agentes sociales, podrán ejercerse exclusivamente durante el periodo transitorio establecido en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo.

Por tanto, la habilitación legal a que, a través de la negociación colectiva, se pueda acordar una subrogación obligatoria de trabajadores en los casos previstos tiene una **vigencia temporal limitada** que finaliza cuando concluya el período transitorio de adaptación de tres años que reconoció el Real Decreto-ley 8/2017.

Finalmente, se prevé que en el plazo máximo de nueve meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2019, las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en el mismo, en el Real Decreto-ley 8/2017 y en el artículo 49 del TFUE.

IV. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

Las conductas objeto de la presente resolución se desarrollan en el mercado de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

1. Mercado de Producto

Las conductas analizadas en el presente expediente afectan al mercado de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

El diccionario de la Real Academia Española define la estiba como aquella actividad consistente en la *“colocación conveniente de los pesos de un buque, y en especial de su carga”*.

No obstante, las distintas definiciones que de esta actividad ha hecho la normativa reguladora en nuestro ordenamiento la han vinculado con otros tipos de actividades. En el vigente marco jurídico, definido por el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (**TRLPEMM**) las actividades de estiba y desestiba se encuentran incluidas dentro del denominado servicio portuario de manipulación de mercancías, el cual se halla integrado por *“las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte”* (art. 130)⁴⁰.

Se trata de una actividad de importancia vital para la competitividad del tráfico marítimo, en la medida en que su ejecución eficaz permite reducir la duración de la estancia de los buques en puerto, pero en el caso de que no funcione de manera adecuada puede paralizar la operativa portuaria y generar gastos muy elevados a los distintos operadores afectados por el comercio de las mercancías transportadas.

Por ello la actividad de la estiba ha estado tradicionalmente sujeta a una intensa intervención pública con el objeto de garantizar la existencia de una mano de obra suficientemente cualificada disponible en cada puerto, con independencia del momento de la llegada de un buque.

La gestión del colectivo de trabajadores dedicados a la estiba fue tradicionalmente encomendada a unas sociedades de gestión de personal, cuyo objeto social no son los trabajos portuarios, sino únicamente la puesta a disposición de las empresas prestadoras de los trabajadores necesarios para su actividad y que sean aptos para prestar el servicio de estiba (o de manipulación de mercancías, en su denominación actual). Por ello, el pilar fundamental sobre el que se constituyó el régimen jurídico de la estiba en nuestro ordenamiento fue, como se ha reflejado, la reserva exclusiva de las labores propias de la estiba en favor de los trabajadores que forman parte de estas sociedades de gestión (SEED desde 1986, APIE desde 2003 y SAGEP desde 2010).

2. Mercado Geográfico

La CNMC ha tenido la ocasión de señalar en varias ocasiones que el servicio portuario de manipulación de mercancías despliega efectos en los puertos de origen o destino de mercancías que van a ser objeto de transporte marítimo sea nacional o internacional. Por ello afecta directa o indirectamente a los operadores del mercado (navieras, armadores, transitarias, consignatarias...), a los exportadores o importadores y en última instancia a los clientes finales⁴¹.

⁴⁰ Aprobado mediante 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. BOE núm. 253, de 20/10/2011.

⁴¹ Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0596/16 Estibadores Vigo en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc059616>.

Cabe destacar que la conducta está vinculada con la carga y descarga de mercancías en todos puertos que tienen la condición de puerto de interés general, de competencia estatal.

En el año 2016, el tráfico comercial de España con la Unión Europea canalizado por vía marítima supuso el 72,48% y el 67,17% de las exportaciones e importaciones, respectivamente⁴². El comercio internacional representó el 82,35% del tráfico de mercancías operado por los puertos españoles, frente al 17,65% que suponen los intercambios con origen/destino en España⁴³.

Ello pone de manifiesto el peso del servicio de manipulación de mercancías en el conjunto de costes del tráfico marítimo, lo que lo convierte en un factor esencial de la competencia interportuaria. También permite verificar el papel esencial del transporte marítimo en el comercio de España con el resto de la Unión Europea.

Por ello, puede concluirse que, en este caso, el mercado geográfico afectado es superior al nacional, dado que aunque la conducta se ejecuta en España, sus efectos trascienden de este mercado por lo que debe considerarse, al menos, de carácter europeo.

V. HECHOS ACREDITADOS

1. Introducción

Los hechos acreditados en el presente expediente relativos a las prácticas investigadas que se exponen a continuación tienen su origen en la instrucción realizada por la DC.

En los párrafos 85 a 119 del PCH, se exponen los hechos respecto de los que las empresas han podido ejercer su derecho de defensa. Tales hechos fueron expuestos por el órgano instructor en el informe y propuesta de resolución elevado a esta Sala y posteriormente recogidos en el acuerdo de remisión a la Comisión Europea.

La propuesta de resolución estructura los hechos acreditados en dos bloques que esta Sala ha decidido mantener.

2. En relación con las negociaciones para la adopción del V Acuerdo Estatal y modificación del IV Acuerdo

1. Al objeto de dar cumplimiento a lo previsto en la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 8/2017, que obliga a adaptar la normativa convencional a lo dispuesto por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de

⁴² Fuente: Secretaría de Estado de Comercio (DataComex).

⁴³ PUERTOS DEL ESTADO: Anuario Estadístico 2016. Disponible en: <http://www.puertos.es/es-es/estadisticas/RestoEstad%C3%ADsticas/anuarioestadisticos/Paginas/2016.aspx>

diciembre de 2014, 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 Acuerdo⁴⁴.

En la reunión de 29 de junio de 2017 de la citada Comisión Negociadora se adoptaron, entre otros, los siguientes acuerdos⁴⁵:

- 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 fijado.
- Negociar y definir la subrogación convencional hasta alcanzar acuerdos definitivos para integrarla en el V Acuerdo.
- Mantener, hasta el 30 de septiembre de 2017, “un clima de estabilidad que permita la negociación”. Para ello ANESCO y sus empresas asociadas se comprometen a garantizar el 100% del empleo de los estibadores portuarios contratados por las SAGEP. Los sindicatos se comprometen “a mantener la paz social” durante ese periodo.

2. El 6 de julio de 2017, se celebró una reunión en la que se adoptó la modificación puntual del IV Acuerdo Estatal.

Intervinieron como representantes⁴⁶:

- Por parte de las empresas: ANESCO (ostenta el 100% de la representación empresarial)
- Por parte de los trabajadores: CETM Coordinadora (78,70% de representatividad), UGT (7,87% de representatividad), CCOO (4,17% de representatividad), LAB (2,31% de representatividad),

⁴⁴ 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).

⁴⁵ 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).

⁴⁶ Acta de la reunión de 6 de julio de 2017 de modificación del IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria, aportada por ANESCO (folios 124 a 128) y publicada mediante Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica como convenio colectivo (BOE 170 de 18 de julio de 2017).

CIG (1,39% de representatividad) y ELA (0,93% de representatividad).

La modificación consistió en la adición de una Disposición adicional séptima con la siguiente redacción⁴⁷:

“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.***

*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”.

⁴⁷ El documento se publicó como convenio colectivo estatutario de los previstos en el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores.

Este acuerdo fue votado favorablemente. Por la parte empresarial, ANESCO. Por la representación sindical, contó con el voto favorable de CETM, UGT, CC. OO. y CIG (lo que supone el 96,601% de la representatividad sindical). Los sindicatos ELA y LAB manifestaron que *“aunque están de acuerdo con el contenido de la nueva disposición adicional, no procederán a su firma por política sindical dado que tampoco suscribieron el IV-ASE [IV Acuerdo]”* (folio 127).

3. La Comisión Paritaria Sectorial Estatal (en adelante, CPSE) está integrada por 7 representantes de las organizaciones sindicales firmantes y 7 representantes de ANESCO⁴⁸ (folios 2516 a 2519).

4. Posteriormente, se llevaron a cabo otras dos modificaciones puntuales del Acuerdo:

- La modificación del artículo 19 del IV Acuerdo relativo a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, propuesta en la reunión de la Comisión negociadora de 20 de julio de 2017.

Entre otros aspectos, esta modificación 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”*.

La modificación se adoptó mediante acuerdo de 20 de diciembre de 2017, con el apoyo unánime de la parte empresarial y el voto favorable de CETM, UGT, CC.OO. y CIG por la parte sindical, lo que supone el 96,601% de la representatividad. ELA y LAB, miembros de la Comisión Negociadora, no participaron en la reunión⁴⁹.

- La modificación de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo, añadiendo un apartado segundo en relación con las

⁴⁸ Artículo 19.2 del IV Acuerdo.

⁴⁹ 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).

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 separación⁵⁰.

“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.

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***

⁵⁰ 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.

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.***

3. En relación con la aplicación de la disposición adicional séptima al IV Acuerdo con motivo de la solicitud de separación de IST de la SAGEP del Puerto de Sagunto

5. El Real Decreto-ley8/2017, en su disposición transitoria primera, permite a las empresas accionistas de las SAGEP ejercer su derecho a separarse de la misma, en un plazo de seis meses, de manera individual y voluntaria, sin más condicionamientos que la venta de sus acciones al resto de accionistas que decidan continuar en ella. Sin embargo, en el IV Acuerdo se introdujeron una serie de obligaciones adicionales como la imposición a las empresas de la subrogación del personal estibador de la SAGEP tal como se ha indicado.

6. Transcurridos los seis meses previstos por el Real Decreto-ley, la única empresa que consta que solicitó su separación de la SAGEP fue IST, perteneciente al GRUPO ALONSO, activa en el Puerto de Sagunto y titular de una licencia para la prestación del servicio de manipulación de mercancías, concretamente en el ámbito de entrega y recepción de contenedores⁵¹.

Según informa Puertos del Estado, en el Puerto de Vilagarcía de Arosa, la empresa GARCÍA REBOREDO HERMANOS, S.L. habría comunicado su interés de separarse de la SAGEP, pero sin que se tenga información de su efectiva tramitación⁵². Igualmente, y también de acuerdo a la información proporcionada

⁵¹ Puede verificarse en la página de GRUPO ALONSO <http://grupo-alonso.com/>

⁵² Escrito de Puertos del Estado en contestación a requerimiento de información de la Dirección de Competencia (folios 2937 a 2944).

por Puertos del Estado, las empresas socias de las SAGEP de Ferrol, Coruña y Marín, han anunciado su intención de disolverlas, si bien no se ha adoptado aún ningún acuerdo al efecto⁵³.

7. El 13 de noviembre de 2017 IST comunicó su voluntad de separarse de la SAGEP de Sagunto (en adelante, SESASA) mediante un escrito dirigido al Consejo de Administración de dicha entidad (folios 2248 y 2249)⁵⁴.

Los motivos que alegados por IST fueron la insuficiencia del servicio prestado por SESASA; la incompatibilidad entre las especialidades de los estibadores requeridas por IST para su operativa y la organización de asignación de especialidades de la SESASA; el incumplimiento de los pactos alcanzados en 2011 con el Comité de Empresa⁵⁵, y la inseguridad jurídica y laboral de cara al futuro, dada las diferencias de los plazos concesionales con otros socios de la SAGEP⁵⁶(folios 2327 a 2331).

⁵³ Un supuesto particular es el del Puerto de Cartagena, dotado de un régimen especial que ha permitido la pervivencia de la antigua Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba. La disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 8/2017 establece a estos efectos lo siguiente: “En el plazo máximo de seis meses desde la finalización del periodo transitorio la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena podrá extinguirse o continuar su actividad, debiendo obtener en este caso la autorización exigida en el artículo 2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal, que le será de plena aplicación, así como la restante normativa aplicable a dicha clase de empresas”. Por otra parte, según publicaciones en medios, la SAGEP del Puerto de Valencia (SEVASA) habría culminado su conversión en un Centro Portuario de Empleo, en aplicación de lo previsto en el Real Decreto-ley 8/2017: <http://www.cadenadesuministro.es/noticias/sevasa-completa-su-transformacion-en-centro-portuario-de-empleo/>

⁵⁴ Hasta ese momento, SESASA contaba en su accionariado con la participación de cinco empresas (folio 2529): NOATUM TERMINAL POLIVALENTE, S.L.U. (32,33%), PORTUARIA LEVANTINA, S.A. (20,06%), INTERSAGUNTO TERMINALES (19,02%), LOGÍSTICA PUERTO DE SAGUNTO, S.L. (15,08%) y BERGÉ MARÍTIMA, S.L. (13,51%). En noviembre de 2017 también solicitaron su salida de la SESASA, LOGÍSTICA PUERTO DE SAGUNTO, S.L. (LPS), PORTUARIA LEVANTINA, S.A. (PORLESA) y NOATUM. Mientras que en el caso de LPS y PORLESA su salida del accionariado vino motivada por la previa expiración, el 26 de mayo y 26 de octubre de 2017, de sus respectivas licencias para la prestación del servicio de manipulación de mercancías, la petición de NOATUM TERMINAL POLIVALENTE, S.L.U. (en adelante, NOATUM), estaba condicionada al supuesto de quedarse como única accionista de SESASA (folios 2448 y 2451). A resultas de estas comunicaciones, el 18 de diciembre de 2017 BERGÉ MARÍTIMA, S.L. (en adelante, BERGÉ) adquirió la participación de PORLESA (folio 2573 a 2588) y NOATUM adquirió la de LPS (folios 2589 a 2608); de modo que, a partir de ese momento, el accionariado de SESASA quedó repartido entre tres empresas del modo siguiente (folio 2529): NOATUM (47,41%), BERGÉ (33,57%) e IST (19,02%).

⁵⁵ En el año 2011 tuvo lugar la firma de un acuerdo entre SESASA, su Comité de Empresa e IST con el fin de asegurar un nivel mínimo de operatividad que garantizase la viabilidad de la nueva terminal de IST en el Puerto de Sagunto, orientada al tráfico de contenedores en línea regular, que según indica IST ha sido objeto de incumplimiento en muchas de sus cláusulas (folios 2320 a 2321).

⁵⁶ Mientras IST dispone de una concesión hasta 2049, las concesiones de BERGÉ y NOATUM finalizan en 3 y 6 años respectivamente, lo cual podría suponer para IST la obligación de asumir

8. Según informa la empresa, a partir del momento en el que comunicó su intención de separarse de SESASA, tanto ella misma como otras empresas pertenecientes al GRUPO ALONSO, fueron objeto de una serie de actos que han perjudicado notablemente su negocio y competitividad⁵⁷.

Concretamente, IST informa de que el 4 de diciembre de 2017 comunicó a la Autoridad Portuaria de Valencia (APV) el descenso del rendimiento en los servicios prestados por los trabajadores de SESASA para la actividad de manipulación de mercancías (folios 2477 y 2478)⁵⁸.

A resultas de las citadas denuncias, SESASA incoó una serie de expedientes disciplinarios al amparo de lo previsto en el IV Acuerdo vigente⁵⁹.

IST ha acreditado otro tipo de perjuicios sufridos como la pérdida de clientes, a causa de la imposibilidad de ofrecer un servicio competitivo como consecuencia del acreditado descenso del rendimiento de los trabajadores cedidos por SESASA⁶⁰. La entidad aporta un informe del rendimiento en los trabajos realizados por SESASA durante el año 2017 y en particular durante el mes de diciembre (folios 2467 a 2476) y acta notarial de la valoración de los daños económicos sufridos por IST comunicados a SESASA el 1 de enero de 2018 (folios 2500 a 2511).

La naviera NISA MARÍTIMA, perteneciente al GRUPO ALONSO, también denunció ante Puertos del Estado un boicot sufrido en diversos puertos en los que opera⁶¹.

la totalidad de la plantilla del futuro Centro Portuario de Empleo que eventualmente pudiera constituirse al finalizar el periodo transitorio, al quedarse como única socia.

⁵⁷ Escrito de contestación de IST a requerimiento de información realizado (folios 2321 a 2341).

⁵⁸ Asimismo, los días 14 de diciembre de 2017 y 17 de enero de 2018 IST remitió a SESASA, por conducto notarial, sendos informes de la valoración de los daños sufridos entre el 13 de noviembre de 2017 (fecha de comunicación de su decisión de separación) y el 29 de diciembre de 2017, a causa de ese descenso del rendimiento (folios 2487 a 2489 y 2506 a 2508).

⁵⁹ En el informe presentado ante la Junta General Extraordinaria de Socios de SESASA, celebrada en fecha 15 de marzo de 2018, SESASA comunicó la incoación de 103 expedientes disciplinarios y correspondiente propuesta de sanción contra aquellos de sus trabajadores incurso en conductas constitutivas de infracción (folios 2698 a 2702). En particular, según se indica en el citado informe, se considera que todos los hechos denunciados por IST son constitutivos de una falta grave tipificada en el art. 18.5.2 del IV Acuerdo, consistente en la “negligencia o desidia en el trabajo que afecte a la buena marcha del mismo, la disminución voluntaria del rendimiento, o retardar el cumplimiento de las órdenes recibidas de sus superiores, sin causa que habilite para ello” (folio 2699).

⁶⁰ En particular, se señala que COMPAGNIE TUNISIENNE DE NAVIGATION (COTUNAV) comunicó a IST el 14 de diciembre de 2017 que dejaba de trabajar con IST debido a los continuos retrasos sufridos en el servicio (folios 2452 a 2465). Por otra parte, los días 2, 8 y 22 de marzo de 2018, diversos trabajadores de IST presentaron denuncias ante la Guardia Civil por amenazas, coacciones y agresiones presuntamente procedentes de trabajadores pertenecientes a SESASA cuando acudían a su puesto de trabajo en el Puerto de Sagunto (folios 2557 a 2568 y 2570 a 2572).

⁶¹ NISA MARÍTIMA es también cliente de IST en el Puerto de Sagunto, y como tal también ha sufrido indirectamente los perjuicios derivados de la imposibilidad de IST de prestar un servicio

El propio organismo Puertos del Estado informó a la Dirección de Competencia de la situación sufrida por NISA MARÍTIMA⁶² (folios 799 a 808).

En el citado escrito, Puertos del Estado informa de que el 8 de enero de 2018 recibió una denuncia de NISA MARÍTIMA en la que manifiesta haber sufrido desde el 18 de noviembre de 2017 un descenso de rendimiento del servicio prestado por el personal cedido por las SAGEP en los puertos de Sagunto, Las Palmas, Arrecife, Santa Cruz de Tenerife y Barcelona, que le ha obligado a alterar algunas de sus rutas y, en general, ha deteriorado su competitividad (folios 809 a 813).

A resultas de dicha denuncia, el 9 de enero de 2018, Puertos del Estado dirigió un requerimiento de información, al amparo del artículo 125.1 del TRLPEMM, a las Autoridades Portuarias de los Puertos afectados por los hechos denunciados (folios 834 a 877). En respuesta a dichos requerimientos, las Autoridades Portuarias de Valencia y Las Palmas **confirmaron el descenso del rendimiento** en aquellas operaciones en que estaban implicadas empresas del GRUPO ALONSO, coincidiendo con la comunicación de la decisión de IST de su abandono de la SAGEP del Puerto de Sagunto⁶³. La Autoridad Portuaria de Las Palmas informó también de la apertura de expedientes disciplinarios a los trabajadores responsables⁶⁴. La Autoridad Portuaria de Tenerife contestó que no tenía nada que manifestar al respecto⁶⁵. La Autoridad Portuaria de Barcelona manifestó que los bajos rendimientos denunciados estaban justificados por la necesaria aplicación de medidas de higiene y seguridad en el trabajo⁶⁶.

9. Tras la solicitud de separación de IST se inició el correspondiente procedimiento en aplicación de la mencionada disposición del IV Acuerdo.

adecuado en este puerto, junto a otras navieras como COTUNAV o HAPAG LLOYD, tal y como se indica en el informe pericial aportado por IST), concluyendo q salvo los días de temporal y similares, esa baja se debió a la voluntariedad de los trabajadores (folios 2467 a 2476).

⁶² Mediante escrito remitido el 5 de marzo de 2018 al amparo del artículo 125.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, **TRLPEMM**), que atribuye a este organismo la facultad de poner en conocimiento de la CNMC, los actos que presenten indicios de resultar contrarios a la LDC “Poner en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia, oídas las Autoridades Portuarias afectadas, los actos, acuerdos, prácticas y conductas de las que se pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia o pudieran alterar la libre competencia entre puertos».

⁶³ Folios 878 a 915 (Autoridad Portuaria de Valencia) y folios 926 a 930 (Autoridad Portuaria de Las Palmas).

⁶⁴ Folios 1310-1545. En relación al Puerto de Arrecife en particular, la Autoridad Portuaria de las Palmas informó que en relación a la reclamación presentada por NISA MARÍTIMA, el Consejo de Administración de la SAGEP había indicado que las incidencias venían «motivadas por la aplicación de medidas de seguridad» (folios 1548 1884).

⁶⁵ Folio 1904.

⁶⁶ Folios 1890 a 1902. La AP de Barcelona adjunta informe al respecto elaborado por el Servicio de Prevención Mancomunado del Puerto de Barcelona (folios 1895 a 1902).

El 21 de noviembre de 2017 remitió su solicitud de separación de SESASA a la CPSE (folios 2512 a 2515).

El 4 de diciembre de 2017 la CPSE organizó una reunión “para establecer los criterios para la asignación de trabajadores que habrían de ser subrogados”⁶⁷.

IST alegó que en la citada reunión se vulneró su derecho de audiencia ya que su participación se limitó a la exposición de su propuesta y no se le dio la oportunidad de estar presente durante la exposición del resto de partes interesadas (SESASA y la representación unitaria de los trabajadores), quienes sí lo estuvieron durante la intervención de IST (folios 2525 a 2528).

La CPSE se reunió de nuevo el 11 de enero de 2018 con el fin de tratar los criterios de asignación de los trabajadores subrogados a IST⁶⁸.

IST ha denunciado que, a petición del sindicato CETM, se mantuvieron varias reuniones informales (el 11 y 29 de enero) en las que **solicitó que IST retirara su decisión de separarse de la SAGEP**⁶⁹.

Además, durante el mes de marzo de 2018, al tiempo que se estaba negociando la asignación de trabajadores a IST, los trabajadores estibadores de SESASA coaccionaron la entrada y salida del personal de IST y les fue necesario solicitar protección policial⁷⁰.

10. El 4 abril de 2018 la CPSE (entidad en que, como se ha acreditado, están representadas las empresas competidoras de la solicitante por 7 de las participantes en este mercado) informó favorablemente el mecanismo de asignación determinado.

Según indica el certificado de la CPSE emitido con posterioridad a dicha reunión, “en dichas reuniones se consensuó que el número de trabajadores a subrogar es de 19, con las siguientes categorías y especialidades: 2 capataces, 3 clasificadores, 3 operadores de grúas portainer, 5 mafistas, 4 carretilleros y 2 estibadores. Como quiera que el número de voluntarios era superior al de trabajadores a subrogar, se acordó efectuar la asignación de personal conforme al criterio previsto en el apartado (v) de la citada disposición adicional, de donde resultó un listado nominal de estibadores, en relación con el que concurría la conformidad de todas las partes” (folios 2543 y 2544).

El número concreto de trabajadores asignados a IST corresponde al 19,02% de su participación en el accionariado de la SAGEP y según IST, la concreta identificación de las categorías y especialidades de estos 19 trabajadores ha sido realizada por SESASA, en función de las personas que esta empresa ha empleado en los últimos doce meses anteriores a la fecha de comunicación de

⁶⁷ Acta de la reunión (folios 2516 a 2519).

⁶⁸ Acta de la reunión de la CPSE de 11.01.2018 aportada por IST (folios 2532 a 2535).

⁶⁹ Escrito de contestación de IST a requerimiento de información realizado (folios 2321 a 2341).

⁷⁰ IST aporta denuncias a la Guardia Civil, a la Policía nacional y a la policía portuaria (folios confidenciales 2545 a 2572).

IST de separarse de la SAGEP. Tras comunicarse por la SAGEP esta propuesta, todos los trabajadores han aceptado subrogarse voluntariamente.

IST ha manifestado que la efectiva incorporación de 19 trabajadores más a su plantilla, en condiciones de jornada laboral completa todo el año y sin flexibilidad, no responde a sus necesidades operativas y supone un sobredimensionamiento de su plantilla⁷¹. La separación se llegó a hacer efectiva.

4. Negociación del V Acuerdo Marco

11. En aras de conseguir el ajuste al derecho de la competencia del V Acuerdo Marco, las partes de este Acuerdo han presentado tres borradores a la CNMC en diciembre de 2019, mayo y julio de 2020⁷².

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

VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial y objeto de la resolución

Corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolver los procedimientos sancionadores en aplicación de la LDC en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia⁷³. Por ello la Sala de Competencia debe resolver en este expediente, si las prácticas investigadas son constitutivas de infracción de los artículos 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE.

Como se ha indicado en el apartado correspondiente, el mercado geográfico afectado por el presente expediente abarca todo el territorio nacional en la medida en que abarca los puertos de interés general. Además, consideradas las circunstancias descritas, se cumple también el criterio de afectación al comercio interior de la Unión Europea que determina la aplicación del artículo 101 del

⁷¹ IST indica que dar pleno empleo a los 19 trabajadores subrogados es el equivalente a 95 contrataciones en 5 días frente a las 52,5 contrataciones reales en 7 días que venían realizando en los últimos meses. IST señala que estos datos pueden encontrarse en la información sobre contrataciones mensuales de la SAGEP (folio 2339).

⁷² 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>

⁷³ De acuerdo con los artículos 5.1.c) y 20.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC) y el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

TFUE, tal como indican las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 101 y 102 TFUE⁷⁴.

SEGUNDO. Propuesta de Resolución del órgano instructor

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia ha propuesto que se resuelva el procedimiento de la forma siguiente:

“Primero. Que se declare la existencia de una práctica prohibida al entrar las conductas descritas dentro del ámbito de aplicación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Segundo. Que se declare responsable de la infracción a la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CC.OO.), Confederación Intersindical Galega (CIG), Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB) y Eusko Langileen Alkartasuna (ELA).

Tercero. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.

Quinto. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en la infracción a la que se refiere el apartado anterior, se proponen las siguientes sanciones:

- Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO): 6.190.000€.
- Comisiones Obreras (CC. OO.): 300.000€.
- Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM): 4.000€
- Confederación Intersindical Galega (CIG): 200.000€
- Eusko Langileen Alkartasuna (ELA): 40.000€
- Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB): 120.000€.
- Unión General de Trabajadores (UGT-FSMC): 300.000€.”

TERCERO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

1. Tipicidad de las conductas

El artículo 1 de la LDC prohíbe “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por

⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión referente a las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*, 2004, DOUE nº C101/81, de 27 de abril de 2004.

objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
 - b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
 - c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- [...].”*

Por su parte, el artículo 101 del TFUE incluye una prohibición en términos similares a la incluida en el artículo 1 de la LDC.

La aplicación de la normativa europea de competencia viene determinada por la afectación de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros, como establece el apartado 12 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado⁷⁵.

En dichas directrices se establece que “una región e incluso un puerto o un aeropuerto situado en un Estado miembro pueden, dependiendo de su importancia, constituir una parte sustancial del mercado común. En estos casos debe tenerse en cuenta si la infraestructura en cuestión se utiliza para prestar servicios transfronterizos y, en caso afirmativo, hasta qué punto. Cuando ciertas infraestructuras tales como aeropuertos y puertos son importantes desde el punto de vista de la prestación de servicios transfronterizos, es posible que el comercio entre Estados miembros se vea afectado”.

En el supuesto que nos ocupa no existe duda de la afectación de la conducta al comercio entre los Estados, dado que las mismas afectan a todos los puertos de interés general españoles, lo que genera un relevante tráfico internacional de mercancías. Además la relevancia del sistema de estiba ya ha sido acreditada desde la perspectiva de las libertades de la Unión.

Por ello es de aplicación del artículo 101 del TFUE en este supuesto.

Por otro lado, el artículo 1.2 de la LDC, en el mismo sentido que el 101.2 del TFUE, señala que:

“son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley”.

⁷⁵ DOUE C 101 de 27 de abril de 2004.

La aplicación de la prohibición de estos preceptos exige, básicamente, que exista un acuerdo o conjunción de voluntades entre al menos dos empresas y que tenga por objeto o produzca o pueda producir una restricción de la competencia en el mercado.

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

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

Resulta innegable que los principios de libre competencia no son absolutos y que los mismos deben ponderarse por el legislador (europeo y nacional) con otros bienes jurídicos dignos de protección y que las normas de competencia ceden cuando existen valores que lo requieren. Tal ponderación debe realizarse de acuerdo con los parámetros marcados por el Derecho de la Unión Europea y el ordenamiento jurídico interno.

Uno de los supuestos en los que en nuestro sistema se limita la aplicación de la normativa de competencia es la negociación colectiva en la medida en que la misma tiene como objetivo, precisamente, proteger los derechos de los trabajadores como un valor indudablemente digno de la mayor protección.

Sin embargo, en varias ocasiones, los Tribunales nacionales y europeos han afirmado que el hecho de que un acuerdo entre operadores económicos se contenga en un convenio colectivo no obsta lógicamente por sí mismo para la aplicación de las previsiones del Derecho de 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 legales⁷⁶.

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

⁷⁶ 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.

*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 designio 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 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 conseguirlo⁷⁷. 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 mínimos⁷⁸.

*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.***

En las alegaciones que la Comisión Europea realiza en la cuestión prejudicial planteada por la CNMC, ante la pregunta de si debería considerarse que el artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que prohíbe los acuerdos entre operadores y representantes de los trabajadores, incluso bajo la denominación de convenios colectivos, cuando determinan (i) la subrogación de los trabajadores vinculados con la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios ('SAGEP') por parte de las empresas que se separan de ella y (ii) el modo en que la citada subrogación se realiza, se realizan afirmaciones dignas de ser traídas a colación.

45. Según la jurisprudencia del Tribunal, aunque ciertas restricciones de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos entre organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sometidos al artículo 101(1) TFUE en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y trabajo.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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 la consideraciones recogidas.

Realizada tal manifestación la Comisión recuerda el contenido de la Sentencia *Albany* para determinar 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 competencia.

Al efecto, la Comisión va analizando si puede considerarse que en la cuestión planteada existe un “acuerdo entre empresas”.

51 (...) “en el caso de autos, se puede considerar que ha habido un “acuerdo entre empresas” en el seno de ANESCO, en cuanto que “asociación de empresas ” en el sentido del artículo 101(1) TFUE para suscribir el acuerdo colectivo en cuestión y para quedar vinculados por éste”.

Además, la Comisión recuerda que corresponde a la CNMC determinar si la actuación de los sindicatos puede ser calificada como económica.

La Comisión aporta también los criterios que deben tomarse en consideración para determinar si una cláusula está dentro del ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE por su “naturaleza y objeto”.

En este punto trae 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 priva 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.***

También menciona la Comisión la Sentencia *Holship* del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)⁷⁹:

⁷⁹ 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.

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.

En el presente asunto, tal como se ha podido verificar, las conductas no se subsumen en las cuestiones que se han considerado por la jurisprudencia inherentes de la negociación colectiva. Especialmente las condiciones en que se determina la subrogación (con intervención de competidores y selección de unos trabajadores frente a otros) así como las prácticas acreditadas en el caso de la única separación planteada, exceden del contenido intrínseco a la negociación colectiva.

No puede considerarse que las conductas tengan 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 optado.

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

En este supuesto, la realización de esta conducta se arbitra por medio de acuerdos entre empresas competidoras y representantes de los estibadores por lo que merece una especial mención la responsabilidad de los sindicatos.

El concepto de empresa en el ámbito de la competencia es muy amplio y comprende a toda entidad que ejerza una actividad económica con independencia de su estatuto jurídico o de su modo de financiación como recoge la propia Sentencia Albany en su párrafo 77, remitiéndose a la jurisprudencia reiterada del TJUE. Por ello, 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 siguiente⁸⁰:

⁸⁰ 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).

“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).

Esta interpretación fue avalada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 30 de septiembre de 2009⁸¹:

“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 dice⁸²: *“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.” (subrayado añadido).*

⁸¹ Número de recurso 815/2009, dictada en relación con el expediente 2805/07 Empresas Estibadoras.

⁸² Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, (Asunto COMP/ C38279/F3.- Carnes vacuno francesas), en el punto 112.

C. Aplicación a los hechos acreditados

Ha quedado acreditado que la modificación del IV Acuerdo Marco, firmada entre las empresas estibadoras y los sindicatos, tras la modificación normativa que buscaba la liberalización del servicio, establece la obligación de las entidades socias de la SAGEP que quieran ejercer el derecho de separación de subrogarse forzosamente de trabajadores en una forma determinada. En el procedimiento establecido para realizar tal subrogación interviene la Comisión Paritaria Sectorial Estatal. Se determinan los criterios de asignación de los trabajadores que deberán subrogarse y consta una solicitud de ejecución de tal procedimiento de subrogación.

Las conductas analizadas tienen 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 (ver punto 9 de los hechos probados).

Todo ello, unido a los hechos acreditados que demuestran una actuación generalizada en contra del grupo de empresas al que pertenece la empresa IST (ver puntos 6 a 8 de los hechos probados) con el fin de frustrar su separación y generarle una desventaja competitiva mediante la reducción del rendimiento de los trabajadores cedidos por las correspondientes SAGEP desde el momento en que notificó su decisión de separación de la SAGEP y hasta que se le adjudicaron los trabajadores que debía subrogar, ha tenido, indudablemente, un efecto disuasorio que, en último término, lleva al mantenimiento del *status quo* existente y a perpetuar la distorsión del mercado que el Tribunal de Justicia exigía eliminar, y contribuye a mantener el sobrecoste que dicho sistema supone para las empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías. Una distorsión a todas luces innecesaria y desproporcionada, pues excede las medidas de protección de la estabilidad en el empleo introducidas por la propia DT segunda del RDL de 2017 y por la modificación introducida por el RDL de 2019, que perseguían ya, justamente, facilitar la transición desde el régimen derogado hacia un contexto de libre competencia.

Las exigencias y condicionantes procedimentales establecidos en el régimen de subrogación establecido en la modificación del IV Acuerdo y la práctica que del mismo se ha realizado, resultan, además, en una discriminación de los operadores que pretenden separarse de las SAGEP respecto de los que se

mantienen en el sistema precedente que no puede considerarse amparado por la normativa y resulta por tanto contrario a la competencia.

Existe por tanto un acuerdo entre operadores del que forman parte empresas y representantes sindicales que cumple los requisitos típicos de los artículos 1 LDC y 101 TFUE en la medida en que hay conjunción de voluntades entre al menos dos empresas y puede producir una restricción de la competencia en el mercado. También existe acreditación de que el mismo ha producido efectos en el caso de IST.

Esta conducta va más allá del ámbito propio de la negociación colectiva y constituye por tanto un acuerdo entre operadores con clara incidencia en la competencia. Se trata de un acuerdo entre operadores que excede de las cuestiones nucleares de la negociación colectiva y *“afecta directamente a las relaciones entre empresarios y terceros, como los clientes, los proveedores, los empresarios competidores o los consumidores”*⁸³.

De cuanto antecede se deduce que la modificación del IV Acuerdo persigue obstaculizar la finalidad liberalizadora prevista en el propio Real Decreto-ley 8/2017 y, en última instancia, en la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014. En consecuencia, las conductas investigadas resultan típicas desde la perspectiva de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

2. Antijuridicidad de la conducta

De acuerdo con las exigencias del derecho sancionador español, para que una conducta sea sancionable, además de resultar típica, debe ser antijurídica. Es decir, no puede tener amparo en el ordenamiento jurídico.

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.***

La conducta no resulta amparada por el RDL 2017 ya que el mismo establece un régimen transitorio que vela por el mantenimiento del empleo, pero no ampara la subrogación forzosa, que además no está basada en criterios que respondan a los principios de transparencia, objetividad y equidad.

⁸³ Véanse las mencionadas conclusiones de AG Jacobs en el asunto Albany.

Con posterioridad a la realización de las conductas y al cierre de la instrucción, fue promulgado el Real Decreto-ley 9/2019, cuya incidencia en los hechos investigados es necesario analizar.

Como ya se ha señalado, la norma tiene por objeto, según su exposición de motivos, completar la regulación normativa y **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**. Considerando estos cuatro objetivos debe realizarse la interpretación de su regulación.

En lo que aquí singularmente interesa, el Real Decreto-ley 9/2019 otorga 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 8/2017⁸⁴.

En esta línea, la Comisión Europea, en sus observaciones ante el TJUE en la cuestión prejudicial planteada en este caso (párrafo 76), manifiesta que 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**”.

Por lo tanto, el RDL abre a los agentes la **posibilidad** de negociar sistemas de subrogación pero ni lo exige ni, sobre todo, determina el **modo** en que deben realizarse (es decir el procedimiento de subrogación) ni tampoco el tipo de subrogación que se permite.

Bajo estos parámetros debe concluirse que la norma no ampara la conducta investigada, que resulta contraria a la finalidad **liberalizadora** y de protección de la **libre competencia** de la mencionada normativa.

3. Duración de la conducta

La conducta analizada en la presente resolución ha tenido una duración de algo más de un año, debiéndose considerar como fecha de inicio de la misma, el día 6 de julio de 2017, día en que tuvo lugar la reunión en la que se aprobó el acuerdo que contiene la cláusula que ha resultado ser ilícita (folios 261 a 265). Por otro lado, la fecha final de la infracción es el 4 de octubre de 2018, que coincide con el cierre de la instrucción de este procedimiento sancionador.

⁸⁴ Artículo 4 del Real Decreto-ley 9/2019.

4. Culpabilidad

El artículo 61 de la LDC dispone que “serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley”.

El ejercicio de la potestad sancionadora en materia de defensa de la competencia exige en el ordenamiento jurídico español, la concurrencia de dolo o negligencia en la realización de las conductas por el sujeto infractor.

La conducta consistente en la adopción, en el seno de la Comisión Negociadora del IV Acuerdo, de los acuerdos de modificación del *IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria*, en particular aquellos de fecha 6 de julio de 2017 y 30 de enero de 2018, por los que se impone la obligación de subrogar en las condiciones acreditadas el personal estibador a las empresas que opten por separarse de la SAGEP, constituye una medida injustificada, desproporcionada y discriminatoria que afecta a la libertad de contratación de trabajadores para la 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 trabajadores.

Tal y como consta como hecho acreditado, el anterior acuerdo fue votado favorablemente por los asistentes a las reuniones. Por la parte empresarial, participó ANESCO. Por la representación sindical, contó con el voto favorable de CETM, UGT, CC. OO. y CIG (con los porcentajes mencionados en el hecho probado 2). La firma de los acuerdos por las anteriores entidades lleva implícito el conocimiento de las prácticas anticompetitivas de las cláusulas de que se componía el Acuerdo Marco.

Por otro lado, la ausencia de los sindicatos ELA y LAB de entre los firmantes del acuerdo el 6 de julio de 2017 se debió exclusivamente a razones de política sindical de carácter territorial, ajenas por completo al contenido material de lo pactado en la citada reunión, en la cual, como consta en el expediente, manifestaron expresamente su plena conformidad con el contenido de la disposición adicional 7ª incorporada al IV Acuerdo.

Por tanto, en atención al contenido de los acuerdos aquí sancionados y al papel las entidades firmantes de los mismos, así como su condición de garantes de la legalidad en el desarrollo de las relaciones laborales en el marco de una negociación colectiva, esta Sala considera que los sujetos responsable debieron conocer que este tipo de cláusulas no eran conformes a la legislación vigente, máxime cuando las autoridades de competencia han analizado en diversas ocasiones este tipo de acuerdos y en la propuesta de resolución se identifica la agravante de reincidencia⁸⁵.

⁸⁵ Véase el mencionado asunto Estiba 2009 de la CNC.

En atención a lo anterior, esta Sala considera que cabe atribuir responsabilidad a todas las entidades incoadas.

CUARTO. OTRAS ALEGACIONES DE LAS PARTES

1. Sobre la incompetencia de la CNMC en materias afectadas por el derecho laboral

En sus escritos de alegaciones a la PR, varias entidades defienden la ausencia de competencia de la CNMC para la instrucción y resolución del procedimiento sobre la existencia de prácticas contrarias a la normativa de defensa de la competencia⁸⁶. Sus argumentos se basan en que la disposición adicional séptima que fue añadida al IV Acuerdo por las entidades UGT, CETM, CC.OO, CIG y ANESCO, se enmarca dentro del ámbito propio de la negociación colectiva y, por tanto, estaría excluido de la aplicación de la normativa de competencia, al amparo de la jurisprudencia europea⁸⁷ y nacional⁸⁸.

A este respecto, esta Sala recuerda, como ya hizo en resoluciones recientes, que no se está cuestionando la negociación y firma de los acuerdos de modificación del IV Acuerdo, de fecha 6 de julio de 2017 y 30 de enero de 2018, en términos propios de la legislación laboral, cuyo análisis quedaría fuera del ámbito competencial de la CNMC, sino que ésta ha centrado su investigación en el contenido y aplicación de la disposición adicional séptima añadida por dichos acuerdos, en su labor de preservar la competencia en los mercados como le atribuye la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y la LDC⁸⁹.

Por otro lado, cabe llamar la atención sobre el hecho de que la jurisprudencia europea que citan las entidades también establece que los acuerdos adoptados entre interlocutores sociales en el marco de una negociación colectiva no están automáticamente exentos de la aplicación de la normativa de competencia, sino que existe el deber por parte de las autoridades de competencia de realizar un examen previo de la naturaleza y objeto antes de concluir la aplicación o no de las normas de competencia, caso por caso. En este mismo sentido otras sentencias del TJUE aclaran que, si bien la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un derecho fundamental que puede justificar, en principio, una restricción a las libertades garantizadas por el TFUE, dicha medida debe ser adecuada para obtener el objetivo legítimo y no debe ir más allá de lo

⁸⁶ ANESCO; CETM; CIG; CC.OO.; ELA y UGT.

⁸⁷ Sentencia del TJUE en su sentencia de 21 de septiembre de 1999, recaída en el asunto C-67/96 Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie (más conocida como Sentencia Albany).

⁸⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2013, recaída en recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la extinta CNC, de 27 de marzo de 2012, en el expediente S/0197/09 CONVENIO SEGURIDAD.

⁸⁹ Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018 en el expediente S/DC/0596/16 ESTIBADORES DE VIGO

necesario para conseguirlo, estableciéndose que el TJUE 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 TFUE, sino que es necesario que cumpla unos requisitos mínimos. Precisamente en el marco de la definición de esos requisitos mínimos, las conclusiones del Abogado General Jacobs en la sentencia *Albany* que citan las empresas especifican las condiciones que deben cumplir los convenios colectivos para acogerse a dicha exención, de modo que la inmunidad tan sólo se extienda a aquellos convenios para los cuales esté verdaderamente justificada. En suma, de estas conclusiones se desprende que el criterio determinante sería si el convenio se limita a modificar o establecer derechos y obligaciones en el marco de la relación laboral entre empresarios y trabajadores, tales como los salarios y las condiciones de trabajo, o si va más allá y afecta directamente a las relaciones entre los empresarios y terceros, como los clientes, los proveedores, los empresarios competidores o los consumidores.

En consecuencia, si bien los convenios colectivos que, por regular exclusivamente materia objeto de la legislación laboral, no afectan de forma directa a terceros o a otros mercados quedan fuera del objeto del derecho de la competencia, cuando el convenio va más allá de esos ámbitos las autoridades de competencia deberán analizar si el objeto del mismo antes de decidir si cae bajo las normas de competencia, incidiendo especialmente en el establecimiento de obligaciones a terceros o afecta a otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva. Esta necesaria diligencia en el modo de proceder de las autoridades de competencia ha regido la actuación de las autoridades de competencia en España desde la resolución de la CNC de 24 de septiembre de 2009, siendo la línea que ha observado la CNMC en la tramitación de este expediente para concluir que los acuerdos adoptados el 6 de julio de 2017 por ANESCO, CETM, UGT, CC.OO y CIG no están exentos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia al desbordar por su objeto el ámbito propio de la negociación colectiva⁹⁰.

2. Sobre la delimitación del mercado afectado

Respecto a la definición de mercado que ha realizado la DC, en sus alegaciones a la PR, la entidad CETM reitera las alegaciones que hizo al PCH, defendiendo que la CNMC ha confundido la libre competencia con la libertad de contratación de trabajadores.

Esta Sala considera que, si bien la delimitación exacta del mercado o la caracterización de todos sus elementos no resulta imprescindible a fin de acreditar una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC cuando se ha

⁹⁰ Resolución de la CNC de 24 de septiembre de 2009 recaída en el asunto 2805/07 EMPRESAS ESTIBADORAS, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2016, en recurso de casación interpuesto contra Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2013.

demostrado la existencia de dicha conducta, sí resulta pertinente tal delimitación para determinar el importe de la sanción, pues uno de los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la LDC es la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, que depende de la delimitación geográfica y de producto en el que la infracción de competencia haya producido o sea susceptible de producir efectos⁹¹.

En todo caso, como han señalado la CNC y la CNMC, son las entidades las que con sus conductas anticompetitivas determinan el ámbito afectado por la infracción⁹². En este sentido, esta Sala considera que a lo largo del expediente han quedado suficientemente delimitadas las diferentes dimensiones y actividades afectadas por las conductas investigadas, sobre todo mediante una profusa descripción de la evolución del régimen jurídico regulador de la estiba, posteriormente denominado servicio portuario de manipulación de mercancías.

En este caso se ha verificado a) la naturaleza jurídica del servicio de estiba, y el grado de facilidad en el acceso a la prestación por parte de operadores privados; b) el régimen de propiedad de las sociedades de estiba, y su objeto social como proveedoras de personal estibador para las empresas prestadoras del servicio; y c) el régimen de contratación de los trabajadores para la prestación del servicio de estiba. Cada una de estas dimensiones se refiere, en efecto, a actividades y mercados distintos, pero todas y cada una de ellas incumben a las empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías y, por tanto, a su capacidad para competir en ese mercado.

En consecuencia, esta Sala considera que la alegación de CETM sobre la definición del mercado debe rechazarse.

3. Sobre la incorporación de determinada documentación al expediente

En sus alegaciones a la PR, CETM vuelve a incidir en la no incorporación al expediente de documentación relativa al intercambio de posiciones entre la CNMC y la Dirección General de Empleo sobre el control de legalidad que ésta última realizó del IV Acuerdo Marco, documentación que, a juicio de CETM, constituiría una “prueba de descargo”.

En particular, CETM alega que no han sido incorporados al expediente documentos esenciales conocidos por la CNMC, lo que implica que ésta ya tenía

⁹¹ Resolución de la CNMC de 26 de junio de 2014, Expte. S/0445/12 Equipos contra Incendios.

⁹² Resoluciones de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y Productos relacionados; de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores de saneamiento y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler y Resoluciones de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 Concesionarios TOYOTA, S/0489/13 Concesionarios OPEL, S/0488/13 Concesionarios HYUNDAI y S/0487/13 Concesionarios LAND ROVER; de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 Concesionarios AUDI/SEAT/VW; de 26 de mayo de 2016, Expte S/DC/0504/14 AIO y de 21 de noviembre de 2017, Expte. S/DC/0562/15 CABLES BT/MT.

tomada la decisión sobre este asunto antes de iniciar el procedimiento sancionador, así como una vulneración de su derecho de defensa.

Frente a la postura de CETM, esta Sala debe puntualizar que toda la información que consta en el expediente, ya sea de cargo como de descargo, se encuentra en el expediente al que han tenido acceso todas las entidades incoadas durante la fase de instrucción.

La CNMC ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la salvaguarda del derecho de defensa en los procedimientos que ha tramitado, alineándose con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la exigencia de que exista un real y efectivo menoscabo de este derecho para considerar que existe indefensión susceptible de conculcar el artículo 24 de la Constitución⁹³. No cabría en expedientes en los que, como en el actual, las empresas han tenido pleno conocimiento de los hechos que se les imputan, no se les ha privado de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses, como ha venido haciendo CETM hasta el 4 de diciembre de 2018, fecha en la que ha presentado sus alegaciones a la PR, ni tampoco se les ha privado de su derecho a acceder al expediente, derecho que ejercitó CETM el 7 de noviembre de 2017.

En lo referente a las comunicaciones a las que se refiere CETM en sus alegaciones a la PR, en ningún apartado del PCH o la PR se hace mención a la existencia de esas supuestas comunicaciones, ni se encuentran incorporadas al expediente. Esta documentación ha sido incorporada al expediente desde el momento en que la propia interesada la ha aportado con sus alegaciones y su valoración por esta Sala, tal y como se apunta en el fundamento tercero y en el apartado 5 siguiente, no permite desvirtuar la prueba de cargo contra ella.

En conclusión, toda la información de cargo o descargo que consta en este expediente sancionador se encuentra en el expediente, a la que han podido tener acceso todas las entidades incoadas, sin que en ningún caso se haya realizado imputación alguna en virtud de información a la que no hayan podido tener acceso.

4. Solicitud de vista

En sus alegaciones a la PR, ANESCO, CIG y LAB han solicitado la celebración de vista oral en aplicación del artículo 51.3 de la LDC.

En particular, ANESCO solicita la celebración de vista oral al objeto de tratar las siguientes cuestiones:

⁹³ Resolución del Consejo de la CNC de 28 de febrero de 2013, Expte. S /0342/11 Espuma de Poliuretano.

La interacción entre las normas de defensa de la competencia y los Convenios Colectivos bajo la jurisprudencia Albany y la doctrina de la Audiencia Nacional;

La aplicación al presente caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional en materia de subrogación convencional de trabajadores;

El papel desempeñado por los Ministerios de Fomento y Trabajo en la negociación del IV Acuerdo del sector de la estiba y la cláusula de subrogación;

La propuesta de la DC de imponer una sanción de más de 6 millones de euros a una asociación.

Por su parte, CIG y LAB solicitan la celebración de vista para abordar los extremos alegados en sus escritos de alegaciones.

Al respecto, cabe señalar que la vista oral ante el Consejo que viene prevista en el artículo 51.3 de la LDC se configura como una potestad discrecional del Consejo, que la puede acordar “cuando la considere adecuada para el análisis y enjuiciamiento del objeto del expediente” (art. 19.1 RDC).

Esta Sala ha decidido no acceder a la solicitud de celebración de vista por no considerarla necesaria para la valoración del asunto, sin que de esta negativa pueda derivarse ningún tipo de indefensión.

5. Proposición de prueba

El artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas en la fase de instrucción ante la DC, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio en la toma de decisión.

Esta Sala considera pertinente incorporar al expediente todos los documentos nuevos aportados por las partes junto con sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución, si bien dichos documentos no aportan valor añadido respecto a la información que ya obraba en el expediente y en función de la cual se han considerado acreditados los hechos objeto de investigación y la imputación realizada respecto de las entidades incoadas, por lo que carecen de virtualidad para modificar la valoración realizada por esta Sala.

En particular, esta Sala admite (e incorporan al expediente) las siguientes pruebas propuestas por CETM, CIG y LAB consistentes en:

- Escrito de 6 de julio de 2017 del Presidente de la Junta Directiva de la Plataforma de Inversores en Puertos Españoles dirigida a la

Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo y al Director del Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC, denunciando el acuerdo de modificación del IV Acuerdo Marco, por entender que era contrario a la libre competencia.

- Respuesta con fecha de 12 de julio de 2017 del Director General de Empleo del Ministerio de Trabajo al anterior escrito.

- Escrito del Director de la Competencia de la CNMC de 13 de julio de 2017 dirigido al Director General de Empleo del Ministerio de Trabajo trasladando su parecer sobre la ilegalidad de la modificación del IV Acuerdo Marco.

- Respuesta del Director General de Empleo al Director de la Competencia de la CNMC con fecha de 28 de julio de 2017.

Por el contrario, la Sala considera que debe denegarse la prueba propuesta por LAB AUTOCARES IBEROCAR, S.A. consistente en el interrogatorio de [...], miembros del sindicato LAB, al reputarla inidónea para acreditar los hechos de descargo que se postulan.

Esta Sala considera que ninguna de las pruebas propuestas en las alegaciones a la PR resulta decisiva en términos de defensa. A la vista de la instrucción realizada por la DC y de la documentación acreditativa de las conductas que se imputan, esta Sala entiende que todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción están disponibles en el presente expediente y las pruebas adicionales solicitadas no superan el juicio de pertinencia necesario conforme al artículo 24.2 de la CE (SSTC 192/87, 212/90 y 297/1993), en la medida en que carecen, por sí solas, de suficiente capacidad para desvirtuar el análisis de la conducta imputada a las entidades incoadas o para aportar valor añadido en términos de defensa de las incoadas. La imputación hecha a las incoadas se fundamenta en los documentos que ya obran en el expediente y su valor probatorio conjunto y coherente es mayor que el que resulte de la práctica de las pruebas propuestas.

Por otro lado, como se ha tratado anteriormente en la respuesta a las alegaciones de las entidades, CETM ha alegado la vulneración de su derecho de defensa por la falta de valoración de los documentos a los que se ha referido durante la fase de instrucción. Sin embargo, esta Sala considera que ninguno de los documentos aportados por la entidad son decisivos para la valoración que se ha realizado de las conductas.

6. Solicitud de confidencialidad

Las alegaciones a la propuesta de resolución de UGT incluyen como anexo 3 un documento que califica como confidencial (folio 4.729). En la medida en que se trata de una certificación de la secretaría de administración de FeSMC-UGT que

podrían ser utilizados por terceros para fines distintos a los que UGT los pone a disposición de la CNMC, esta Sala considera que corresponde declarar el carácter confidencial de tal información.

QUINTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Como se ha indicado en los apartados anteriores, esta Sala considera que las entidades incoadas han participado en una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, típica, antijurídica y culpable consistente en la adopción de los acuerdos de modificación del *IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria*, de 6 de julio de 2017 y 4 de octubre de 2018, incluyendo un determinado procedimiento de subrogación del personal estibador para las empresas que opten por separarse de la SAGEP y poniéndolo en práctica.

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que son infracciones muy graves, entre otras, el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

El apartado c) del artículo 63.1 LDC señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con una multa de hasta 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

El artículo 64 establece los criterios que deben servir para fijar el importe de la sanción impuesta en cada caso concreto, atendiendo a la gravedad y duración de la infracción, cumpliendo con la inherente finalidad disuasoria de las multas y siempre desde el máximo respeto al principio de proporcionalidad.

En relación con la dimensión y características de los mercados afectados por la infracción, la conducta investigada afecta al mercado de prestación de servicios de manipulación de mercancías. Esta actividad tiene una importancia vital para la competitividad del tráfico marítimo, en la medida en que, como se ha indicado, su desarrollo eficaz permite reducir la duración de la estancia de los buques en puerto y de este modo optimizar los tráficos comerciales que requieren del transporte marítimo. Se trata de una actividad capital para la competitividad de la economía española, en la medida en que, según los datos publicados por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, el conjunto del sistema portuario español canalizó en 2017 cerca del 68% de los intercambios comerciales de España con el resto del mundo. En total, los puertos españoles superaron en 2017 la cifra de 300 millones de toneladas de mercancías en tráficos de importación y exportación⁹⁴.

⁹⁴ Informe OTLE 2017, publicado en marzo de 2018, disponible en <http://observatoriotransporte.fomento.gob.es/>.

La infracción es susceptible de afectar a la totalidad del mercado de prestación de servicios de manipulación de mercancías en los puertos de interés general españoles y se ha verificado desde la publicación del acuerdo de modificación del IV Acuerdo, en el BOE de 18 de julio de 2017 hasta al menos el final de la instrucción del expediente.

La infracción ha tenido acreditados efectos en el mercado y afecta a otros operadores económicos y a los usuarios directos e indirectos de los servicios. En particular, estos efectos se producen sobre la libertad de organización de las empresas, al imponer a aquellas que ejerciesen su derecho a separarse individualmente de una SAGEP, la obligación de subrogar, tras la intervención de la Comisión Paritaria, un número de trabajadores proporcional a su participación en el accionariado, afectando de este modo a un factor esencial de competitividad y diferenciación entre los operadores del mercado. La citada obligación sitúa a las empresas que se separen de la SAGEP en una posición de desventaja competitiva frente a nuevos operadores que accedan al mercado sin vinculación previa con la SAGEP. El hecho cierto es que el proceso de liberalización se ha visto comprometido durante la vigencia del Acuerdo.

Las empresas participantes en la conducta tienen una cuota conjunta de casi el 100% en el mercado afectado.

También se han verificado beneficios ilícitos obtenidos por los incoados como consecuencia de la infracción. En el caso de las empresas, la aceptación de la cláusula ilícita supone uniformizar la conducta de todas las empresas competidoras en relación a un factor de producción esencial (la mano de obra). En el caso de los sindicatos, los acuerdos han alterado de forma ilícita el proceso de contratación de trabajadores en este mercado y la competencia en el mismo.

Esta Sala coincide con la DC en calificar la infracción como muy grave y considera que la gravedad de la conducta merecería la imposición de sanciones proporcionadas a la participación de cada entidad en la misma (reduciendo la relevancia en el cálculo de la sanción de la facturación).

Sin embargo, con posterioridad a la incoación del procedimiento sancionador se han producido en este caso hechos que esta Sala considera relevantes para determinar una sanción suficiente para, en este caso, cumplir adecuadamente la función disuasoria (incluso a pesar de que concurre la agravante de reincidencia).

Entre otras cosas, tal como se indica en los hechos de esta resolución, la modificación del IV Acuerdo Marco objeto de este expediente se realiza para conseguir un régimen transitorio hasta la aprobación del V Acuerdo Marco. Para redactar el citado Convenio, se constituyó una comisión negociadora que ha ido

emitiendo sucesivos borradores de acuerdo que han sido sometidos a informe de la CNMC⁹⁵.

La evolución que han experimentado tales borradores pone de manifiesto una clara voluntad de las partes de alcanzar un acuerdo que, cumpliendo con el legítimo objetivo de protección de los trabajadores, respete las exigencias normativas de liberalización del sector y mantenimiento de una competencia efectiva. De este modo, se cumpliría con el objetivo exigido por la normativa de la Unión Europea, lo que se valora positivamente desde la perspectiva de la protección del interés general.

Por otra parte, este organismo recuerda su obligación de seguir verificando no solo el proceso de redacción sino de ejecución del acuerdo que finalmente se alcance.

Por todas estas razones, esta Sala considera procedente imponer en este supuesto concreto las siguientes sanciones **simbólicas** tomando como parámetro de fijación, dado que no se ha procedido a la recalificación de la propuesta realizada por la DC, la más baja de las sanciones en ella contenidas.

ANESCO	66.000 €
CCOO	2.000 €
CETM	4.000 €
CIG	1.000 €
ELA	1.000 €
LAB	1.000 €
UGT (FSMC)	2.000 €

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

RESUELVE

Primero. Declarar acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del TFUE en los términos establecidos en el FD 3º.

⁹⁵ 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>.

Segundo. Declarar responsables de dichas infracciones a las siguientes entidades:

- a) Asociación nacional de empresas estibadoras y consignatarias de buques (ANESCO).
- b) Comisiones Obreras (CCOO).
- c) Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM).
- d) Confederación Intersindical Galega (CIG).
- e) Eusko Langileen Alkartasuna (ELA).
- f) Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB).
- g) Unión General de Trabajadores (UGT).

Tercero. Imponer a las entidades declaradas responsables las multas simbólicas siguientes en atención a las consideraciones efectuadas en el FD 5º:

- 1. Asociación nacional de empresas estibadoras y consignatarias de buques (ANESCO), 66.000 euros,
- 2. Comisiones Obreras (CCOO), 2.000 euros,
- 3. Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), 4.000 euros,
- 4. Confederación Intersindical Galega (CIG), 1.000 euros,
- 5. Eusko Langileen Alkartasuna (ELA), 1.000 euros,
- 6. Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB), 1.000 euros,
- 7. Unión General de Trabajadores (UGT), 2.000 euros.

Cuarto. Intimar a las entidades infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución.

Quinto. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Sexto. Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las entidades de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 6, de esta resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.