

RESOLUCIÓN

(EXPTE. 2805/07 EMPRESAS ESTIBADORAS)

Consejo

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 24 de Septiembre de 2009.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la Consejera D^{ña}. M^a Jesús González López, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador 2805/07 EMPRESAS ESTIBADORAS, iniciado de oficio por la Dirección de Investigación (en adelante DI) contra la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), la Confederación Intersindical Galega, (CIG) y Laginle Abertzaleen Batzordeak (LAB), por supuestas conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 31 de julio de 2007, la Dirección General de la Competencia, ahora Dirección de Investigación (en adelante DI), a la vista del artículo titulado "Compañías y estibadores abren los servicios portuarios a la competencia" publicado por el diario Expansión el 30 de julio de 2007, solicitó a la Asociación ANESCO a la CETM y a Puertos del Estado (en adelante, PE), información referente al *IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria* (en adelante, IV Acuerdo) mencionado en el artículo, así como sobre acuerdos precedentes en el ámbito de la estiba.

2. Tras recibir y analizar la DI las respuestas a su solicitud de información, el 3 de diciembre de 2007 y de conformidad con el artículo 49. 1 de la LDC, el Director de Investigación acordó incoar expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC contra las asociaciones firmantes del IV Acuerdo (ANESCO, como representante empresarial, y CETM, CIG y LAB, como representantes sindicales), declarándose interesado a Puertos del Estado.
3. Practicados los correspondientes actos de instrucción por la DI, tal como prevé el artículo 50.3 de la LDC, el 10 de octubre de 2008 fue notificado a las partes el Pliego de Concreción de Hechos en el que la DI considera que,

El IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, suscrito el 26 de julio de 2007 por la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), la Confederación Intersindical Galega (CIG) y Laginle Abertzaleen Batzordeak (LAB), y posteriormente modificado, supone una infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC.

Se considera responsable de dicha infracción a ANESCO, CETM, CIG y LAB.

4. Tras la remisión del PCH el 17 de octubre de 2008, ANESCO notificó a la DI que debido a que la Dirección General de Trabajo (Ministerio de Trabajo) había considerado insuficiente la representatividad de ANESCO en el momento de la firma del IV Acuerdo, el 26 de julio de 2007, en la reunión celebrada el 10 de septiembre de 2008, los miembros de la Comisión Negociadora habían desistido de la publicación del mismo, aprobando un nuevo “IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector de la Estiba Portuaria”. Este nuevo texto del IV Acuerdo fue ratificado por ANESCO, CETM, CIG y LAB con el voto en contra de los sindicatos CCOO y UGT y la no comparecencia del sindicato ELA y fue remitido a la Dirección General de Trabajo, para su registro y publicación, el 18 de septiembre de 2008. ANESCO, en su escrito a la DI, adjunta el texto del nuevo IV Acuerdo y propone la reconsideración del contenido del PCH o subsidiariamente la ampliación del plazo para responder al mismo.
5. El 22 de octubre de 2008 la DI solicita a ANESCO y a la CETM el reglamento de funcionamiento del IV Acuerdo firmado el 26 de julio de 2007, así como, en su caso, Actas de la Comisión Paritaria sectorial y de otras comisiones celebradas desde la firma del Acuerdo. ANESCO y la CETM responden a esta solicitud en sendos escritos fechados el 24 de octubre de 2008 y recibidos en la DI los días 24 y 31 de octubre respectivamente, adjuntando la siguiente documentación:
 - a) “Reglamento de funcionamiento de la Comisión paritaria sectorial del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria”;
 - b) Acta de constitución de la Comisión paritaria sectorial del IV Acuerdo, de fecha 26 de julio de 2007; Actas números 2 a 9 de las reuniones de la Comisión

paritaria celebradas en las fechas de 24 de octubre de 2007, 28 de noviembre de 2007, 23 de enero de 2008, 13 de marzo de 2008, 9 de abril de 2008, 14 de mayo de 2008, 12 de junio de 2008 y 25 de junio de 2008, así como Acta de una reunión Extraordinaria de la Comisión paritaria celebrada el 13 de febrero de 2008;

c) *“Acta de constitución de nueva Comisión negociadora del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria”* de fecha 10 de septiembre de 2008 (la remite ANESCO);

d) Acta número 1 de constitución de la Comisión de Prevención de Riesgos Laborales de fecha 14 de mayo de 2008 y acta de la reunión de dicha Comisión celebrada el día 12 de junio de 2008, (remitidas sólo por ANESCO).

La CETM solicita la confidencialidad de la documentación remitida. Por el contrario ANESCO, que ha enviado la totalidad de los documentos más arriba referenciados no lo hace, por lo que los documentos citados han formado parte del expediente no confidencial desde la fecha en que ANESCO los envió.

6. En escritos de 23 y 30 de octubre de 2008 la Secretaria General del Sindicato Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB), notifica que ha retirado la firma de su sindicato del IV Acuerdo inicial, así como del firmado el 10 de septiembre de 2008 y en fax de 28 de octubre comunica la apertura de expediente disciplinario al representante de LAB en la comisión negociadora del IV Acuerdo
7. Las alegaciones de ANESCO al Pliego de Concreción de Hechos se reciben en la DI el día 28 de octubre de 2008. Las de CETM, registradas en la Subdelegación del Gobierno de Tenerife el 30 de octubre de 2008, se reciben en la DI el día 10 de noviembre de 2008, superado el plazo de 15 días que prevé el artículo 50.3 de la Ley y cerrada la instrucción.
8. El 5 de noviembre de 2008 la DI procede al cierre de la instrucción de acuerdo con la previsto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por RD 261/2008 de 22 de febrero de 2008, (en adelante el Reglamento o RDC) y comunica el cierre a los interesados.
9. Con fecha 13 de noviembre de 2008 y según lo previsto en el artículo 50.4 de la Ley y en el artículo 34 del Reglamento, la Dirección de Investigación formula la propuesta de Resolución y la notifica a los interesados a los efectos de que en el plazo de quince días puedan formular alegaciones.
10. El 3 de diciembre de 2008 la DI, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 50.5 de la Ley y 34 del Reglamento de Defensa de la Competencia, eleva al Consejo el expediente (que consta de 2.159 folios) junto con el informe y propuesta de resolución y las alegaciones de las partes a la misma. Se han recibido alegaciones de:

Puertos del Estado, en escrito de 18 de noviembre de 2008 alega a la propuesta de la DI al Consejo y más concretamente al contenido del apartado b) de la misma, que dice, *“b. Dado que el IV Acuerdo 26 de julio de 2007 y su*

modificación en diciembre de ese año han sido retirados, se propone intimar a las entidades imputadas para que se abstengan en lo sucesivo de suscribir acuerdos semejantes a aquéllos”. Considera Puertos del Estado que el desistimiento del Acuerdo firmado en el 26 de julio de 2007, realizado a los solos efectos de depurar vicios, no modifica la situación ni pone fin a la conducta, sino que la misma se mantiene en el nuevo IV Acuerdo firmado en la misma fecha del desistimiento, que es similar al anterior. No solicita pruebas ni vista.

LAB, en escrito de 27 de noviembre, alega falta de competencia de la CNC para el control de legalidad de los convenios colectivos que considera corresponde exclusivamente a la jurisdicción laboral. Adicionalmente alega que el sindicato no es responsable, porque las actuaciones han sido realizadas por personas sin consentimiento del Comité Ejecutivo Federal y contraviniendo orden expresa del mismo y reitera lo ya comunicado a la DI sobre apertura de expediente a los firmantes. Finalmente hace constar que ninguno de los acuerdos de la Comisión Paritaria Sectorial se ha aplicado en los puertos de Bilbao y Pasajes donde LAB tiene implantación. Solicita Vista.

CETM, en escrito de 1 de diciembre, alega indefensión porque considera que en el informe y propuesta al Consejo la DI no da respuesta a sus alegaciones en el PCH, y solicita se acuerde la nulidad y retrotraer las actuaciones al momento anterior; acompaña el escrito con las alegaciones al PCH. Pide la exclusión de Puertos del Estado como parte en el procedimiento. No solicita pruebas ni propone vista.

ANESCO, en escrito de 2 de diciembre, y tras alegar indefensión, exclusión de los convenios del ámbito LDC, falta de competencia de la CNC para control de legalidad, etc., alega asimismo que el IV Acuerdo, en su nueva versión, y teniendo en cuenta la aclaración interpretativa realizada por la Comisión Paritaria Sectorial celebrada el 18 de noviembre de 2008, no afecta a los trabajadores no estibadores. ANESCO solicita Vista y propone las siguientes pruebas:

“Primera: Que se libre oficio a Puertos del Estado, parte interesada en este expediente, para que,

(i) preste testimonio acerca de la disposición mostrada en el pasado por ANESCO para solucionar las cuestiones que preocupaban a la Administración, en concreto, con relación a las modificaciones del régimen aplicable a las actividades de pesca a las que hacen referencia los documentos aportados como ANEXO 1;

(ii) certifique que sólo se han elaborado los pliegos previstos en el artículo 89 de la Ley 48/2003 en el puerto de Sevilla, y que en este caso se ha optado por asignar a los estibadores la realización de actividades complementarias; y

(iii) preste testimonio acerca de si considera que a la luz de la aclaración interpretativa acordada por la Comisión Paritaria Sectorial el pasado 18 de noviembre de 2008 existe algún impedimento para que empresas no estibadoras puedan realizar tareas complementarias recurriendo a trabajadores no inscritos en el censo portuario.

Esta prueba resulta pertinente para acreditar que Puertos del Estado, pese a tener a su disposición los instrumentos idóneos para poner remedio al presunto obstáculo a la liberalización del sector, ha optado por no ejercer sus facultades para resolver la supuesta restricción de la competencia.

Segunda: *Que se proceda a la visita de distintos Puertos con el objeto de examinar la realidad de la prestación de las actividades portuarias con relación a:*

- (i) Graneles;*
- (ii) Carga general no contenedorizada;*
- (iii) Terminales de contenedores;*

Esta prueba resulta pertinente para acreditar que en la práctica resulta más operativo y eficiente que la prestación de tareas complementarias corra a cargo de las empresas estibadoras que desarrollan la primera fase de manejo de mercaderías en el marco de los servicios básicos. En concreto, la práctica de la prueba propuesta revelaría la división entre las tareas correspondientes al servicio básico y las tareas complementarias resulta imposible en ocasiones, siendo éste el caso, por ejemplo, de las actividades portuarias relativas al manejo de las cargas contenedorizadas. Ello permitiría explicar la razón de que en la práctica sean las empresas estibadoras quienes realizan estas actividades prácticamente en exclusiva.

Tercera: *Que se libre oficio a los representantes de UGT y CC.00 en la mesa negociadora del IV Acuerdo, D. José Antonio Olaizola Azaldegui, con domicilio en Avda. de América, 25, 28002, Madrid y D. Joaquín Ezequiel Aguilar, con domicilio en Plaza Cristino Martos, 4, 28015, Madrid, para que presten testimonio acerca de:*

- (i) las razones por la que no firmaron el IV Acuerdo;*
- (ii) si a la luz de la interpretación aclaratoria contenida en la certificación del Acuerdo interpretativo de la Comisión Paritaria Sectorial estiman que se produce algún efecto sobre terceros prestadores de servicios;*
- (iii) si consideran que los representantes de los trabajadores de la estiba y las empresas estibadoras disfrutan, según el Estatuto de los Trabajadores, de legitimación para regular mediante convenio colectivo la prestación de actividades complementarias y, en caso de respuesta afirmativa, si existe alguna razón por la que los anhelos de liberalización de Puertos del Estado deban prevalecer sobre lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores”*

- 11.** Por Acuerdo del Consejo de 17 de abril de 2009, se modifica la calificación propuesta por la DI, por considerar que la conducta objeto de este expediente es susceptible de ser calificada como una práctica contraria no sólo al artículo 1 de la LDC, sino también al artículo 81 del Tratado de la CE y que le es de aplicación el artículo 3.1 del *Reglamento (CE) Num. 1/2003 del Consejo, de 16 de noviembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE* (en adelante *Reglamento CE 1/2003*), que dispone que cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros apliquen el derecho nacional a una conducta que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, aplicarán también el artículo 81 u 82 del Tratado. De acuerdo con el artículo 51.4 de la LDC, la nueva calificación se

somete a los interesados y a la DI para que en el plazo de 15 días formulen las alegaciones que estimen oportunas.

12. Asimismo y en cumplimiento del artículo 11.4 del citado Reglamento 1/2003 el Consejo remite el borrador de resolución a la Comisión Europea. La respuesta de los servicios de la Comisión recibida el 15 de junio de 2009 consta en pieza separada especial de carácter confidencial tal como dispone el párrafo tercero del artículo 42 de la LDC.

Y, en aplicación del artículo 37.2 c) de la LDC que dispone la suspensión de plazo “cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, por Acuerdo de fecha 23 de abril de 2009 el Consejo acordó la suspensión de plazo que fue levantada con efectos de 25 de mayo de 2009 por acuerdo del Consejo celebrado el 27 de mayo de 2009.

13. El 29 de abril de 2009 se recibe escrito de la DI sobre la recalificación, en el que considera que el IV Acuerdo es susceptible de producir efectos sobre el mercado comunitario y de infringir el artículo 81 del Tratado puesto que “las prácticas imputadas son susceptibles de afectar el comercio intracomunitario de manera apreciable, en la medida que las imputadas y firmantes del *IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria* representan y defienden los intereses de empresas portuarias que operan en puertos españoles en los que es habitual el comercio con países de la UE”.

En la misma fecha Puertos del Estado remitió sus alegaciones a la recalificación en las que manifiesta que el IV Acuerdo “*al proponerse afectar a todos los puertos comerciales de todo el territorio español (art. 1 del citado IV Acuerdo), incide en los intercambios comerciales con el exterior y, en consecuencia, este Organismo Público comparte el criterio del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en el sentido de considerar que dicho IV Acuerdo podría ser contrario tanto al art. 1 de la LDC como al art. 81 del Tratado CE*”.

El representante de ANESCO remite el 5 de mayo de 2009 escrito de alegaciones, en el que reiterando la inaplicabilidad de las normas de competencia en este ámbito, considera adecuada la remisión a la Comisión del procedimiento en el marco del Reglamento 1/2003, para que ésta conozca el tema y para que pueda pronunciarse sobre otros aspectos como la existencia o no de un acuerdo entre empresas y las repercusiones en la negociación colectiva y en otros Estados de la UE.

LAB remite las alegaciones a la recalificación el 6 de mayo de 2009, y muestra su disconformidad con la misma porque considera que en la fase de instrucción no se ha tenido en cuenta la afectación de los intercambios comunitarios y además ha incumplido el artículo 11.3 del Reglamento 1/2003, puesto que no se ha comunicado a la Comisión en el momento procedimental previsto en dicho artículo, antes de iniciar las primeras diligencias o inmediatamente después de la mismas.

La Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar en escrito de fecha 11 de mayo de 2009, tras considerar que se ha vulnerado el derecho de audiencia (se remite al artículo 51.4 de la LDC) al haber hecho efectiva la calificación como artículo 81 del Tratado CE, remitiéndolo a la Comisión Europea, sin haber escuchado sus alegaciones, rechaza la aplicación del artículo 81 del Tratado CE, porque dice que no se ha acreditado en el Acuerdo de recalificación la afectación al comercio entre los Estados miembros y porque el artículo 81 se refiere a “*acuerdos entre empresas*”, condición que según sus reiteradas alegaciones no se cumple en el IV Acuerdo, por lo que solicita la revocación del Acuerdo de 17 de abril de 2009 y en consecuencia el Acuerdo de suspensión de plazo de 23 de abril del mismo año. Y solicita una vez más que antes de resolver, se dé respuesta a las alegaciones de nulidad de lo actuado, realizadas en anteriores escritos, y referidas a la presencia de Puertos del Estado como interesado y a la imprecisión en la imputación que vulnera el derecho a ser informado de la acusación según el artículo 62.1 a) de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La Confederación Intersindical Galega (CIG), presenta sus alegaciones el 12 de mayo de 2009 en términos similares a las presentadas por la CETM: a) vulneración del artículo 51.4 de la LDC al hacer efectivo el acuerdo de calificación del 81 sin esperar las alegaciones; b) vulneración del derecho fundamental a ser informado de la acusación concreta incluyendo cargos y calificación de acuerdo con el artículo 62.1 a) de la LPAC; c) Inclusión de un hecho nuevo, la afectación de los intercambios comunitarios, no recogida en el informe de instrucción; d) inaplicabilidad del artículo 81 de Tratado por ausencia de acreditación de la afectación a los intercambios y porque dicho artículo se aplica a los “*acuerdos entre empresas*”, circunstancia que según CIG no concurre en este caso. Muestra su disconformidad con la calificación jurídica del Acuerdo del Consejo de 17 de abril y solicita su anulación así como del acuerdo posterior de 23 de abril.

14. El Consejo tras deliberación en su reunión de 24 de junio de 2009, por Acuerdo de 25 de Junio de 2009, y en el marco de las actuaciones complementarias previstas en el artículo 51 de la LDC, ordenó a la DI que solicitara a los firmantes del Acuerdo determinada información relativa a la cifra de negocios de las empresas de ANESCO y a los ingresos de los sindicatos.

El día 3 de julio de 2009 tiene entrada en la CNC escrito de alegaciones de ANESCO ante el Consejo, en el que comunica que no dispone de información sobre el volumen de negocios de las empresas que conforman la Asociación. Con fecha 14 de julio tiene entrada la respuesta a la DI en los mismos términos y adjuntando el escrito previamente remitido al Consejo.

Las alegaciones de la CETM al Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias tuvieron entrada en la CNC el 13 de julio de 2009. Las respuestas de los sindicatos a la solicitud de información realizada por la DI tienen entrada en la CNC los días, 8 (LAB), 10 (CIG) y 21 (CETM) de julio de

2009. La información recibida ha sido declarada confidencial por el Consejo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC.

- 15.** El Consejo en su reunión de 15 de julio acordó reiterar a ANESCO el requerimiento efectuado mediante el acuerdo de 25 de junio de 2009 y recordarle las disposiciones de la LDC respecto a la falta de remisión de la información solicitada.

Con fecha 23 de julio de 2009 la representación de ANESCO remite a la DI escrito adjuntando copia de las cartas certificadas con acuse de recibo que con fecha 22 de julio fueron remitidas a todos los miembros de la asociación solicitando la información en el plazo de tres semanas.

Asimismo 27 de julio de 2009 tuvo entrada escrito de alegaciones de ANESCO a dicho Acuerdo en el que solicita información sobre la emisión de informe en aplicación del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 del Consejo de la UE y reitera la solicitud de pruebas y la celebración de vista.

Con fecha 20 de agosto ANESCO comunica a la DI que no va a poder dar cumplimiento al requerimiento de información en el plazo fijado y solicita una prórroga, que la DI le concede por la mitad del plazo anteriormente fijado.

El 11 de septiembre de 2009, tiene entrada en la CNC escrito de ANESCO comunicando que no ha recabado el conjunto de la información de sus asociados y adjuntando la información remitida por 10 empresas. El 15 de septiembre tiene entrada nuevo escrito remitiendo la información de una empresa y comunicando que la DG de Trabajo ha recibido el IV acuerdo para su depósito como pacto colectivo extraestatutarios.

Superado ampliamente el plazo de cumplimiento de la petición de información y no habiendo remitido ANESCO más información que la relativa a apenas un 10% de las empresas que la componen, el Consejo en su reunión de 23 de septiembre de 2009 acordó dar por no cumplimentada la actuación complementaria, levantar la suspensión y dictar Resolución. La información recibida ha sido declarada confidencial de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 de la LDC.

- 16.** El 17 de junio de 2009 se recibe en el Consejo, remitido por Puertos del Estado, el texto de la sentencia 0050/2009 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 1 de junio de 2009 en relación con el *IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria*. Asimismo la representación de ANESCO remite texto de la Sentencia en su escrito de 3 de Julio de 2009.

- 17.** El Consejo acabó de deliberar este expediente en su reunión de 23 de septiembre de 2009.

- 18.** Son interesados en este expediente :

- Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO),
- Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM),

- Confederación Intersindical Galega (CIG),
- Laginle Abertzaleen Batzordeak (LAB), y
- Puertos del Estado.

HECHOS PROBADOS

Constan en el Informe y Propuesta de resolución de la DI al Consejo y en la información que obra en el expediente, los siguientes hechos, debidamente acreditados, cuyo conocimiento es relevante para la resolución del expediente.

1. El 26 de julio de 2007 la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras, ANESCO, como representante empresarial, y CETM, CIG y LAB, como representantes sindicales, firmaron el *IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria* (en adelante, IV Acuerdo), de aplicación a las relaciones laborales de las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito personal en los puertos comerciales de todo el territorio español. Este Acuerdo laboral con valor de Convenio Colectivo según CETM (folio 294), es el primero tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de *Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general*, en adelante Ley 48/2003 o Ley de Puertos.

2. Los firmantes del IV Acuerdo imputados en este expediente según consta en el informe de la DI son:

-La ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES (ANESCO), es una asociación empresarial cuyo objetivo es la potenciación y defensa de los intereses de las empresas estibadoras. Actualmente está integrada por 115 de un total de 215 empresas estibadoras.

-La COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR (CETM) es una asociación sindical de ámbito estatal que defiende los intereses de los trabajadores de la estiba. Actualmente está presente en 34 de los 44 puertos de titularidad estatal.

-La CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG) es una asociación sindical de ámbito gallego con representación sindical en los puertos de Ferrol-San Cibrao, La Coruña, Marín-Pontevedra, Vigo y Villagarcía.

-LAGINLE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB) es una asociación sindical de ámbito vasco con representación sindical en los puertos de Bilbao y Pasajes.

Según recoge el Acta Final de la Comisión negociadora de fecha 26 de julio de 2007, (folios 328 y 329 y 1.126) firman el Acuerdo el 100% de la representación empresarial y el 76,212% de la representación sindical. Según los propios firmantes su representatividad sería la siguiente: por el banco empresarial

ANESCO representa a más del 50% de las empresas del sector y a más del 50% de los trabajadores contratados, sin concretar como ha calculado dicho porcentaje; por el banco social la representatividad es del 73,127% para CETM; del 1,763% para CIG y del 1,322% para LAB. Esta participación en el banco social en la negociación del IV Acuerdo es la que se fija en el Auto 69/2005 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2006 (folio 656).

Según información remitida por los imputados, en 2008 LAB tenía 81 estibadores afiliados pertenecientes a los Puertos de Bilbao y Pasajes y la CIG contaba con 36 estibadores afiliados en los puertos de Coruña, Ferrol, Pontevedra Vigo y Vilagarcía de Arousa. CETM, según su página web tiene presencia en 34 de los 37 puertos comerciales del Estado y mayoría absoluta en 31.

No firman el Acuerdo aunque participaron en la negociaciones los sindicatos Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO) y Euskal Langileen Alkartasuna-Solidaridad de los Trabajadores Vascos. (ELA-STV), cuya representatividad según el mismo documento citado más arriba, sería de 16,299%; 7,048% y 0,44% respectivamente. Puertos del Estado, que es interesado en este expediente, había formado parte de la mesa negociadora.

3. La negociación del IV Acuerdo se inicia con la constitución de la Mesa Negociadora el 8 de marzo de 2005. En esos momentos participan en la negociación Puertos del Estado y ANESCO por el Banco Empresarial y CETM, UGT, CCOO, ELA, LAB y CIG por el sindical.

En la reunión de la Mesa Negociadora de 23 de mayo de 2006 Puertos del Estado abandona la Mesa negociadora por *“la dificultad por parte del Banco Empresarial de elaborar una plataforma conjunta”* (folio 267). UGT y CCOO manifiestan su disconformidad con el hecho de que Puertos del Estado quede excluido de la negociación.

4. La Asociación empresarial ANESCO y el sindicato CETM de forma consensuada, y al margen del resto de los interlocutores, fijan su posición en la Comisión Negociadora y las bases de negociación del IV Acuerdo en un acuerdo previo entre ambas, el denominado Acuerdo del Escorial, celebrado el 28 de mayo de 2005, (folio 271). En el punto Primero del mismo se recoge que se obligan a trasladar al ámbito de la Comisión negociadora del IV Acuerdo sectorial el contenido de los compromisos alcanzados en esta reunión, que comprende un índice de materias, algunas de ellas relativas a relaciones laborales de los estibadores, como jornada laboral, profesionalización de los estibadores, formación o estructura salarial y retributiva.

Pero el primer punto del índice de materias, es el relativo al ámbito que debe cubrir el convenio y recoge que estarán incluidas en el acuerdo y, *“por tanto, sujetas a las condiciones pactadas, las empresas que sin ser estibadoras, realicen como actividad principal las actividades complementarias....”*

Del texto del Acuerdo del Escorial se deduce que tanto ANESCO como CETM, eran plenamente conscientes de que la normativa vigente no amparaba sus

pretensiones de ampliar el ámbito de aplicación del Acuerdo que iban a firmar más allá de la estiba y así declaran que, *“para la plena y efectiva aplicación de los acuerdos laborales es preciso que la modificación de la Ley 48/2003 propuesta por Puertos del Estado, posibilite y respete la negociación colectiva en los términos laborales del presente acuerdo”* y deciden que el conjunto de condiciones acordadas son un todo inseparable y que por tanto, *“la imposibilidad de traslación de una o parte de ellas al IV Acuerdo o su impedimento por disposición legal, supondrán la revisión de la condiciones pactadas”*.

5. Hasta la firma del IV Acuerdo las relaciones laborales del sector de la estiba se regían por el III Acuerdo (folios 85 y ss) suscrito por ANESCO y las Sociedades Estatales de Estiba como representación empresarial y por Coordinadora, UGT, CCOO por la representación sindical y que fue inscrito en el Registro y publicado por Resolución de 19 de noviembre de 1999, de la Dirección General de Trabajo, (BOE 10 de diciembre de 1999).

Este III Acuerdo en su ámbito personal afectaba por la patronal a *las sociedades de estiba y desestiba y a las empresas estibadoras que realicen las labores de servicio público de estiba y desestiba de buques y las complementarias* y por los trabajadores a *la totalidad de los estibadores portuarios contratados por las sociedades de estiba y desestiba, en régimen de relación laboral especial, o por las empresas estibadoras, en régimen de relación laboral común, y aquellos trabajadores procedentes del párrafo tercero del apartado dos, de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 2/1986.*

Por lo que se refiere al ámbito funcional el III Acuerdo, define las labores incluidas así como las excepciones a las mismas en los límites del Real Decreto Ley 2/1986, para las actividades de estiba de servicio público y al Real Decreto 371/1987, para las actividades complementarias.

En este acuerdo las empresas de estiba se obligaban a realizar exclusivamente con estibadores portuarios las tareas denominadas complementarias, que no son las de servicio público asignado a los estibadores. No obstante el desempeño de estas tareas no estaba sometido al III Acuerdo, sino a los Convenios colectivos de ámbito local que regularán las condiciones de los trabajadores que desarrollen estas tareas y *dichas condiciones habrán de atender a la competitividad en la prestación de los servicios.*

6. En el momento de la firma del IV Acuerdo la normativa legal aplicable en la prestación de servicios portuarios es la *Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Puertos. Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general*, (en adelante Ley 48/2003 o Ley de Puertos), (folios 148 y ss), que en su Título III distingue entre servicios portuarios, que son *los necesarios para el normal desenvolvimiento de los puertos en su actividad intrínseca de atención a las necesidades del tráfico marítimo*, y cualquier otra actividad que pueda desarrollarse en el puerto y que la Ley denomina “servicios comerciales”. A continuación se recogen las disposiciones de la Ley más relevante sobre el tema (*énfasis añadido*)

La Ley de Puertos recoge claramente en su **exposición de motivos** los objetivos de la misma y la regulación para conseguirlos. Así la Ley se propone crear “...los marcos jurídicos y económicos que refuercen la introducción y el desarrollo de la libre competencia como medio para una mayor competitividad y eficiencia económica de las empresas, dentro del mercado internacional”. Y añade:

“Ha de reiterarse que no todos los servicios que pueden desarrollarse en los puertos son necesariamente servicios portuarios; lo son los necesarios para el normal desenvolvimiento de los puertos, en su actividad intrínseca de atención a las necesidades del tráfico marítimo, servicios que la Ley divide en dos tipos: los servicios generales del puerto y los que la Ley califica como servicios básicos. Cualquier otra actividad podrá desarrollarse en el puerto siempre que no perjudique a su buen funcionamiento y a partir de la correspondiente autorización, pero sin la regulación que la Ley confiere a los servicios portuarios ni las responsabilidades que sobre ellos impone a las Autoridades Portuarias. Estas actividades se identifican en el texto de la Ley con el calificativo genérico de servicios comerciales, a los que se dedica una escueta regulación.”

El **artículo 56**, “Servicios prestados en los puertos de interés general” dispone que “La actividad portuaria se desarrollará en un marco de libre y leal competencia entre los operadores de servicios en los puertos de interés general, a fin de fomentar el incremento de los tráficos portuarios y la mejora de la competitividad, y hace una clasificación de los servicios que se pueden prestar en un puerto en:

- a. Servicios portuarios, que podrán ser generales o básicos.
- b. Servicios comerciales y otras actividades.
- c. Servicio de señalización marítima.

Los servicios portuarios, según el **artículo 57** de la Ley 48/2003, son actividades de prestación de interés general que se desarrollan en la zona de servicio de los puertos y que deben explotarse en condiciones de seguridad, eficacia, eficiencia, calidad, regularidad, continuidad y no discriminación. Se clasifican en servicios portuarios generales, cuya prestación se reserva a la Autoridad Portuaria y los servicios básicos, que se prestan por operadores privados en régimen de competencia pero bajo licencia y sometidos a regulación, con obligaciones de servicio público y control público.

Los artículos 56 a 80 contienen una prolija regulación de la prestación de estos servicios básicos portuarios, de la concesión de licencias, del personal que deben prestarlos, etc.

El **artículo 60** clasifica los servicios portuarios básicos en:

- a) Servicios de practicaaje,

- b) servicios técnico-náuticos (remolque portuario y amarre y desamarre de buques),
- c) servicios al pasaje (embarque y desembarque de pasajeros y carga y descarga de equipajes y vehículos),
- d) servicios de manipulación y transporte de mercancías (carga, estiba, descarga, desestiba y transbordo de mercancías, depósito y transporte horizontal);

Pero para los servicios de este apartado d) la Ley recoge explícitamente que, “...*estos servicios sólo tendrán la condición de servicios básicos cuando estén asociados directamente a las operaciones de carga y descarga de buques o a las operaciones directamente vinculadas al intercambio entre medios de transporte o al tránsito marítimo...*”

- e) servicios de recepción de desechos generados por buques, (tanto sólidos como líquidos).

La prestación de estos servicios básicos requieren la obtención de una licencia de la autoridad portuaria (artículo 63), que puede ser general [los de las letras c) d) o e)] o específica para cada caso en otros supuestos como los de practicaje o técnico-náuticos.

De los servicios básicos dice el propio preámbulo de la Ley que:

“Dentro de la regulación de los servicios portuarios debe destacarse que los generales del puerto se confían a las Autoridades Portuarias como obligación que la Ley les impone. Se caracterizan, bien por incorporar ejercicio de autoridad, bien por ser indivisibles, remitiendo ambas notas a un único agente, que no puede ser otro que la autoridad responsable del puerto. Los servicios básicos, por su parte, se definen por su relación directa con las operaciones del tráfico portuario y se clasifican en cinco grupos: servicio de practicaje; servicios técnico-náuticos; al pasaje; de manipulación y transporte de mercancías; y de recepción de desechos. Se realizan por operadores privados amparados por la correspondiente licencia y en régimen de competencia; sólo en caso de insuficiencia de la iniciativa privada la Ley permite su prestación directa por las Autoridades Portuarias, en forma excepcional y transitoria, lo que es una obligación para las mismas cuando lo requieren las circunstancias del mercado y en tanto éstas se mantengan”.

Y añade la exposición de motivos: *“Merece, sin duda, un comentario más extenso el servicio de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de mercancías, que se configura de forma independiente al de los otros servicios de manipulación de mercancías”.*

Y eso hace el **Artículo 85** de la Ley de Puertos, dedicado específicamente al “*Servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías*”. El apartado 1 del artículo, define de forma exhaustiva las actividades que integran este servicio: *“Se consideran integradas en este servicio portuario las actividades*

de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte”.

Y a continuación especifica una a una las distintas actividades de carga y descarga en el punto 1.1, las de desestiba y descarga en el punto 1.2 y las de trasbordo en el punto 1.3. Para estas actividades el propio artículo 85 en su punto 5, impone la realización por trabajadores que cumplan unos determinados requisitos de profesionalización de los trabajadores de servicios portuarios básicos, que se recogen en la Disposición Adicional quinta, es decir impone la realización por estibadores.

“Punto 5. Las actividades incluidas en el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías, independientemente del régimen laboral aplicable a las mismas, deberán ser realizadas por los trabajadores que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en la disposición adicional quinta de esta Ley, con la salvedad prevista en el apartado 4”.

Y en este sentido la **Disposición Adicional Séptima**, establece que *“El régimen laboral aplicable a los estibadores portuarios de las agrupaciones portuarias de interés económico que realice las actividades que constituyen el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías será el establecido en los títulos IV y V del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio de estiba y desestiba de buques y normativa que lo desarrolla, en lo que no se oponga a las disposiciones de esta Ley.”* Pero excluye explícitamente de ese régimen las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías que se realicen en instalaciones propias y las que se realicen en autoprestación.

Y el propio **artículo 85** en el mismo apartado 1, en su punto 4 excluye explícitamente del *servicio de carga, estiba, descarga, desestiba y trasbordo* las actividades reguladas en los artículos 86 y 89, es decir, los “servicios de depósito y transporte horizontal” y los denominados “*servicios comerciales*”, que por tanto no están sometidos al requisito exigido en el apartado 5 de este artículo, antes citado.

Pero además en los apartados 2 y 3 del **artículo 85** se excluye de estos servicios *de carga, estiba, descarga, desestiba y trasbordo*, aquellas actividades que no cumplen con la definición previa recogida en el punto 1 del mismo.

Así el apartado 2 excluye determinados productos de la consideración de “mercancía objeto de tráfico marítimo” y por tanto, de las obligaciones de servicio básico.

“2. A los efectos establecidos en este artículo, no tendrán la consideración de mercancía objeto de tráfico marítimo:

a. Los bienes propiedad de las Autoridades Portuarias.

- b. Las cartas, tarjetas, paquetes postales y otros bienes que sean objeto del servicio postal.*
- c. La pesca fresca, el bacalao verde y sus productos elaborados a bordo.*
- d. La recogida de residuos de carga procedentes de los buques.”*

Y en el apartado 3 del **artículo 85**, se recogen una serie de actividades que no son servicios portuarios básicos, y en consecuencia no están sometidas a licencia, sino en su caso a autorización y por tanto, tampoco a la obligación de contratación del artículo 85.5 antes citado, al igual que no lo están los servicios de depósito y transporte horizontal o la recepción de desechos, (artículos 86 y 87).

“3. No tendrán la consideración de servicio portuario básico las siguientes actividades:

- a. El manejo de medios mecánicos propiedad de la Autoridad Portuaria y la manipulación de mercancías del Ministerio de Defensa, salvo que en este último caso el servicio se realice por una empresa titular de una licencia del servicio básico de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías.*
- b. El manejo de cabezas tractoras o grúas automóbiles que no estén permanentemente adscritas a operaciones de manipulación portuaria y sean conducidas por su personal habitual.*
- c. El embarque y desembarque de camiones, automóbiles y cualquier clase de vehículos a motor, cuando se realice por sus propietarios, usuarios o conductores habituales dependientes de aquéllos, así como las labores complementarias de sujeción, cuando sean realizadas por los tripulantes de los buques.*
- d. La conducción, enganche y desenganche de cabezas tractoras que embarquen o desembarquen remolques, si el transporte se produce sin solución de continuidad desde fuera de la zona de servicio hasta su embarque, o desde el barco hasta fuera de la mencionada zona. La conducción de vehículos de todo tipo que transporten mercancías hasta pie de grúa o de instalación de carga, en operaciones directas de camión a barco, si el transporte se produce sin solución de continuidad desde fuera de la zona de servicio y de la de los que reciban mercancías a pie de grúa o instalación de descarga, en operaciones directas de barco a camión, si el transporte se produce sin solución de continuidad hasta fuera de la zona de servicio y, en ambos casos, las operaciones de simple conexión de los medios de carga y descarga. En este supuesto se consideran incluidas las operaciones directas de cualquier medio de transporte terrestre a buque y las de buque a cualquier medio de transporte terrestre. Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la necesidad de observar, en todo caso, las normas generales del transporte.*

- e. *Las labores complementarias de sujeción y trincaje cuando sean realizadas por las tripulaciones de los buques.*
- f. *Las operaciones de carga, descarga y transbordo para el avituallamiento o aprovisionamiento de buques cuando, para esto último, no se precise contratar personal.*
 - 1. *Se considerarán operaciones de avituallamiento las que se refieren a los siguientes productos: agua, combustibles, carburantes, lubricantes y demás aceites de uso técnico.*
 - 2. *Se consideran operaciones de aprovisionamiento las que se refieren a los siguientes productos: los destinados exclusivamente al consumo de la tripulación y de los pasajeros, productos de consumo para uso doméstico, los destinados a la alimentación de los animales transportados y los consumibles utilizados para la conservación, tratamiento y preparación a bordo de las mercancías transportadas.*
- g. *Las operaciones de carga, descarga y transbordo si se realizan por tubería.*

Las actividades a que se refieren los párrafos e, f, y g requerirán la previa obtención de la autorización de actividad a que se refiere el artículo 89 de esta Ley.”

El **artículo 88** de la Ley de Puertos define los *servicios comerciales*, que dice se prestarán previa autorización en régimen de concurrencia, como “*las actividades de prestación portuaria o no portuaria de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicios portuarios, estén permitidas en el dominio público portuario de acuerdo con lo previsto en esta Ley*”.

En esta definición por exclusión, todas las actividades prestadas en los puertos que no tengan la consideración de servicios portuarios prevista en el artículo 56 y de acuerdo con las definiciones y exclusiones de los artículos 85 a 87, son servicios comerciales y como tales sólo estarán sometidas a la obtención de una autorización, sin limitaciones en cuanto a tipo de empresa o personal que deba prestarlos.

Por último la **DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA**, suspende de forma indefinida y hasta que el Gobierno considere pertinente levantar su suspensión cuando la situación económica del sector pesquero lo permita, las normas que regulan el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga, trasbordo para la pesca congelada.

En resumen, los servicios portuarios básicos y en concreto los servicios de carga, estiba, desestiba, descarga, transbordo quedan cuidadosamente regulados en la Ley de Puertos vigente ahora y en el momento de la firma del IV Acuerdo. Por el contrario, la Ley no hace lo mismo con el resto de servicios portuarios no incluidos en la estiba o de los denominados servicios comerciales del artículo 89 de la Ley (a los que la Disposición Adicional Séptima de la Ley denomina *actividades complementarias de los servicios básicos*), que también se prestan

en los recintos portuarios, pero cuya prestación no está sometida a licencia sino a autorización, para *garantizar su compatibilidad con la seguridad del puerto y los usos portuarios preferentes*, y para los que según la Ley prevé que, “En todo caso se prestarán en régimen de concurrencia, sin que estén previstos para ellos limitaciones u obligaciones específicas, salvo, naturalmente, las derivadas de la adecuada protección y conservación del dominio público portuario sobre el que se realizan”.

7. Los servicios de carga, estiba, descarga, desestiba y trasbordo, regulados en el **artículo 85 de la Ley de Puertos** los realizan, a demanda de los importadores y exportadores a través de un transitario, empresas estibadoras con la licencia prevista en el artículo 60 de la Ley de Puertos y con los trabajadores habilitados para ello de acuerdo con lo previsto en la Ley.

Y el régimen laboral aplicable es el previsto en la Disposición Adicional séptima de la Ley de Puertos, es decir, el previsto en los títulos IV y V del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio de estiba y desestiba de buques y normativa que lo desarrolla, en lo que no se oponga a las disposiciones de esta Ley.

Las empresas estibadoras deberían disponer de su propio personal en régimen laboral común, pero según informe de Puertos del Estado sobre Sociedades Estatales de Estiba (folio 1.281), este personal no alcanza ni el 10% del total de trabajadores portuarios, por lo que las empresas estibadoras utilizan los trabajadores de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba (SEED) o de las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIEs), que durante la prestación del servicio están bajo la dirección de la empresa estibadora pero no pierden su vínculo laboral con la SEE o APIE respectiva. En 2006 de los 6.376 trabajadores de estiba, 473 son de relación laboral común siendo el resto de relación laboral especial.

De hecho el objeto de las Agrupaciones Portuarias de interés económico APIEs, creadas por la **Disposición adicional sexta** de la Ley 48/2003, en sustitución de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba (SEED) es según la Ley:

Objeto. La agrupación portuaria de interés económico tendrá por objeto poner a disposición de sus socios los trabajadores que desarrollen las actividades que integran el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías que no puedan realizarse con personal propio de la plantilla de aquéllos de conformidad con el título IV del Real Decreto-Ley 2/1986. Asimismo, la agrupación portuaria de interés económico podrá poner a disposición trabajadores para desarrollar actividades complementarias de los servicios básicos a los que se refiere el artículo 85.1.1.4 de la Ley a los socios que, debidamente autorizados, las realicen. Igualmente será objeto de estas agrupaciones la formación continua de los trabajadores que garantice la profesionalidad en el desarrollo de las tareas portuarias a sus trabajadores, a cuyo efecto los socios vendrán obligados a colaborar con la agrupación facilitando los medios que sean necesarios.

Las APIEs a diferencia de las SEED no tienen titularidad pública, puesto que las correspondientes autoridades portuarias dejan de participar en su capital social, de modo que sus únicos socios son las empresas estibadoras que operan en el respectivo puerto, pero no son empresas prestadoras de servicios de estiba.

8. El IV Acuerdo, firmado por la partes tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003, no se adecua a dicha Ley y amplía el ámbito personal y funcional del III Acuerdo vigente hasta ese momento, (ver en folios 299 y ss el texto del IV acuerdo aportado por CETM).

En cuanto al “Ámbito personal” el **artículo 2** (folio 299), extiende el ámbito de aplicación a empresas no dedicadas o relacionadas con la estiba. Además de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba, a las Agrupaciones portuarias de interés económico (APIEs) constituidas, o que se constituyan y a las Empresas estibadoras que realicen las labores de servicio básico de estiba de buques y las denominadas complementarias, incluye a empresas no estibadoras. En las propias palabras del Acuerdo, *“las empresas que, sin ser estibadoras, realicen como actividad principal las actividades complementarias y a otras empresas que hayan recibido autorización o licencia o cualquier otro tipo habilitante para la realización de las actividades descritas en el ámbito funcional del presente Acuerdo”*.

Por lo que se refiere a los trabajadores incluye a los estibadores portuarios y cualesquiera otros trabajadores, que presten servicios tanto a las empresas de estiba como a otras, puesto que dice *“afectara a la totalidad de los estibadores portuarios o trabajadores, incluso los puestos a disposición por empresas de trabajo temporal ...que realicen las actividades descritas en el ámbito funcional y que presten servicios para las entidades indicadas en los apartados 2.1.1 y 2.1.2 (que como queda recogido más arriba son todo tipo de empresas) en régimen de Relación la Laboral Especial o Común...”*

Por tanto según el ámbito personal del IV Acuerdo es de aplicación no sólo a empresas estibadoras y a los trabajadores de la estiba, sino también a las empresas y *trabajadores no estibadores que pretendan realizar las denominadas labores complementarias*.

En cuanto al “ámbito funcional” el **artículo 3** dispone que *“el presente Acuerdo regula las relaciones laborales entre las Empresas y Trabajadores descritos en el ámbito personal, que intervengan en la realización de las actividades portuarias constitutivas del servicio público o básico de estiba y desestiba de buques y en las actividades y labores complementarias que se relacionan en el artículo 3.4”*, (folio 299 y ss), ampliando las actividades a realizar cubiertas por el nuevo Acuerdo respecto al III Acuerdo en varios ámbitos.

Analizado el artículo y puesto en relación con la Ley 48/2003, por una parte incluye como actividades portuarias de servicio público actividades excluidas por la Ley de esa consideración y por tanto no asignadas en exclusiva ni a las empresas de estiba ni a ser prestadas por estibadores, como por ejemplo,

- determinadas labores de pesca
- el transporte horizontal dentro de la terminal portuaria.
- la puesta y retirada de calzos, caballetes, etc., en las operaciones de buques de carga rodada.
- el desembarque de vehículos, camiones, etc., limitando la consideración de lo que se entiende por conductores habituales, etc.

Y por otra parte mediante el **apartado 4 del artículo 3**, incluye todas las actividades complementarias, antes no sometidas al III Acuerdo, realizadas por empresas no estibadoras y por trabajadores no estibadores, al establecer como actividades complementarias sometidas al Acuerdo las realizadas por las empresas definidas en el ámbito personal, es decir, las actividades realizadas por *empresas que sin ser estibadoras realicen como actividad principal las actividades complementarias*. Esta inclusión de hecho de las empresas y trabajadores que no pertenecen a la estiba, no queda desvirtuada por la condición de existencia de convenios en cada puerto, prevista en el párrafo tercero del artículo 3.4 del Acuerdo, puesto que la doble remisión cruzada del artículo 2 “ámbito personal” y el artículo 3 “ámbito funcional” configura una cobertura extensiva del mismo.

Por tanto, y aunque la Disposición Adicional Cuarta remita a los convenios colectivos de cada puerto, el IV Acuerdo firmado el 26 de julio de 2007 entre la Asociación ANESCO y una parte de la representación sindical de los trabajadores de estiba, extiende el ámbito de aplicación del mismo a empresas y trabajadores distintos de la estiba, tal como se define en los artículos 85 y 86 de la Ley 48/2003, es decir, a empresas y trabajadores susceptibles de prestar los servicios comerciales, no reservados por la Ley a ninguna empresa ni colectivo en particular y por tanto, susceptibles de ser realizados por empresas y trabajadores de distintos ámbitos y cuyas relaciones laborales pueden estar sometidas a distintos convenios laborales, ajenos incluso a convenios de ámbito portuario.

9. Por lo que se refiere a la contratación de trabajadores, el IV Acuerdo regula en su **artículo 6** (folio 302), todo lo referente a nivel de empleo, ingreso en lo que denomina *Plantilla del puerto* y que define como conjunto de trabajadores relacionados en el artículo 2.2 vinculados a empresas descritas en 2.1 (es decir todos, tanto estibadores como no estibadores). Y en el apartado 3 de este mismo artículo dispone, que los nuevos ingresos en la plantilla del puerto de nuevos trabajadores por tiempo indefinido, deberán ser autorizados por la Comisión Paritaria Sectorial creada en el propio Acuerdo.

El **artículo 18** (folio 323) prevé la creación de una Comisión Paritaria Sectorial como *órgano de interpretación, ejecución, conciliación, y vigilancia del cumplimiento colectivo del presente acuerdo*.

Esta Comisión está integrada por 18 miembros, 9 de ANESCO y 9 de la representación sindical firmantes del Acuerdo.

Y entre las funciones de la Comisión Paritaria Sectorial se recoge en el punto 18.4. e) *“Aprobar con carácter vinculante el ingreso de los trabajadores en la plantilla del puerto (OEE o Empresas) en todos y cada uno de los puertos del territorio español.”*

10. El IV Acuerdo se pretende configurar como un Convenio Sectorial según el Acta Final de la Comisión negociadora (folio 328 y ss), por el que se aprueba el texto. Recoge el Acta que, a los efectos previstos por el artículo 89.3 del Estatuto de los Trabajadores, se aprueba con el voto favorable del 100% de la representación empresarial y el 76,212% de la sindical y se acuerda que será como tal depositado y registrado en la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo.

El Estatuto de los Trabajadores cuyo texto refundido ha sido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, establece las condiciones que debe cumplir un Acuerdo entre empresarios y trabajadores para ser considerado convenio colectivo. (Ver artículo 87 y 88 del ET). También establece en su artículo 90.5 que *“Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes”*.

La previsión del artículo 90.5 encuentra su justificación en los efectos que tiene para los operadores en el mercado el reconocimiento de un acuerdo como convenio colectivo. Así el artículo 82 “Concepto y eficacia”, inserto en el título que trata sobre los convenios y en particular sobre la naturaleza y efecto de los mismos, recoge en su punto tercero lo siguiente:

“3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación.

Si dichos convenios colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación, esta última sólo podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa. De no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la comisión paritaria del convenio. La determinación de las nuevas condiciones salariales se producirá mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y, en su defecto, podrán encomendarla a la comisión paritaria del convenio”.

11. Según informe remitido a la DI por la Dirección General de Trabajo el 28 de marzo de 2008, (folio 630), el IV Acuerdo se configura como un Convenio de ámbito superior a la comunidad autónoma por lo que es de su competencia el

registro, depósito y publicación prevista en el artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores.

En dicho informe la D. G. de Trabajo explica el procedimiento seguido con el texto notificado por los firmantes y la situación en que se encuentra en ese momento, porque considera que *“no dispone de una acreditación sólida de que ANESCO posea suficiente representatividad para dotar al IV Acuerdo de la eficacia pretendida”*, y que está a la espera de información para tras su análisis decidir si remite el Acuerdo al Boletín Oficial del Estado, o ejerce la acción ante la jurisdicción competente.

En el análisis del texto remitido de julio de 2007 que realiza la D. G. de Trabajo, detecta varias cuestiones que dice podrían conculcar la legalidad vigente, entre las que menciona falta de representatividad de los firmantes, ámbito de aplicación superando los límites legales establecidos, extralimitación en las atribuciones de la Comisión Paritaria, etc..

La DGT traslada estas consideraciones a los firmantes y les comunica que ha recibido 15 impugnaciones al Acuerdo.

En respuesta la Comisión Negociadora aprobó determinadas modificaciones en el texto del IV Acuerdo en su reunión de 4 de diciembre de 2007, con los votos favorables de ANESCO CETM, LAB y CIG y con el voto en contra de UGT, CCOO e incomparecencia de ELA-STV, (Acta en el folio 652), que remite a la DGT el 7 de diciembre de 2007 sin que ésta considere que resuelve las cuestiones por ella planteadas.

12. Posteriormente y según consta en el Acta de la reunión de la Comisión Negociadora celebrada el 10 de septiembre de 2008, (folio 1.679), los firmantes se reunieron el 29 de julio de 2008 con la Secretaria General de Empleo y el Director General de Trabajo. Como consecuencia de lo tratado en dicha reunión, la Comisión Negociadora del IV Acuerdo, decide desistir de la solicitud de 9 de agosto de 2007 y promover un nuevo proceso de negociación del IV Acuerdo. Se constituye la nueva Comisión Negociadora que en el mismo momento acuerda presentar nueva solicitud de inscripción, que remite a Trabajo, adjuntando un Convenio idéntico al anterior (idéntico al reformado de diciembre de 2007).

Junto con el nuevo Convenio, adjunta certificado del abogado de ANESCO de 10 de septiembre de 2008 sobre representatividad de la Asociación, (folio 1.686), según el cual forman parte de ANESCO las siguientes APIEs: Algeciras, Alicante, Arrecife, Barcelona, Cádiz, Puerto del Rosario, Sagunto, Santa Cruz de Tenerife y Valencia. Y dice el certificado que dichas APIEs dan ocupación a 4.190 trabajadores, lo que supone el 63% del total de trabajadores con relación laboral especial. Añade que ANESCO agrupa a 114 empresas, lo que supone el 53% y a 475 trabajadores, es decir, en conjunto el 70% de los trabajadores de Régimen Laboral Común y Especial. Y añade que realizan labores tanto de servicio básico como complementarias.

La aprobación de este nuevo IV Acuerdo, idéntico al anterior, se hace con el voto favorable de ANESCO, Coordinadora; CIG y LAB, es decir 100% de la representación empresarial y 76,212 % de la sindical, como en el anterior. Votan en contra CCOO y UGT y no comparece ELA-STV.

En cumplimiento de la Ley 30/92 la D.G. de Trabajo decide mediante Resolución de 25 de septiembre de 2008, que comunica que la Comisión Negociadora del IV Acuerdo y a PE (folio 1670), aceptar el desistimiento de la solicitud inicial y añade, *“sin perjuicio de las actuaciones que correspondan ante este nuevo IV Acuerdo presentado cuyo contenido es idéntico al anterior”*.

Finalmente y según consta en noticia de prensa (folio 1.946), la Dirección General de Trabajo no publicó el Acuerdo y presentó demanda ante la Sala de lo Social de la AN, estando prevista inicialmente la Vista para enero de 2009 y aplazándose después a mayo, y dictando sentencia la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 1 de junio de 2009 (Sentencia 0050/2009).

13. Las impugnaciones realizadas por empresarios, sindicatos y las autoridades de los Puertos, y que constan en el expediente remitidas por los propios recurrentes o por la Dirección General de Trabajo, con fecha 30 de abril de 2008 (folios 929 y ss), se basan en falta de legitimidad de los firmantes (por no cumplir los requisitos de representación de empresas ni de empleo de trabajadores exigidos por el Estatuto de los Trabajadores), por exceso en el ámbito de aplicación y sobre todo por la afectación a intereses de terceros que no son parte del Acuerdo. Se recoge a continuación un resumen de las razones alegadas en dichas impugnaciones

a) Escrito de Puertos del Estado a Trabajo de fecha 30.07.2007 (folio 281), en el que denuncia a la Dirección General de Trabajo, que ANESCO y CETM pretenden dar rango de Convenio Colectivo (lo que implica que sea de aplicación a las relaciones laborales de las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito personal en los puertos de toda España) al IV Acuerdo y solicita a la autoridad laboral que no proceda a su inscripción y que lo impugne de oficio por cuanto el mismo infringe el ordenamiento tanto en la legitimación (en el ámbito personal y funcional: no cumple el 10% de los trabajadores, no representa a las Sociedades de Estiba y se extiende a empresas distintas de la estiba) y con perjuicio para terceros.

En escrito de fecha 20 de septiembre de 2007 todos los Presidentes de las autoridades portuarias se adhieren al recurso de PE (folio 1.055). Y la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Mallorca lo hace el 5 de noviembre de 2007, (folio 1.053).

b) El 6 de agosto de 2007 el sector del mar de la Federación de Comunicación y transporte de CCOO, alegando falta de legitimación de las partes firmantes para suscribir un Acuerdo o Convenio marco de los previstos en el artículo 83.2 del ET, ni convenio alguno que vincule a terceros, solicita a la Dirección General de Trabajo que deniegue el registro, depósito y publicación del IV

Acuerdo y lo impugne ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, (folio 558 y 1.107).

Por tanto CCOO considera que no puede ser un convenio de los previstos en el ET, sino a lo sumo, un mero acuerdo extra-estatutario, cuya eficacia normativa es de obligación limitada a las partes y a aquéllos que voluntariamente se adhieran al mismo.

En escrito posterior, de 5-12-2007, CCOO comunica a la DGT que las modificaciones introducidas el 4 de diciembre de 2007 en el IV Convenio no resuelven los problemas planteados y no sirven, con excepción de la exclusión del mismo de la pesca fresca.

- c) EUROPENA BULK HANDLING INSTAKLETACION (EBHISA) en fecha, 17 de agosto de 2007, (folio 1226) expone que realiza, en régimen de concesión, todas las actividades de descarga de graneles sólidos en el Muelle de Minerales del Puerto del Musel (Gijón), no es una empresa estibadora y no precisa ni viene obligada a la utilización de trabajadores portuarios, en aplicación de la legislación vigente para el sector de la estiba. Únicamente, en cumplimiento del Acuerdo de 18 de mayo de 2004, que regula las relaciones laborales en el sector de la estiba en el Puerto de Gijón, a través de su empresa participada ASTURIANA DE SERVICIOS PORTUARIOS; S.L.U., que es una empresa estibadora, recibe la prestación de dieciséis trabajadores portuarios.

En dicho escrito de impugnación EBHISA advierte sobre los efectos de que el IV Acuerdo sea aceptado por la autoridad laboral y dice que al extender el ámbito del mismo a empresas no estibadoras y trabajadores no portuarios *“acaban con cualquier fórmula alternativa de gestión de estas actividades complementarias por vía de la imposición de condiciones que en verdad harían inviable la existencia de empresas no estibadoras en la prestación de los denominados servicios complementarios y para los que se pretende una reserva por vía convencional que se sume a la que cuentan por vía legal”*

- d) CEPESCA en escrito de fecha 15 de octubre de 2007, se dirige a la Dirección General de Trabajo como representación de 1.200 empresas que emplean a 20.000 trabajadores del sector de la pesca, solicitando la nulidad del artículo 3.2.2 del IV Acuerdo por afectarle directamente sin haber participado en la negociación (folio 565 y 1.058).

En respuesta a la DI, CEPESCA afirma (folio 626) que las descargas de pesca se realizan ahora (tras eximir las de forma indefinida del régimen del Real Decreto Ley 2/1986), en régimen de libertad de contratación y que el incremento de costes de tener que acudir a las Asociaciones Portuarias de cada puerto sería muy relevante. Considera que tal como está la redacción del artículo 3.2.2 del IV acuerdo *“resultarían afectadas, todas y cada una de las empresas que realicen descargas de sus capturas en puertos españoles, sean*

o no de bandera nacional y no sólo las 1.200 empresas agrupadas en las 41 asociaciones empresariales”.

- e) La Asociación Provincial de empresas frigoríficas de Pontevedra, en escrito de 25 de octubre de 2007, se dirige a la Dirección General de Trabajo solicitando la no inscripción y la impugnación del mismo, (folio 567 y 1.071) justificado en el hecho de que al extenderse el ámbito personal y funcional del acuerdo a empresas no estibadoras y a actividades distintas de la estiba (artículos 2 y 3), ANESCO no reúne los requisitos de representatividad exigidos por el Estatuto de los trabajadores para firmar un convenio en representación de la patronal.
- f) UGT, Sector estatal de Puertos Aduanas y Consignatarios de la Federación Estatal de Transporte Comunicaciones y Mar (TCM-UGT), en escrito de 1 de agosto de 2007, (folio 591 y 1099), solicita a la Dirección General de Trabajo que deniegue el registro, depósito y publicación del IV Acuerdo, y lo impugne ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, por vulnerar al legalidad vigente al extenderse el acuerdo a empresas no estibadoras y trabajadores no portuarios, desbordando el ámbito de representación de los firmantes.

UGT afirma (folio 590) que son “muchas las empresas (no estibadoras) potencialmente afectadas por el IV Acuerdo”, tanto de las que operan actualmente como otras que pudieran tener interés en iniciar la actividad en la zona de servicio de los puertos comerciales y añade que el mismo cerraría el mercado, en beneficio de las empresas estibadoras que ampliarían su actividad incorporando nuevas líneas de negocio en el mismo régimen de exclusividad con las que se les privilegia para las actividades que integra el servicio portuario básico de carga y estiba.

- g) Con similares argumentos impugnan los Presidentes de los Puertos de Galicia, el 30 octubre 2007 (folio 1.044); la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Palma de Mallorca, 13 de noviembre de 2007 (folio 1.053); Presidente de la Autoridad Portuaria de Cartagena y de la Sociedad Estatal de Estiba del Puerto de Cartagena, el 6 agosto 2007 (folio 1.190); la Autoridad Portuaria Bahía de Cádiz, el 7 de agosto de 2007, (folio 1.204); la Autoridad Portuaria de Gijón, el 10 agosto 2007, (folio 1.219), y la Autoridad Portuaria de Santander, 3 octubre de 2007, (folio 1.250) y en general todas las autoridades portuarias (folio 1.054).
- h) El Consejero de Industria y Desarrollo Tecnológico del Gobierno de Cantabria, en escrito de 4 de Octubre de 2007 (folio 930), solicita igualmente que no se inscriba como convenio colectivo o que se impugne por vulnerar la normativa vigente, el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, al afectar a convenios vigentes, y por lesionar gravemente el interés de terceros. Alude a razones similares a las expuestas por los anteriores de falta de legitimación y extralimitación y hace mención de dos efectos importantes que puede tener el IV Acuerdo. Por una parte los efectos sobre las “autopistas de mar” o tráfico marítimo de corta distancia y con características diferenciales que exigen tratamiento diferenciado y que dice, este acuerdo “liquida esa posibilidad” de

tratamiento diferenciado; y por otra parte los efectos que podría tener en materia de Seguridad Social, si se pretendiera extender a todos los trabajadores del puerto el *régimen especial del mar* del que disfrutaban los estibadores.

14. La Abogacía General del Estado consultada por Puertos del Estado sobre la legalidad del IV Acuerdo, en informe de fecha 25 de octubre de 2007, remitido por PE el 19 de noviembre de 2007, (folios 454 y ss), tras un detallado análisis del Acuerdo en relación con las disposiciones pertinentes del Estatuto de los Trabajadores, (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) y con la normativa que regula las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, llega a las siguientes conclusiones:

Primera.- La asociación empresarial ANESCO carece de legitimación para la negociación del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

Segunda.- Por las consideraciones expuestas en el apartado II del presente informe, las previsiones contenidas en los artículos 3.2.2; 3.2.4; 3.2.5; 3.2.6; 3.2.7; y artículo 12 (Grupo I, punto 4 y Grupo II, punto 13) del Acuerdo reseñado en la anterior conclusión no se ajustan a la legalidad vigente.

Sólo a título de ejemplo se recogen a continuación algunas de las consideraciones que hace la Abogacía General del Estado.

Respecto a la legitimación de ANESCO, al margen de que no cumple los requerimientos de legitimación inicial exigidos por el Estatuto de los Trabajadores, puesto que “dar ocupación” debe entenderse como “contratar”, la Abogacía del Estado dice que ANESCO “*en absoluto representa ni puede representar a empresas no estibadoras, con sus propios esquemas de relaciones laborales y su propio convenio sectorial*” y que además “*...se está arrogando la representación de las sociedades de estiba y desestiba y de las organizaciones de empresas estibadoras que se ven incluidas en el ámbito personal del acuerdo (artículo 2.1.1)*”.

Por lo que se refiere a la legalidad y al margen de la segunda de las conclusiones recogidas más arriba sobre distintos puntos del Acuerdo, el informe dice que las actividades complementarias mencionadas por el Acuerdo en su artículo 3.4 “*constituyen actividades profesionales que son objeto de otros convenios colectivos que se refieren a sectores de la actividad distintos y que han sido concertados por otros agentes, lo que tiene por consecuencia la inaplicación o desplazamiento de esos otros convenios, lo que no resulta admisible*”.

15. En España, de acuerdo con el **artículo 82** del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), los Convenios colectivos resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y empresarios en el ámbito que les corresponde y sobre las materias que les son propias, “obligan a todos los

empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”.

En cuanto a las materias objeto de negociación el **artículo 85** del ET especifica que, dentro del respeto a las leyes, los convenios pueden regular *“materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias...”*

Sin perjuicio de la libertad de pacto entre los interlocutores sociales, el Estatuto de los Trabajadores prevé medidas para el caso en que dichos acuerdos no respeten la legalidad vigente o lesionen derechos de terceros, así el Artículo 90.5 del ET dispone, *“Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes”.*

- 16.** El texto del IV Acuerdo, depositado en el Ministerio de Trabajo el 7 de diciembre de 2007, tras las observaciones realizadas por la DG de Trabajo, introduce modificaciones menores en los artículos 2.1.2; 2.2; 3.1; 3.2.2; 3.4; 5; 6.3.1; 15; 18.4 y 18.5 Disposición Transitoria primera y una nueva Disposición Transitoria tercera, relativa a la pesca congelada (ver textos modificados en folio 659 y completo en 676).

Se trata de modificaciones no sustanciales en la redacción de algunas cláusulas, que no modifican el alcance del Acuerdo y entre las que desde el punto de vista de la normativa en materia de competencia, cabe destacar las siguientes:

- a) *En el ámbito personal (artículo 2.1.2) se elimina el término sin ser estibadoras. Donde decía “A las empresas que sin ser estibadoras realicen como actividad principal las actividades complementarias...”, ahora dice “A las empresas que realicen como actividad principal las actividades complementarias” manteniendo por tanto de hecho la cobertura de empresas no estibadoras cuya actividad principal sean los trabajos complementarios y de los trabajadores de las mismas no estibadores, puesto que la modificación del artículo 2.2 no reduce el ámbito.*
- b) *En el ámbito funcional se elimina la referencia a actividades portuarias que constituyan servicio público o básico dejando el término mucho más amplio de que afecta a *empresas y trabajadores que intervengan en la realización de actividades portuarias y labores complementarias que se relacionan a continuación (artículo 3.1). Y en la relación de actividades cubiertas por el Acuerdo, suprime algunas de ellas como la estiba y desestiba de la pesca fresca (ver artículo 85 .2 c) de la Ley 48), pero incluye entre la actividades portuarias las labores de pesca congelada (artículo 3.2.2), a pesar de que la Disposición Adicional Octava de la Ley 48/2003 mantiene la suspensión indefinida de la pesca congelada como excluida de las actividades de**

servicio público o básico, exclusividad de los estibadores, razón por lo que en una nueva Disposición Transitoria, la tercera se hace referencia a esta situación.

- c) También modifica la definición de actividades complementarias, suprimiendo la referencia al servicio público básico y lo sustituye por lo siguiente: *actividades complementarias todas las “realizadas en el espacio físico del puerto ligadas el tránsito de mercancías no descritas como actividades portuarias en los apartados anteriores” (artículo 3.4).*
- d) La modificación del artículo 5 sobre convenios de ámbito inferior es menor, y el artículo sigue imponiendo la obligatoriedad de los ámbitos personal y funcional de los artículos 2 y 3 del IV Acuerdo a los convenios que se firmen de ámbito inferior, (nunca inferior a un puerto según artículo 15), por lo que mantiene la primacía sobre cualquier convenio que se pretenda firmar entre empresas (no estibadoras) y trabajadores (no estibadores).
- e) La modificación del artículo 6.3.1 relativo a la contratación de trabajadores, mantiene el mismo sometimiento a la Comisión Paritaria Sectorial y añade que en los términos del artículo 18.4 *“Aprobar con carácter vinculante el ingreso de los trabajadores en la plantilla del puerto (OEE o Empresas) en todos y cada uno de los puertos del territorio español. “*

Dicha Comisión, que es también la encargada de interpretar el acuerdo, está formada según el artículo 18 del Acuerdo por 9 representantes de ANESCO y 9 de las centrales sindicales firmantes del mismo. El artículo 18.4 tiene un añadido aclaratorio sobre las funciones de la Comisión. El 18.5 modifica que la cuota para hacer frente a los gastos de asistir a las reuniones salga de los firmantes y adheridos al Convenio.

17. Al margen de la situación legal del IV Acuerdo a los efectos de su consideración como convenio laboral, consta en el expediente información que acredita que los firmantes, desde su firma, han aplicado los acuerdos recogidos en el mismo.

En declaraciones en el seno de la Comisión Mixta del III Acuerdo (folio 475), CETM pide la formación de la Comisión Paritaria prevista en el IV Acuerdo y ANESCO manifiesta que, reconociendo que no tiene eficacia normativa, *“para ANESCO como parte contratante si le afecta lo dispuesto en el Acuerdo suscrito (se refiere al IV Convenio). De ahí que nos parezca conveniente que nuestras empresas asociadas cumplan lo dispuesto en éste”*.

El mismo 26 de julio de 2007 (folio 1.795) se constituye la Comisión Paritaria, prevista en el IV Acuerdo, y que según su artículo 18 está formada exclusivamente por los firmantes del Acuerdo que son los únicos con potestad para interpretar este acuerdo y todos los convenios de ámbito inferior que se firmen en el sector.

Constan Actas de la celebración de reuniones periódicas de la Comisión Paritaria Sectorial en las que se realizan interpretaciones del IV Acuerdo o se aplican los acuerdos del mismo:

En la reunión de constitución (folio 1.798) acuerdan interpretar que puertos comerciales son todos los puertos de territorio español donde se realicen actividades del artículo 3 del IV Acuerdo.

En aplicación del artículo 6 del Acuerdo se someten a la Comisión Paritaria, los ingresos de personal en las plantillas de distintos puertos en las reuniones de 24 de octubre de 2007 (folio 1.800), de 28 de noviembre de 2007 (folio 1.806), de 23 de enero de 2008 (folio 1.810) y de 13 de marzo de 2008 (folio 1.820), de la que se deduce que se vetan determinados ingresos.

Constan también otras actas de reuniones de la Comisión paritaria en las que se tratan y acuerdan temas en base a las disposiciones del IV Acuerdo relativos a conflictividad laboral.

- 18.** En la reunión de la Comisión Paritaria de 18 de noviembre de 2008, se adopta el siguiente acuerdo interpretativo (ver alegaciones al informe propuesta de la DI, folio 83, ante el Consejo):

“El IV Acuerdo en modo alguno establece la obligación de que las empresas no estibadoras cuya actividad principal sea la realización de las actividades complementarias están obligadas a contratar personal de la Sociedad de estiba o APIE, pudiendo, para dar los citados servicios, hacerlo con su personal o acudir al citado censo, cumpliendo en lo demás, lo que establezca el Convenio vigente de cada puerto regulador de las relaciones laborales de la estiba y desestiba”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El objeto de este expediente es dilucidar si el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (en adelante, IV Acuerdo), firmado por ANESCO, como representante empresarial, y CETM, CIG y LAB, como representantes sindicales, falsea o es susceptible de falsear la competencia en todo o en parte del territorio nacional; y si en consecuencia constituye una infracción de las normas de competencia y más concretamente del artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 81.1 del Tratado de la CE.

La Dirección de Investigación en su informe y propuesta de resolución, remitida al Consejo de acuerdo con el artículo 50.5 de la LDC, propone lo siguiente:

Primero.- Que por el Consejo de la CNC:

a. Se declare que el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, suscrito el 26 de julio de 2007 por la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), la Confederación Intersindical Galega (CIG) y Laginle Abertzaleen Batzordeak (LAB), modificado en diciembre de 2007, después reemplazado con un

contenido similar por un nuevo Acuerdo suscrito el 10 de septiembre de 2008, infringe el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Se considera responsables a las cuatro organizaciones firmantes.

b. Dado que el IV Acuerdo 26 de julio de 2007 y su modificación en diciembre de ese año han sido retirados, se propone intimar a las entidades imputadas para que se abstengan en lo sucesivo de suscribir acuerdos semejantes a aquéllos.

Segundo.- Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 53 de la LDC.

La propuesta de la DI imputaba por artículo 1 de la LDC, imputación que el Consejo amplió al artículo 81 del Tratado CE en obligado cumplimiento de lo previsto en el artículo 3.1 del *Reglamento (CE) Num. 1/2003 del Consejo, de 16 de noviembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE* (en adelante Reglamento Comunitario o Reglamento 1/2003)

Segundo.- La DI no se opone a la ampliación de la calificación al artículo 81 del TCE; Puertos del Estado comparte el criterio del Consejo por la incidencia del acuerdo en los intercambios comerciales con el exterior, y a la representación de ANESCO le parece adecuado que, al amparo del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, se le haya dado traslado a la Comisión Europea del procedimiento abierto, dando de ese modo oportunidad a la Comisión a pronunciarse sobre los distintos aspectos del mismo.

Por el contrario la representación de los tres sindicatos firmantes del pacto, CETM, CIG y LAB, se muestran disconformes con el Acuerdo adoptado por el Consejo de incorporar la imputación por artículo 81 y solicitan la revocación del mismo. Alegan indefensión y vulneración de los derechos de audiencia, de defensa y de contradicción por no haber sido informados en el momento de la instrucción de esta imputación y no haber podido responder a la misma. Consideran además no probada la afectación del comercio intracomunitario, presupuesto básico para la aplicación de las normas comunitarias de competencia.

En este sentido, y en respuesta a dichas alegaciones de indefensión por la recalificación, es necesario afirmar de forma rotunda, que la aplicación de las normas comunitarias de competencia cuando pueda existir afectación de los intercambios comunitarios no es una opción para los órganos de competencia nacionales, sino una obligación ineludible, pues como dispone el artículo 3.1 del Reglamento 1/2003,

“Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado

que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado”.

El término utilizado por el Reglamento comunitario, norma de directa aplicación es, “aplicarán”, sin posibilidad de excepción ni de apreciación una vez que exista posibilidad de afectación de los intercambios comunitarios.

La cuestión previa es, por tanto, si el acuerdo que nos ocupa *puede* afectar al comercio entre Estados miembros. Y en este supuesto la posibilidad de afectación de los intercambios comunitarios queda fuera de toda duda en la medida que estamos ante un acuerdo con vocación de afectar a la prestación de un servicio imprescindible en todos los puertos comerciales del territorio español y que incide de forma directa en el coste de las exportaciones e importaciones españolas hacia y desde el resto del mundo y sobre los intercambios entre España y el resto de Estados de la UE. Las cifras utilizadas en el Acuerdo del Consejo según las cuales, por los puertos españoles pasan el 50% de las exportaciones españolas y entre un 80 y un 85 % de las importaciones, medidas en toneladas, y que se recogen en el Proyecto de Ley de Puertos remitido al Parlamento, no son rebatidas por los imputados aunque alegan carencia de validez jurídica por estar contenidas en una exposición de motivos. Pero no es la validez jurídica de una disposición de lo que estamos tratando, sino de los últimos datos disponibles sobre los intercambios comerciales internacionales en los puertos españoles, datos cuya veracidad viene avalada por ser los remitidos al legislador por el Gobierno y que son un indicador irrefutable de la incidencia de los servicios portuarios en los intercambios europeos que no precisa mayor acreditación.

Sentado que existe posibilidad de afectación de los intercambios comunitarios y consecuentemente obligación de aplicar el artículo 81 del TCE, es necesario ahora analizar si la modificación de la imputación realizada por el Consejo afecta en algo a los derechos de defensa de los imputados. Y la respuesta es negativa, puesto que no existen nuevos hechos, sino que la imputación es por los mismos hechos por los que la DI ha incoado el expediente y que han sido objeto de contradicción durante toda la instrucción y de los que los imputados han podido defenderse. Nada nuevo hay sobre lo que puedan aportar nuevas pruebas los imputados, solo la constatación de un hecho, el posible ámbito de mercado afectado que se extiende a los Estados miembros de la UE, lo que no ha sido rebatido por los imputados, y que impone una obligación de comunicación a las autoridades comunitarias de competencia.

En todo caso y tal como prevé el artículo 51.4 de la LDC, la nueva calificación les ha sido comunicada a los interesados, que han podido realizar las alegaciones pertinentes, sin perjuicio de que en cumplimiento de sus obligaciones, el Consejo haya realizado la comunicación a la Comisión Europea.

Respecto a las alegaciones de que el artículo 81 del TCE sólo se aplica a los “*acuerdos entre empresas*”, que ya había sido alegado por los interesados a lo largo de la instrucción, será objeto de un fundamento específico posteriormente.

Tercero.- Levantamiento de confidencialidad. La información sobre el reglamento de funcionamiento del IV Acuerdo y las Actas de las reuniones celebradas por las Comisiones del mismo, a las que se hace referencia en el punto 5 de Antecedentes y 18 de los Hechos Probados, constan en el expediente no confidencial remitidas por ANESCO, Parte de dicha documentación consta, en los originales remitidos por CETM, en tomo confidencial a petición del remitente. Teniendo en cuenta que la totalidad de las Actas enviadas por la CETM, para las que había solicitado confidencialidad y la DI se la había concedido poniéndolas en tomo separado, están incluidas en el expediente como no confidenciales, remitidas por ANESCO, y que por tanto han sido conocidas por los interesados en la fase de instrucción, este Consejo considera que no tiene objeto mantener la confidencialidad de la documentación remitida por CETM, acordando que se levante la misma sin que sea necesario su incorporación al expediente no confidencial por constar ya en el mismo.

Cuarto.- En las alegaciones al Informe y propuesta de Resolución los imputados, además de las alegaciones sustantivas, han realizado varias alegaciones sobre lo que denominan vicios en el procedimiento en la fase de instrucción, como que la DI no ha tomado en consideración las alegaciones al PCH (CETM), o que se les ha denegado ampliación de plazo (todos) y que, consideran, constituyen causa de nulidad y a las que el Consejo debe responder antes de entrar en el fondo de la cuestión. Asimismo se da respuesta a la propuesta de pruebas realizadas al Consejo en la fase de alegaciones a la propuesta de Resolución.

a) La CETM alega que la DI no ha tenido en cuenta sus alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos y pide la nulidad de la propuesta y retrotraer el expediente a dicho momento procesal. Según consta en el expediente las alegaciones de CETM al PCH se recibieron el 10 de noviembre de 2008, con posterioridad a la fecha de cierre del expediente, pero antes de la emisión de la propuesta de resolución, y en la respuesta de la DI a las distintas alegaciones presentadas por los imputados a lo largo de la instrucción del expediente, (punto 3 “Análisis de las alegaciones” del apartado “Actuaciones posteriores al Pliego”), quedan comprendidas las realizadas por CETM en su escrito de 10 de noviembre de 2008, como es evidente en la respuesta que la DI da a la condición de interesado de Puertos del Estado o la aplicación de la normativa de defensa de la competencia a los convenios colectivos, o el amparo legal del Acuerdo, etc. Por tanto sin perjuicio de que no exista referencia concreta al escrito de alegaciones de CETM, la DI ha analizado y respondido a las alegaciones realizadas. A mayor abundamiento de lo anterior, con la nueva tramitación de los expedientes, de acuerdo con la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia aplicable a este caso, la indefensión o falta de principio de contradicción en la fase de respuesta al Pliego de Concreción de Hechos, alegada por CETM para solicitar la nulidad de la propuesta de la DI no tiene razón de ser puesto que, como es el caso, la imputada ha tenido un nuevo trámite de alegaciones una vez emitido el Informe y la Propuesta de Resolución por la Dirección de Investigación, tal como prevén los artículos 50 y 51 de la citada Ley 15/2007. Y en cumplimiento del artículo 34.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, la DI ha elevado al Consejo junto con el Informe y la Propuesta de Resolución las

alegaciones a dicha propuesta de resolución, incluidas las proposiciones de las partes en relación con la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo. Lo que implica que aunque la Dirección de Investigación hubiera omitido la valoración de las alegaciones al PCH o la práctica de pruebas propuestas, las partes han tenido trámite ulterior para poder reiterar sus peticiones ante el Consejo que es el órgano de resolución del expediente, tal como lo ha hecho CETM. Y el Consejo las ha tenido en cuenta a la hora de resolver.

b) La representación de ANESCO presenta una protesta formal frente a la negativa de la DI a la concesión del plazo de prórroga, si bien reconoce que la concesión de ampliaciones de plazo es potestativa de la DI. No obstante incurre la representación de ANESCO en un error de apreciación, cuando considera que las negativas a la prórroga pueden estar relacionadas con una posible caducidad del expediente por transcurso del plazo de un año que supuestamente tiene la DI para la fase de instrucción, puesto que el único plazo para la caducidad del procedimiento es que no se haya resuelto a los 18 meses desde la incoación, tal como dispone el artículo 38.1 de la LDC, sin que el plazo de 12 meses para la instrucción que marca el artículo 28.4 del Reglamento sea más que un plazo autoimpuesto, que en ningún caso, puede ser causa de caducidad del procedimiento, como de forma expresa se recoge en dicho artículo del Reglamento.

c) Por lo que se refiere a la consideración de Puertos del Estado como interesado en el procedimiento, a lo que se oponen los imputados (ANESCO, CETM, CIG), este Consejo coincide con la apreciación de la DI de que no afecta a los intereses legítimos de las demás partes, pero más aún, considera fuera de toda duda el interés legítimo de Puertos del Estado en un expediente como el que nos ocupa, tanto por el hecho de ser parte de las Sociedades Estatales de Estiba, afectadas por el mismo, como y fundamentalmente en su calidad de responsable del buen funcionamiento de la actividad en los puertos de interés general de toda España.

d) En las alegaciones a la Propuesta de Resolución de la DI sólo ANESCO ha solicitado la realización de determinadas pruebas y ANESCO y LAB solicitan la celebración de Vista. Las pruebas (ver Antecedentes) se concretan en: 1) solicitar el pronunciamiento de Puertos del Estado sobre la colaboración de ANESCO, el desarrollo de la Ley 48/2003 y la valoración de aspectos de las cláusulas interpretativas del Acuerdo; 2) que el Consejo visite los puertos para comprobar que resulta más eficiente que la prestación de las tareas complementarias las realicen las empresas estibadoras; y 3) que se oficie a los sindicatos UGT y CC.OO. para que expliquen porque no firmaron el IV Acuerdo y den su opinión sobre otros aspectos del mismo. El Consejo no ha considerado necesarias la realización de las pruebas propuestas por ANESCO.

El artículo 51 de la LDC dispone que el Consejo de la CNC *“podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas por la Dirección de Investigación en la fase de instrucción así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio”*. Y el artículo 36.1 del Real decreto de Defensa de la

Competencia, que desarrolla la LDC concreta que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá rechazar la práctica de aquellas pruebas propuestas por los interesados que pudiendo haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación no lo hubieren sido”*.

La nueva Ley 15/2007, en su objetivo de reducción de los plazos de resolución de expedientes, que han pasado de 2 años a 18 meses, ha buscado consecuentemente una simplificación de los procedimientos en pleno respeto de la seguridad jurídica, suprimiendo aquellos trámites duplicados y concentrando la fase probatoria en el periodo de instrucción. Es potestativo del Consejo por tanto, ordenar que se realicen pruebas adicionales, que deben tener un carácter excepcional y sólo en la medida en que sean necesarias para la formación de su juicio en la resolución del expediente.

Pues bien, el Consejo analizó las pruebas propuestas por ANESCO y consideró que las mismas no aportaban nuevos elementos de juicio, en la medida que las constataciones que pretende ANESCO de las pruebas propuestas no constituyen elementos relevantes de la imputación de la DI ni son precisas para la formación de juicio del Consejo. En concreto el Consejo no ve necesaria la visita a los puertos puesto que no niega que los trabajadores de la estiba o las empresas estibadoras puedan, junto con otras empresas no estibadoras, realizar las denominadas actividades complementarias, lo que se imputa y analiza en este expediente es precisamente que las condiciones del Acuerdo excluyen a otras empresas y trabajadores del mercado de las actividades complementarias, actividades que no están asignadas en exclusiva a la estiba. Respecto a las razones de los sindicatos para no firmar el Acuerdo quedan claramente expresadas en los distintos documentos que constan en el expediente impugnando el IV Acuerdo ante el Ministerio de Trabajo, sin que el Consejo precise mayor información sobre las razones que les han llevado a no firmar y a impugnar el Acuerdo. Finalmente la valoración desde el punto de vista de competencia debe realizarla este Consejo sin que sean necesarias consideraciones adicionales de otros organismos, como Puertos del Estado, consideraciones que por otra parte ya constan en el expediente. En todo caso estas pruebas, podían haber sido propuestas en la fase de instrucción del expediente puesto que no se derivan de situaciones sobrevenidas tras el informe propuesta de la DI.

Respecto a la solicitud de Vista, también potestativa del Consejo de acuerdo con el artículo 51.3 de la LDC, no se considera necesaria, puesto que no existen extremos en el expediente que precisen de una contrastación contradictoria más allá de la que consta documentalmente en el expediente.

Quinto.- Alegan los imputados la no competencia de la CNC para el control de legalidad del IV Acuerdo.

El Consejo de la CNC no entrará a evaluar la legitimación de las partes u otros aspectos propios de la regulación laboral y que deben ser ejercidas por la autoridad laboral como así ya lo ha hecho el Ministerio de Trabajo, sino que se ceñirá a sus

competencias en materia de preservar la competencia en los mercados, y valorará la incidencia sobre la competencia de determinados aspectos del Acuerdo firmado entre una de las asociaciones de empresas de estiba como representación empresarial y una parte de la representación social, en la medida en que dichos aspectos del IV Acuerdo pudieran exceder del ámbito propio de un convenio colectivo de la estiba portuaria, incidiendo en mercados y agentes terceros no firmantes del Acuerdo. Como ya se ha dicho anteriormente este Consejo no entra en los aspectos propios de las autoridades laborales sobre la impugnación del acuerdo/convenio, pero no puede dejar de analizar la afectación de la competencia, no justificada, de un acuerdo que regula las relaciones empresas/trabajadores en un ámbito de negociación que no le corresponde y en extralimitación de la Ley.

Porque, como se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987, 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, 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. El Fundamento Jurídico 5 dice lo siguiente:

“Frente al razonamiento de la actora, cabe señalar, por último, que las partes negociadoras de un Convenio Colectivo no gozar de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación. Antes al contrario, la negociación colectiva de eficacia general, a la que pertenece el Convenio de que ahora se trata, está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales, pues no en balde produce efectos entre «todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su campo de aplicación», como prescribe el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores; limitaciones que tienen su fundamento constitucional en el art. 37.1 de la Norma suprema, que encomienda a la ley el papel de garantizar «el derecho a la negociación colectiva laboral», y que, como ya declara la Sentencia de este Tribunal 73/1984, de 27 de junio, a propósito de los sujetos legitimados para negociar, «escapan al poder de disposición de las partes negociadoras»”.

En todo caso el Consejo toma nota del hecho acreditado que consta en el expediente (HP 12), según el cual las autoridades laborales y los órganos jurisdiccionales, consideran que el Acuerdo firmado entre ANESCO y parte de los interlocutores sociales no cumple los requisitos legales de legitimación para ser considerado convenio sectorial y ser publicado por el Ministerio de Trabajo de acuerdo con los procedimientos previstos para este tipo de acuerdos o convenios por el Estatuto de los Trabajadores

A estos efectos es necesario recordar que, según el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Artículo 82. 3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación.

Si dichos convenios colectivos no contienen la citada cláusula de inaplicación, esta última sólo podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa. De no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la comisión paritaria del convenio. La determinación de las nuevas condiciones salariales se producirá mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y, en su defecto, podrán encomendarla a la comisión paritaria del convenio.

Por tanto no se trata aquí, desde la óptica de la competencia que aplica este Consejo, de controlar la legalidad de la legitimación de las partes, sino de analizar aquellos aspectos del acuerdo que, en la medida en que el mismo no se atiene a la habilitación legal vigente, son susceptibles de quedar sometidos a las normas de competencia sin que parezca suficiente para quedar excluido de las mismas el que se trate de un acuerdo empresarios-sindicatos, o que se firme bajo la denominación de convenio colectivo.

El Consejo no entra a analizar ni a valorar los aspectos del IV Acuerdo que atañen a la negociación colectiva entre los representantes de los estibadores y de las empresas de estiba en el ámbito que la Ley les reserva, es decir la prestación del *Servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías*, sino que lo que se somete al análisis de las normas de competencia es aquella parte del Acuerdo que, en contradicción con lo previsto en la Ley de Puertos y con el impulso liberalizador de la misma en pro de unos servicios portuarios más competitivos, se extiende más allá del ámbito reservado a los interlocutores que lo firman, con el objeto de erigirse en la norma de negociación colectiva de aplicación a todos los servicios prestados en los puertos y vincular a agentes empresariales y sociales ajenos a la estiba, imponiéndoles sus acuerdos y excluyendo de hecho a empresas y trabajadores distintos de los firmantes del mercado de los servicios complementarios.

Sexto.- La alegación fundamental y común a todas las partes imputadas es la relativa a que el IV Acuerdo es un convenio colectivo y que como tal está excluido de la aplicación de las normas de competencia. Las dos razones en que basan esta exclusión “*per se*” expresadas de forma esquemática serían: 1) porque los convenios, son acuerdos entre sindicatos y empresarios, que establecen derechos y obligaciones laborales, y en ningún caso pueden considerarse acuerdos “entre empresas”; y 2) porque se trata del ámbito de la política social y de la negociación

colectiva y los posibles efectos restrictivos inherentes a la misma, están justificados y no son ni deben ser objeto de evaluación desde el punto de vista de su incidencia sobre la competencia.

Apoyan sus alegaciones en jurisprudencia comunitaria sobre aplicación del artículo 81.1 del Tratado en el caso de convenios colectivos, remitiéndose a casos en los que el Tribunal de Justicia consideró que no era de aplicación las normas de competencia. En concreto se remiten a determinados párrafos de 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) y en jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia Europeo sobre aplicación del artículo 81 del TCE, y de aplicación al artículo 1 de la LDC.

Pero las partes omiten otros párrafos de la Sentencia Albany y realizan una interpretación sesgada y distorsionada de la jurisprudencia comunitaria que, a juicio de este Consejo y como razonaremos a continuación, no exime de forma incondicionada los convenios colectivos de la aplicación de las normas del Tratado, incluidas las normas de competencia, sino que por el contrario los considera sometidos a las mismas, si bien caso a caso y bajo determinadas condiciones.

En efecto la aludida Sentencia Albany, Asunto C-67/96, decisión prejudicial sobre la compatibilidad con las normas de la competencia de la afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones en los Países Bajos, sin perjuicio de excluir de la aplicación de las normas de competencia el caso concreto de la cuestión prejudicial, relativo a la decisión de las autoridades públicas holandesas de hacer obligatoria la afiliación de los trabajadores a un fondo de pensiones del sector, acordado en el marco de un convenio colectivo entre las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios, niega de hecho la exclusión *per se* de los convenios colectivos de la aplicación de las normas de competencia cuando somete los mismos al doble test de naturaleza y objeto. Así el punto 60 recogido en las alegaciones debe leerse conjuntamente con el punto 61 de la Sentencia, que se omite por el alegante, en el que se impone a las autoridades un examen previo de la naturaleza y objeto del acuerdo antes de concluir si es o no de aplicación el artículo 81.1 (en aquel momento artículo 85.1) del Tratado.

60 De una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

61 Es preciso, pues, examinar si la naturaleza y el objeto del acuerdo controvertido en el procedimiento principal justifican que se excluya del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado. (Énfasis añadido).

Por tanto, frente a lo alegado por los imputados, la Sentencia Albany no avala una exclusión “*per se*” de los convenios colectivos de las normas de competencia sino una aplicación responsable de las mismas caso a caso.

Séptimo.- El debate teórico en este tema parte de la consideración de la negociación colectiva como un derecho fundamental de los trabajadores y por tanto con un valor intrínseco que prima sobre otras consideraciones, y que en determinados supuestos primará sobre las consideraciones de competencia en el mercado, cuestión que este Consejo comparte. Pero existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre la convivencia entre lo que pueden considerarse derechos fundamentales, en los que se incardinaría la protección de los trabajadores, y el sometimiento a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario. Y como veremos a continuación no existe en dicha jurisprudencia una exclusión incondicionada y absoluta de los convenios colectivos de las normas básicas del Tratado, incluidas las normas de competencia.

En la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la CE, de fecha 11 de diciembre de 2007, cuestión prejudicial en el caso C 438/05, *Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti*, (en adelante Sentencia Viking) relativa a las restricciones a la libertad de establecimiento derivadas de la aplicación de un convenio colectivo, y que también ha sido citada por los imputados junto con la Sentencia Albany, el Tribunal es claro al concluir que los derechos fundamentales no están excluidos del ámbito de aplicación de las normas del Tratado, si bien su sometimiento a las mismas debe tener en cuenta el interés de los objetivos perseguidos y la necesidad y proporcionalidad. Así concluye en el párrafo 90: “*Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr ese objetivo*”.

Según la Sentencia Viking, si bien la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un derecho fundamental que constituye un interés legítimo 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 conseguirlo.

El Tribunal no respalda una exención incondicionada *per se*, de lo que se deduce, que no es suficiente que el acuerdo sea un convenio colectivo negociado entre interlocutores sociales, para quedar excluido del ámbito de aplicación de las normas del Tratado, sino que es necesario que cumpla unos requisitos mínimos.

En sentido similar de exención condicionada, se pronuncia el Abogado General, Sr. Jacobs, en el muy ilustrativo y profundo estudio que hace en sus Conclusiones del Caso Albany, Asunto C-67/96, presentadas el 28 de enero de 1999, y en este caso sobre un supuesto directamente relacionado con la aplicación de las normas de competencia a los convenios colectivos

Sin entrar en los análisis comparativos del tratamiento de la política social en las distintas jurisdicciones que realiza el Sr. Jacobs, ni en sus apreciaciones relativas a la negociación colectiva de los sindicatos y asociaciones de empresarios como derecho fundamental y como objetivo prioritario del Tratado e impulsado por éste, solamente decir que, el Abogado General en sus Conclusiones considera que *el mero reconocimiento de un derecho fundamental a la negociación colectiva no bastaría para eximir la negociación colectiva de la aplicación de las normas sobre la competencia (punto 163).*

Sin perjuicio de lo anterior reconoce que *existe un consenso internacional sobre el carácter legítimo y socialmente deseable de la negociación colectiva*, lo que le lleva a considerar que en general los convenios colectivos sobre salarios, jornada laboral y otras condiciones de trabajo, aunque pueden restringir la competencia entre los trabajadores, probablemente no tengan un efecto restrictivo apreciable sobre la competencia entre empresarios; y que la negociación colectiva satisface normalmente una función social valiosa que cumplirá los requisitos del artículo 85.3 (ahora 81.3).

Pero el Abogado General Sr. Jacobs no propone una inmunidad ilimitada de las normas de competencia para los convenios colectivos, sino una inmunidad sometida a determinadas condiciones, que nos permite interpretar con mayor precisión y aplicar en toda su extensión el fallo de la Sentencia Albany, que alegan los imputados como base de la exclusión del IV Acuerdo de las normas de competencia.

En el punto 186 de las Conclusiones del Abogado General se dice:

No obstante, considero que la inmunidad respecto de las normas de la competencia que propongo para los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores no debe estar exenta de limitaciones.

Y en los puntos 191 y siguientes especifica las condiciones que deben cumplir los convenios colectivos para acogerse a la exención (énfasis añadido):

191. *En primer lugar, tal y como ha señalado la Comisión, el convenio debe haberse celebrado dentro del marco formal de la negociación colectiva entre las dos partes sociales. La coordinación unilateral entre los empresarios al margen del proceso de negociación colectiva no debe quedar amparada de forma automática por esta inmunidad, independientemente de cuál sea el objeto de la coordinación.*
192. *En segundo lugar, el convenio debe haberse celebrado de buena fe. En ese contexto, deben tenerse en cuenta los convenios que aparentemente tratan sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como la jornada laboral, pero que sirven únicamente para encubrir una grave restricción de la competencia entre empresarios en sus mercados de productos. También en estos casos excepcionales las autoridades de defensa de la competencia deberían poder examinar el convenio de que se trate.*
193. *En tercer lugar, es necesario delimitar el alcance de la inmunidad de que goza la negociación colectiva con el fin de que la inmunidad se extienda tan sólo a*

aqueños convenios para los cuales esté verdaderamente justificada. No será fácil encontrar un criterio que establezca una línea de demarcación adecuada y al mismo tiempo proporcione la seguridad jurídica requerida. De manera tentativa, yo propondría como posible criterio el hecho de que el convenio colectivo debe tratar sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como los salarios y las condiciones de trabajo, y no afectar a terceros o a otros mercados. 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 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.
(.....)

Por tanto podemos concluir siguiendo la jurisprudencia comunitaria que, en principio, los convenios colectivos celebrados de buena fe entre empresarios y trabajadores sobre las cuestiones normales propias de la negociación colectiva, como los salarios o determinadas condiciones de trabajo, que no afecten de forma directa a terceros o a otros mercados, deben disfrutar de una inmunidad automática respecto del examen con arreglo a las normas de defensa de la competencia. Pero cuando el acuerdo o convenio va más allá de esos ámbitos, 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. Y en ese análisis habrá de prestar especial atención no sólo a las materias que trate el convenio, también y sobre todo, a si establece obligaciones a terceros o afecta a otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva.

Octavo.- Por lo que se refiere a la segunda alegación de que al IV Acuerdo no se le aplican las normas de competencia porque no se trata de un “acuerdo entre empresas”, tampoco viene avalada por la doctrina jurisprudencial anteriormente citada que considera que, en determinados supuestos, los convenios colectivos están sometidos a las normas de competencia.

Esto podría hacer ocioso un análisis adicional sobre si los convenios colectivos son o no acuerdos entre empresas, puesto que según la jurisprudencia pueden estar sometidos a las normas comunitarias de competencia y les es de aplicación el artículo 81.1 del TCE, que se refiere textualmente al término acuerdos “entre empresas”.

Pero es que además no podemos ignorar que al margen del derecho de los trabajadores a defender sus intereses, como dice el Abogado General en las Conclusiones del caso Albany, “*cualquier convenio colectivo entre representantes de los empresarios y de los trabajadores implica un acuerdo entre empresarios para negociar conjuntamente y quedar vinculados por el resultado de la negociación*”.

En este sentido es evidente que en el seno de la Asociación ANESCO ha existido un acuerdo entre las empresas de estiba que la integran y que como veremos

posteriormente con la firma del convenio se reservan o pretenden reservarse el mercado de los servicios portuarios complementarios, y para ello sin duda necesitan la colaboración de los sindicatos o al menos de parte de ellos.

Sin perjuicio de lo anterior, 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 punto 77, remitiéndose a la jurisprudencia reiterada del TJCE, por lo que, aunque no sea necesario pronunciarse sobre la calificación de los sindicatos como empresas para que sea de aplicación las normas de competencia a un convenio, si puede decirse que en determinados supuestos y bajo ciertas condiciones los sindicatos pueden tener responsabilidad por su participación como colaboradores necesarios en la introducción de restricciones a la competencia en los mercados.

Ya se ha pronunciado este Consejo cuando era Tribunal, sobre los sindicatos como operadores económicos a los efectos de las normas de competencia en la Resolución del Tribunal de 16 de diciembre de 1996 en el caso 377/96, Pan de Barcelona, que es firme tras Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 1999, y en la que de forma congruente con la doctrina Albany se decía lo siguiente:

“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”.

También la Comisión utiliza un criterio amplio de empresa, por ejemplo en la Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003, (Asunto COMP/ C38279/F3.- Carnes vacuno francesas), en el punto 112 dice:

“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. ..”

Noveno.- Una vez sentado que los convenios colectivos no gozan de inmunidad absoluta respecto a las normas de competencia, sino que en función de su naturaleza y objeto y analizados caso a caso les son aplicables las normas de competencia, es momento de analizar las características del caso concreto que nos ocupa, el IV Acuerdo firmado en 2007 entre ANESCO y las organizaciones

sindicales CETM, CIG y LAB por ver si cumple las condiciones para estar exento y para ello previamente es necesario definir el sector en que se incardina el acuerdo que es el sector portuario y las actividades y servicios que se prestan en los mismos.

Los servicios prestados en los puertos son muy variados, más amplios que la estiba y desestiba y comprenden también logística, transporte y almacenaje, etc., y el legislador en España ha querido abrir los puertos a la competencia y ha establecido por Ley (la citada Ley de Puertos) (HP nº 6) el marco regulador para reforzar y mejorar la libre competencia en los servicios portuarios y de ese modo potenciar la eficiencia de las empresas en el mercado internacional y ganar competitividad.

La Ley de Puertos intenta romper el “statu quo” de los puertos, en los que todas las actividades tenían un tratamiento homogéneo, y distingue entre los servicios portuarios básicos, intrínsecos al tráfico marítimo y a las necesidades del mismo, con obligaciones y responsabilidades impuestas por las Autoridades Portuarias y con las compensaciones proporcionadas a dichas obligaciones y responsabilidades, de aquellos otros servicios que se prestan en el área portuaria pero que no tienen esa connotación de servicio público y que pueden prestarse por empresas sin responsabilidad especial, y por tanto sin compensaciones adicionales.

La Ley define además las tareas asignadas a la carga, descarga, estiba, desestiba y trasbordo de mercancías, así como aquellas otras tareas que no están sometidas a los requisitos de éstas y que, previa autorización, pueden ser desempeñadas por cualesquiera, empresa y trabajadores, las denominadas actividades complementarias (ver HP 6).

La Ley 48/2003 define unos ámbitos de servicio público reservados a determinadas empresas y trabajadores, en función de sus características, pero abre un nuevo campo a la competencia entre empresas en la prestación de los servicios complementarios. Y en la prestación de estos servicios no se imponen condiciones ni de especialización de personal ni de otro tipo, más allá de contar con una autorización para trabajar en el recinto portuario.

A la hora de analizar el contenido del IV Acuerdo tenemos que tener presente que ese objetivo marcado por el legislador no puede ni debe quedar anulado por un pacto convencional, salvo que los objetivos y finalidades de dicho pacto lo justifiquen en aras de un interés o derecho prioritario y superior, lo que no parece evidente en el caso que nos ocupa.

Décimo.- El IV Acuerdo, como hemos visto en los Hechos Probados, pretende configurarse como un convenio de ámbito sectorial o como Acuerdo Marco con una cobertura que, tanto en el ámbito personal como en el funcional, desborda ampliamente el ámbito de los firmantes, empresas y trabajadores de la estiba.

Mediante la definición del ámbito personal recogido en el artículo 2, el Acuerdo se impone sobre todas las empresas, estibadores y no estibadoras y sobre los trabajadores de las mismas, sean estos estibadores o no. Y en la versión modificada de diciembre de 2007 (HP 16), se mantiene en el ámbito personal las empresas

terceras no estibadoras cuando dice que será aplicable *“A las empresas que realicen como actividad principal las actividades complementarias”*.

Por tanto, en cualquiera de las dos versiones remitidas a las autoridades laborales, el Acuerdo entre representantes de una parte de las empresas de estiba y de una parte de los sindicatos de estibadores establece condiciones que afectarán no sólo a las empresas estibadoras y a los trabajadores de la estiba, sino a todas las empresas (y lógicamente a los trabajadores de las mismas), que estén prestando o pretendan prestar en un futuro los servicios en las denominadas actividades complementarias.

En cuanto al ámbito funcional, incluso con la versión modificada que excluye la pesca fresca, su artículo 3 sigue extendiendo sus efectos a actividades y funciones que la Ley 48/2003 excluye de forma expresa de las actividades consideradas como estiba y reservadas por tanto, a las empresas licenciadas para prestar los trabajos definidos como estiba y a los estibadores.

Además se extiende a la prestación de servicios como la pesca congelada, el transporte horizontal dentro de la terminal portuaria, la puesta y retirada de calzos, caballetes, etc., en las operaciones de buques de carga rodada, el desembarque de vehículos, camiones, etc., limitando la consideración de lo que se entiende por conductores habituales, etc.

Y por otra parte mediante el artículo 3.4 incluye todas las actividades complementarias, realizadas por empresas no estibadoras y por trabajadores no estibadores al establecer como actividades complementarias sometidas al Acuerdo las realizadas por las empresas definidas en el ámbito personal, que son empresas estibadoras y las que a título principal se dediquen a las labores complementarias. Y como ya se recoge en los hechos probados, esta inclusión de hecho de las empresas y trabajadores que no pertenecen a la estiba no queda desvirtuada por la remisión a los convenios en cada puerto prevista en el párrafo tercero del artículo 3.4 del Acuerdo, puesto que la doble remisión cruzada del artículo 2 “ámbito personal” y el artículo 3 “ámbito funcional” configura una cobertura extensiva del mismo sin margen para otros convenios o acuerdos entre las empresas y sus trabajadores.

Al imponer las condiciones de trabajo de la estiba a agentes y actividades no previstos por la Ley 48/2003 como funciones de la estiba, y por tanto reservada a dichos colectivos, el IV Acuerdo está afectando a empresas y trabajadores prestadores del resto de servicios que no son exclusivos de la estiba y su vocación es impedir la realización de acuerdos laborales entre las empresas y trabajadores de los servicios complementarios, controlando el acceso de trabajadores mediante las Comisión Paritaria del Acuerdo (HP nº 9), imponiéndoles obligaciones que encarecen injustificadamente estos servicios y afectando a la competitividad de las empresas demandantes de los mismos y a la competitividad de la economía en general. Y además es expansivo a las tareas que ahora se prestan y a futuras tareas de las denominadas complementarias.

Las obligaciones del mismo, salarios, condiciones laborales, monopolio del acceso de los trabajadores al recaer en empresas no estibadoras prestadoras de los servicios complementarios tienen como efecto crear una barrera de entrada a estas empresas y crean de hecho una reserva de esos servicios para las empresas de estiba en general y para las firmantes del Acuerdo, obstaculizando la libre competencia en la prestación de los servicios complementarios.

Undécimo.- Por tanto, siguiendo la jurisprudencia veamos si el IV Acuerdo, por su naturaleza y objeto, cumple los requisitos mínimos para considerarlo exento de la aplicación del artículo 81.1 del Tratado y del artículo 1.1 de la LDC, o si por el contrario, estando sometido a las normas de competencia, sus disposiciones restringen la competencia en una medida contraria al interés general.

No pretende este Consejo dejar sin efecto ningún acuerdo legítimo entre interlocutores sociales para mejorar las condiciones laborales, económicas y sociales de los trabajadores, sino que de lo que se trata es de analizar aquellos pactos que, bajo un supuesto paraguas de negociación colectiva, no buscan el objetivo para el que la negociación colectiva fue creada y por lo que goza de un especial consideración, la protección de los trabajadores, sino que de forma perversa, bajo esa justificación, persiguen otra finalidad como es la de introducir obstáculos al libre funcionamiento de la competencia entre las empresas, en perjuicio del interés general.

Por lo que se refiere a la Naturaleza, es preciso recordar que el Acuerdo a que nos referimos no ha sido firmado por todos los interlocutores sociales ni por los más representativos del Estado ni de cada Comunidad Autónoma, como exige el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, para ser un convenio marco y aplicarse a todo el ámbito portuario. No tiene el apoyo de los interlocutores sociales como ha quedado patente en las declaraciones tanto de empresas como de sindicatos, habiendo sido denunciado por estos ante la autoridad laboral (HP 13), e impugnado por el Ministerio de Trabajo ante la jurisdicción laboral, (HP 12) de acuerdo con lo previsto en el artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores, que dispone que la autoridad laboral, de oficio, podrá llevar ante los Tribunales competentes un convenio que considere que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente intereses de terceros.

En principio el IV Acuerdo firmado entre ANESCO y CETM, CIG y LAB no cumple los requisitos de naturaleza para que tenga la consideración de un convenio colectivo de acuerdo al Estatuto de los Trabajadores y, debe ser analizado como lo que es, un acuerdo entre operadores del mercado, una parte de los mismos empresarios que han consensuado su posición común y que tienen un interés en cerrar el mercado de los servicios complementarios a nuevos entrantes, evitando la competencia en la prestación de los mismos, tal como pretende la Ley de Puertos.

Y tampoco puede considerarse, como parece alegar ANESCO, un acuerdo extraestatutario, firmado entre un grupo de empresas que forman la Asociación y sindicatos representativos de la estiba, y cuyo ámbito de aplicación se restringe

exclusivamente a los firmantes, por cuanto como hemos visto los artículos 2 y 3 entre sí y puestos en relación con el artículo 6 definen un ámbito de aplicación que afecta a todas las empresas, de estiba o no, prestadoras de los servicios complementarios en los puertos y a los trabajadores de las mismas y con vocación de cobertura de todo trabajo que se desarrolle en los dominios portuarios. Por tanto el texto del IV Acuerdo, con la cobertura recogida en el mismo no puede quedar excluido de la aplicación de las normas de competencia en el sentido de la Sentencia Albany.

Pero si vamos al objeto, el Acuerdo está firmado entre una Asociación de las empresas estibadoras y los sindicatos que representan exclusivamente a los trabajadores de estiba.

La primera cuestión que debemos plantearnos es si el IV Acuerdo trata de regular las condiciones de trabajo, es decir salarios, jornada laboral, etc., que van a regir entre las empresas de estiba y los estibadores, en cuyo caso estaríamos ante un convenio regulando las materias que le son propias y por tanto, incluso las posibles restricciones que pudiera introducir en el mercado de las actividades de la estiba, podrían estar justificadas por el objetivo primordial de la negociación colectiva en el sector.

Pero la respuesta a esa primera pregunta es que no es así, pues el IV Acuerdo, aunque se trata de un acuerdo firmado entre empresarios de estiba y sindicatos de trabajadores, fundamentalmente los sindicatos de trabajadores de la estiba, no se limita a regular las relaciones de las empresas y trabajadores de la estiba, sino que va más allá y afecta a las relaciones empresarios/trabajadores de todos los servicios portuarios, incluidos aquéllos no asignados ni a empresas ni a trabajadores de la estiba y que pueden ser desempeñados por estos, pero también por cualesquiera otras empresas.

Respondida la anterior pregunta debemos plantarnos ahora a que otros mercados y a qué otras empresas pueden afectar lo comprometido alcanzado entre las empresas y los trabajadores de la estiba en el IV Acuerdo y si la finalidad puede ser contraria a las normas de competencia.

Pues bien, tal como queda acreditado en los Hechos Probados el IV Acuerdo pretende fijar las condiciones laborales, no sólo en el mercado de los servicios asignados por la Ley 48/2003 como de estiba, sino que tiene vocación de regular las relaciones laborales a toda la actividad que se realiza en los puertos en general, a actividades expresamente excluidas por la citada Ley de Puertos del tratamiento que reserva para las actividades de estiba, como son los denominados servicios complementarios.

Esta vocación *erga omnes* del IV Acuerdo es corroborada por las declaraciones de ANESCO en las alegaciones remitidas el 27 de mayo de 2008 (folio 1363), en las que reconoce que las labores complementarias *no son servicio público o básico*, pero añade que las empresas estibadoras, (y los estibadores), están habilitadas para llevarlas a cabo y justifica extender a dichas actividades complementarias las

normas laborales de la estiba cuando dice (folio 1.366), “pretender que quienes realicen actividades complementarias se sometan a las normas laborales de eficacia *erga omnes* que afectan a empresas y trabajadores del sector, es algo tan usual...”. Pero ANESCO no distingue entre el derecho de las empresas de estiba a llevar a cabo labores complementarias, ampliando su ámbito de acción, en leal competencia con el resto de empresas estibadoras y no estibadoras que puedan ofertar estos servicios y otra cuestión muy distinta como es que, mediante acuerdos que afectan a la organización y costes de prestación del servicio de dichas empresas que no han podido negociar el acuerdo, las empresas de estiba se reserven la prestación de los servicios complementarios, cerrando la entrada a ese mercado a empresas y operadores distintos de los de la estiba.

Las disposiciones del IV Acuerdo afectan, por tanto, al mercado de los servicios complementarios y a las empresas cuya actividad principal sea la prestación de los servicios complementarios, que se verán sometidas a las condiciones fijadas por este Acuerdo, incluido la contratación del personal para la prestación de dichos servicios, cuando dichas empresas no han sido parte de la negociación, ni han tenido oportunidad de participar en la misma, puesto que se inicia como acuerdo entre agentes de la estiba y no como negociación entre empresas y trabajadores, que entre otras prestan servicios en los puertos. Y ahora tampoco pueden participar en los órganos de aplicación del mismo como es la Comisión Paritaria (HP 17)

Por tanto, es evidente que el IV Acuerdo excede del marco de relación laboral de empresarios y trabajadores de la estiba y, afecta de forma directa a las relaciones de otros empresarios con sus trabajadores, a los competidores de las empresas de estiba en la realización de los denominados servicios complementarios y finalmente, a los clientes finales de los servicios portuarios, los importadores y exportadores que verán encarecidos la importación y exportación de sus productos por un mayor coste de estos servicios portuarios.

Duodécimo.- ANESCO reconoce en sus alegaciones, que al igual que las empresas de estiba tienen reservadas dichas actividades y que además deben llevarlas a cabo con los trabajadores que determina la Ley, no es ese el caso con los servicios complementarios, *“no existe obligación de hacer las tareas complementarias con estibadores portuarios, pero nada lo impide”* (folio 645).

Es decir, reconoce que no existe razón alguna para negociar las actividades complementarias con los representantes de los estibadores, ni para que las actividades complementarias estén sometidas a las reglas de estiba decididas por empresas y trabajadores exclusivamente de la estiba y sin ninguna participación en las negociaciones de las empresas y trabajadores del sector de actividades complementarias.

Este Consejo no niega que empresas de estiba y estibadores puedan realizar tareas de las denominadas complementarias, lo que se trata es de que no se cierre el acceso a otras empresas y trabajadores a estas tareas y que exista competencia en la prestación de las mismas, sin imponerles a dichas empresas condiciones a través

de convenios en los que no han participado, haciendo por esa vía que queden excluidas del mercado de los servicios complementarios.

Porque una cosa es que las empresas de estiba puedan llevar a cabo labores complementarias, ampliando su ámbito de acción, en competencia con el resto de empresas estibadoras y no estibadoras que puedan ofertar estos servicios y otra muy distinta es que, mediante acuerdos que afectan a la organización y costes de prestación del servicio de esas terceras empresas, las empresas estibadoras pretendan blindar los servicios complementarios uniéndolos a los servicios básicos que tienen en exclusiva mediante la extensión a los mismos de las condiciones laborales de la estiba, dificultando así o impidiendo de hecho la entrada de empresas no estibadoras que puedan competir en el sector de los servicios complementarios.

Lo que pretende el IV Acuerdo es por la vía de los hechos de la predeterminación de los costes de las empresas y de la contratación del personal reservarse en exclusiva para las empresas estibadoras, no sólo el mercado de la estiba, como le asigna la Ley, sino también el de los servicios complementarios.

La extensión que el IV Acuerdo hace del ámbito de aplicación tanto personal como funcional, imponiendo a empresas y trabajadores terceros, distintos de los de estiba, y prestadores o futuros prestadores de servicios complementarios las obligaciones e imposiciones del Acuerdo, produce o puede producir una exclusión de estas empresas del mercado de estos servicios complementarios.

Decimotercero.- La afectación de la competencia injustificada, introduciendo restricciones que van más allá de lo permitido por la norma o incluso contraviniéndola, debe ser objeto de la atención de las autoridades de competencia. Y además en este caso debe ponerse en relación el IV Acuerdo, negociado entre una parte de los agentes sociales del ámbito de la estiba con las normas de liberalización de la prestación de servicios en los puertos de interés general, que se recoge en la Ley 48/2003.

En efecto la Ley 48/2003 (ver HP nº 6) regula claramente lo que son servicios portuarios básicos y en concreto los servicios de carga, estiba, desestiba, descarga, transbordo, que deben ser prestados por empresas con licencia concreta y con un determinado personal, y el resto de servicios no incluidos en la estiba, los denominados servicios comerciales o actividades complementarias, cuya prestación, en competencia, sólo exige la obtención de una autorización en la medida que deben prestar los servicios en unas zonas determinadas como son los recintos portuarios.

El objeto del IV Acuerdo no es, o no es sólo, la defensa de los derechos sociales de los trabajadores de la estiba, como colectivo objeto de defensa y protección con carácter fundamental y que podría justificar la exención de la aplicación de las normas de competencia sino que la finalidad de este Acuerdo, como se deduce de los artículos 2, 3, 6, y 18 (HP nº 8) y como también se aprecia en las intenciones de

dos de los firmantes plasmadas en el acuerdo previo denominado del Escorial firmado entre ANESCO y la CETM (HP 4), es crear una reserva de actividad a favor de unas empresas determinadas, las actuales empresas de estiba, del mercado de los denominados servicios complementarios portuarios. Dicho mercado, de acuerdo con la Ley, debería ser prestado en libre competencia, sin más condición que obtener una autorización, pero sin ninguna restricción en cuanto a las empresas o al personal que deba llevar a cabo la prestación de dichos servicios.

Y dicha reserva de actividad se hace en detrimento del interés general, de forma contraria a la Ley y con daños a los intereses de empresas que pueden competir en el presente en dicho mercado y que no han podido participar en la negociación o que podrían competir en el futuro y que ven limitada su posible participación en este mercado por este Acuerdo. Y sobre todo, sin que exista un beneficio social para los trabajadores de los puertos en general como se deduce de los escritos de impugnación de los sindicatos de clase.

El IV Acuerdo, en la medida que incluye en su ámbito de aplicación a empresas distintas de las de estiba y a servicios no considerados de estiba por la Ley de Puertos, imponiéndoles las obligaciones del mismo, tiene aptitud para poner trabas a la entrada de otras empresas competidoras distintas de las de la estiba, y por tanto es, por su objeto, un acuerdo que infringe al artículo 1.1 de la LDC y el artículo 81.1 del Tratado.

Y aunque pudiera considerarse que existe justificación para la actitud de los sindicatos de estibadores, firmando el acuerdo para defender el empleo para sus afiliados, no existe justificación alguna para que los empresarios agrupados en ANESCO hayan firmado dicho acuerdo anticompetitivo y los sindicatos, en particular la CETM, son corresponsables de la conducta de cierre de mercado.

La infracción por objeto de las normas de competencia es aquella restricción que por su propia naturaleza tiene potencial de restringir la competencia en el mercado, es decir, que el tipo de restricción que supone la conducta, en sí misma, permite presumir efectos negativos para el mercado. Y en este caso, cuando estamos ante una restricción por objeto, no es necesario demostrar la existencia de efectos reales de restricción de la competencia para concluir que estamos ante una infracción a la competencia, como se recoge en las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE. Y tampoco se precisa demostrar la intencionalidad subjetiva, porque aunque no se busque esa restricción la conducta tiene aptitud para ello.

Decimocuarto.- En sus alegaciones al Informe Propuesta la representación de ANESCO adjunta una certificación del Secretario de la Comisión Paritaria Sectorial del IV Acuerdo según la cual en la reunión de 18 de noviembre de 2008 dicha Comisión, tras largo debate, adoptó el siguiente acuerdo que la representación de ANESCO reputa como *“interpretación aclarativa de valor cuasi legislativo”*:

“El IV Acuerdo en modo alguno establece la obligación de que las empresas no estibadoras cuya actividad principal sea la realización de actividades

complementarias están obligadas a contratar personal de la Sociedad de Estiba o Apie, pudiendo, para dar los citados servicios, hacerlo con su personal o acudir al citado censo, cumpliendo en lo demás, lo que establezca el Convenio vigente de cada puerto regulador de las relaciones laborales de la estiba y desestiba”.

Frente a lo alegado por la representación de ANESCO, la existencia de esta declaración adoptada, *tras largo debate*, cuando ya habían recibido la notificación de la propuesta de resolución de la DI, no supone una solución del problema de extralimitación, ni pone fin a la infracción. Por el contrario es un reconocimiento de la imputación y del carácter *erga omnes* que para ANESCO y los firmantes tiene el Acuerdo. En todo caso la declaración sólo se refiere al sistema de contratación, manteniendo la sujeción a los convenios específicos de la estiba y desestiba de las empresas de las actividades complementarias.

Por otra parte no se tiene conocimiento de que los firmantes del Acuerdo hayan desistido en ningún momento de su objetivo de que el Acuerdo mismo sea registrado por el Ministerio de Trabajo, sino que por el contrario, tras la retirada estratégica del mismo, han vuelto a notificar un texto idéntico, con el objetivo por tanto, de que se le apliquen las prerrogativas que los convenios legalmente acordados concede el Estatuto de los Trabajadores, que en su artículo 82 dispone que los Convenios colectivos obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Tampoco en dicha Declaración los firmantes del IV Acuerdo dan el paso de declarar que se trata de un acuerdo extra-estatutario, cuya eficacia se limita a los trabajadores y empresarios implicados directamente en la negociación y que han firmado el mismo, es decir a las relaciones entre los estibadores y las empresas de ANESCO, tanto para las labores de estiba como para cualquier otra actividad que puedan prestar en los puertos las empresas firmantes. Porque de haber reconocido esta condición de acuerdo extra estatutario, consecuentemente dicho reconocimiento debería llevar implícito realizar las modificaciones pertinentes en cuanto al ámbito de aplicación y retirar la solicitud de depósito y registro ante la Dirección General de Trabajo, cosa que no han hecho como se ha acreditado en el HP 12, y han mantenido su pretensión de aplicación *erga omnes*, al menos, hasta la sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2009.

Decimoquinto.- Una vez que ha quedado acreditado que el IV Acuerdo queda sujeto a las normas de competencia, y más aún que su objeto es anticompetitivo, se hace preciso analizar, tal como alegan los imputados, si le es de aplicación el artículo 4.1 de la LDC, según el cual las prohibiciones de la LDC no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una Ley.

Una cuestión primordial en este caso es que, como ha quedado acreditado en los HP 12, el IV Acuerdo no puede ampararse en el reconocimiento legal como convenio puesto que no ha sido inscrito ni publicado y fue recurrido por el Ministerio de

Trabajo en aplicación del artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores, y la Sala de lo Social de Audiencia Nacional ha dado la razón a los recurrentes.

Por tanto, dado que el IV Acuerdo no ha merecido el reconocimiento de la autoridad laboral, a efectos legales nos encontramos ante un acuerdo entre una asociación de empresas y unos representantes de trabajadores, un pacto de naturaleza contractual, que no puede ampararse en el derecho laboral sino en las normas generales y que no goza del amparo legal del Estatuto de los Trabajadores.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario reiterar que aunque el Acuerdo no hubiera sido recurrido y por tanto constara en los registros del Ministerio de Trabajo como Convenio sectorial, eso no impediría la aplicación de las normas de competencia, en la medida que su naturaleza y objeto no justifican la exención de las mismas. Y como más arriba ha quedado demostrada, ni la naturaleza ni el objeto lo justifican, puesto que se trata de acuerdo restrictivo entre agentes de la estiba, aplicado por los mismos, con afectación de terceros y cierre del mercado de los servicios complementarios a la estiba.

Como Convenio colectivo de la estiba, en los términos previstos en el ET (y cumpliendo los requisitos exigidos por la legislación laboral aspecto en el que no entra este Consejo) un Acuerdo entre la asociación de empresas de estiba y los estibadores podría estar amparado por la Ley, siempre que el objeto y la naturaleza del mismo se atuviera al ámbito que define la Ley y para las materias propias de política social de defensa de los trabajadores.

En aquello que su objeto se exceda del ámbito de la estiba fijado por la Ley de Puertos no está amparado por la Ley y, el mero hecho de ser un acuerdo entre empresarios y trabajadores, no le exime de las normas de competencia y los aspectos regulados en el mismo que exceden de los límites anteriores deberán ser analizados y, en su caso, sancionados de acuerdo con las normas de competencia.

Y el problema que plantea el IV Acuerdo es que siendo un acuerdo cuya eficacia debería, en todo caso, afectar a las tareas de la estiba y vincular a los firmantes, estos lo extienden a otras tareas de los puertos y a los agentes que puedan prestarlas y, bajo el paraguas de la eficacia general de convenio colectivo y la vinculación por tanto de los terceros, reservarse dichas actividades excluyendo del mercado a empresas terceras o dificultando la entrada de nuevas empresas para prestar dichos servicios.

Decimosexto.- En los Fundamentos precedentes ha quedado acreditado que el objeto del IV Acuerdo es cerrar el mercado de los servicios complementarios, mediante la imposición a las empresas no estibadoras y cuya actividad principal sean los servicios complementarios, de las obligaciones pactadas por las empresas de estiba pertenecientes a ANESCO y los sindicatos CETM, CIG y LAB. Y en este cierre de mercado en favor de las empresas estibadoras y en perjuicio del resto de empresas que pudieran competir en el presente o en el futuro en la prestación de servicios complementarios, los sindicatos han actuado como colaboradores necesarios para dicho cierre de mercado

El sector portuario, y en concreto los puertos de interés general, poseen una gran importancia económica, tanto por sí mismos, como por la trascendencia que tienen para la actividad económica industrial y comercial, habiendo experimentado en los últimos años un notable crecimiento. Según información del Ministerio de Fomento, Puertos del Estado en el período 2002-2006 el tráfico portuario experimentó un incremento del 26,12% en mercancías y un 27,52% en pasajeros, siendo los totales en 2006 de 462.164 miles de TM en carga, y de 24.501 miles de pasajeros.

Decimoséptimo.- La infracción por objeto del Acuerdo haría innecesaria la acreditación de su aplicación y efectos. No obstante las alegaciones de ausencia de aplicación del Convenio por no estar ratificado por la autoridad laboral, deben ser respondidas, y dado que es relevante para la fijación de la sanción vamos a entrar a analizarlas.

En efecto, aunque sin eficacia normativa como convenio laboral por no estar ratificado por las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo ni publicado en el B.O.E, e incluso haber sido recurrido ante la jurisdicción laboral por falta de legitimación, el IV Acuerdo ha sido puesto en práctica por los firmantes y despliega y ha desplegado sus efectos como acuerdo entre partes en la medida que las mismas, CETM y ANESCO, así lo consideran. Véanse declaraciones en el seno de la Comisión Mixta (del III Acuerdo) celebrada el 12 de noviembre de 2007, (folio 475), en las que CETM pide la formación de la Comisión Paritaria prevista en el IV Acuerdo y ANESCO como parte contratante dice que les parece conveniente que sus empresas asociadas lo cumplan.

En los Hechos Probados se recogen las Actas de las reuniones de la Comisión Paritaria y los acuerdos tomados en base al IV Convenio. Entre ellos destacan las decisiones sobre el acceso de los trabajadores a la plantilla del puerto así como otras medidas interpretativas en relación a conflictos laborales.

Y en todo caso la existencia del Acuerdo, ha ejercido sin duda, un efecto disuasorio para cualquier empresa que hubiera querido entrar a prestar los servicios complementarios en los puertos de interés general ante la posibilidad de verse sometida a las condiciones del Acuerdo o incluso al bloqueo de los firmantes.

Decimooctavo.- En sus alegaciones ANESCO argumenta, y el Consejo coincide en la apreciación, que el que la Ley reserve determinadas actividades a las empresas de estiba y a los estibadores, no impide que estas empresas y trabajadores puedan realizar otras actividades, entre ellas las actividades complementarias. Con lo que no está de acuerdo el Consejo es con la afirmación posterior de ANESCO, según la cual, la Ley no impide que dichos empresarios y trabajadores, mediante negociación colectiva regulen dichas actividades complementarias con el argumento de que no existen otros trabajadores ni empresas, distintos de los firmantes del IV Acuerdo, que en estos momentos presten esos servicios (alegaciones a la propuesta de Resolución)

En primer lugar, frente a dicha afirmación de ANESCO existen empresas que realizan servicios que ahora pretende abarcar y regular el IV Acuerdo como se desprende de las alegaciones de CEPESCA, EBHISA, etc., y cuyas declaraciones constan en el expediente (HP 13).

Pero más aún como se recoge en los Hechos Probados la Ley 48/2003 pretende crear “...los marcos jurídicos y económicos que refuercen la introducción y el desarrollo de la libre competencia como medio para una mayor competitividad y eficiencia económica de las empresas, dentro del mercado internacional”, en otras palabras, lo que la Ley pretende con su regulación, es abrir el mercado de los servicios portuarios a la competencia y a nuevas empresas para reducir costes y mejorar la competitividad de las empresas. Y lo que se pretende con este acuerdo, es dejar sin efecto dicho objetivo de la Ley poniendo barreras a la entrada de cualquier empresa que pretenda acceder a dicho mercado e impidiendo de hecho el acceso a ese mercado de empresas no estibadoras.

Esto es lo que trasmite la empresa EBHISA cuando dice que al extender el IV Acuerdo a empresas no estibadoras y trabajadores no portuarios se acaba, por vía convencional, con cualquier posibilidad de que empresas no estibadoras puedan realizar los denominados servicios complementarios, ampliando de ese modo a dichos servicios la reserva que ya tienen para las actividades de estiba.

Decimonoveno.- Por lo que se refiere a la duración de la práctica imputada, este Consejo, a diferencia de la DI considera que la misma se inicia en la fecha de la firma del IV Acuerdo, en julio de 2007, y permanece hasta este momento, o hasta junio de 2009 fecha de la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional puesto que si bien el Acuerdo notificado en 2007 al Ministerio de Trabajo fue retirado en septiembre de 2008, inmediatamente, y con igual fecha, se notificó un Acuerdo idéntico por lo que debe considerarse que no ha habido interrupción. Por otra parte las modificaciones introducidas en diciembre de 2007 no afectan al contenido en una medida que suponga un cambio de la calificación de la conducta.

Por tanto, y aunque la mayor parte de la vigencia del IV Acuerdo ha sido bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, publicada en el B.O.E. de 7 de julio y vigente desde el 1 de septiembre de 2007, al firmarse en julio de 2007 le es de aplicación la norma sustantiva vigente en el momento en el que se inició la practica continuada, es decir la Ley 16 /1989.

Vigésimo.- En conclusión este Consejo considera que ha quedado acreditado fehacientemente que la Asociación de Estibadores ANESCO y los sindicatos CETM, CIG y LAB son responsables de un pacto colusorio contrario al artículo 1.1 c) de la LDC y 81 del TCE, al cerrar la entrada de empresas y operadores al sector de servicios complementarios portuarios mediante la inclusión de determinadas disposiciones en el IV Convenio que extienden la aplicación del mismo a los prestadores de servicios complementarios distintos de los de estiba.

Esta conducta es acreedora de una multa pecuniaria cuya límite máximo de 901.518,16€ viene fijado por el límite de la capacidad sancionadora que fija el artículo 10.1 de la Ley 16/1989 cuando los imputados son personas jurídicas u operadores sin cifra de negocios.

Y dentro de este límite es necesaria una graduación en proporción con la importancia de la infracción que viene determinada por los criterios que se recogen en el propio artículo 10.2, a saber, modalidad y alcance de la restricción, dimensión del mercado, cuota del mercado de la empresa o empresas correspondientes, efectos sobre competidores y sobre y usuarios y duración y reiteración

Teniendo en cuenta dichos criterios el Consejo considera que la sanción a la Asociación de Empresarios de la Estiba, ANESCO debe situarse en el tercio superior de la banda y por las razones que se exponen a continuación en el límite superior de la misma.

La infracción cometida por ANESCO al firmar y llevar a efecto en la práctica el IV Acuerdo en las condiciones y con la extensión original, es muy grave, puesto que a través del mismo, en acuerdo con los sindicatos como colaboradores necesarios, ha buscado un cierre del mercado de los servicios portuarios complementarios de todos los puertos de interés general, en beneficio de las empresas de estiba. Por tanto, la infracción despliega sus efectos sobre todos los puertos de interés general de España y beneficia a las empresas que conforman ANESCO, más del 50 % de las estibadoras. Los efectos sobre los competidores, prestadores de servicios complementarios han sido reales, desincentivando a empresas no estibadoras la entrada en dicho mercado y contrarrestando, desde una apariencia de acuerdo colectivo legal, las previsiones de liberalización de este mercado que se buscan con la Ley de Puertos.

En cuanto a la repercusión económica, es necesario reiterar la importancia creciente del sector portuario en los intercambios comerciales internacionales y en los costes y precios de las mercancías transportadas.

La duración de la infracción se extiende, al menos, al periodo que va desde julio de 2007, firma del Acuerdo, hasta la emisión del PCH y es posible que haya tenido incidencia práctica hasta junio de 2009 en que la Audiencia Nacional declaró nulos varios artículos controvertidos del Acuerdo, pasando el mismo a tener naturaleza exclusivamente extra-estatutaria con validez y eficacia para sus firmantes y aquéllos que se adhieran voluntariamente.

ANESCO según su propia declaración agrupa a más del 50% de las empresas del sector, y el Consejo, en un intento de graduar la sanción dentro del límite establecido por el artículo 10.1 de la Ley 16/1989, solicitó a ANESCO información sobre el volumen de negocios de las mismas (en servicios portuarios en general y complementarios). ANESCO, después de habérsele concedido un periodo de tiempo considerable y las prórrogas solicitadas remitió información, parcial e individualizada, relativa a menos del 10% de las empresas por lo que el Consejo no la considera relevante a los efectos solicitados, puesto que la muestra es muy reducida y

posiblemente distorsionada a la baja. En todo caso subrayar que de la escasa información recibida puede deducirse que la mayor parte de las empresas superan el millón de euros de facturación en servicios portuarios complementarios.

Por lo que se refiere a los sindicatos, el Consejo considera que la participación de los mismos es imprescindible para el cierre del mercado, pero siguiendo los precedentes de la Comisión Europea con multas simbólicas en el caso del tabaco crudo, y de este propio Consejo cuando era Tribunal, considera la imposición de sanciones reducidas pero proporcionadas a la distinta capacidad, y responsabilidad y área geográfica de incidencia.

Como se deduce del expediente CETM es la principal responsable de la firma y del contenido del Acuerdo y además cubre la mayor parte de los puertos de interés general, con una representación del 73 % del banco social. CIG y LAB tienen un ámbito geográfico limitado a los puertos gallegos y vascos respectivamente y su peso es de 1,7 y 1,3 respectivamente en el Acuerdo. Por tanto se propone sancionar a LAB con una multa de 3000 euros y consecuentemente a CIG con una sanción de 3900 euros y a la CETM con una sanción de 168.000 euros.

Finalmente y en relación con LAB, este sindicato ha reiterado que no ha aplicado el acuerdo y que ha expulsado a las personas que participaron en la negociación. Con ello pretende ser eximida de la sanción, pero la dirección del sindicato solo se retira del acuerdo el 20 de octubre de 2008, una vez recibido el PCH (folio 1856). Y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de junio de 2009, casación del recurso contra la Resolución del TDC de 3 de abril de 2003, como consta en el expediente el representante o representantes de LAB no sólo está acreditado que están en la firma del Acuerdo inicial en julio de 2007 sino en la reiteración de 10 de septiembre de 2008 (folio 1679), en que los firmantes iniciales se ratifican en el texto y cuando han pasado nueve meses desde que había sido incoado el expediente y en la constitución y reuniones celebradas por la Comisión paritaria sectorial (folios 1795 y ss).

Teniendo en cuenta todo lo anterior el Consejo considera que la imposición de las multas mencionadas de 901.518,16 € a ANESCO; 168.000€ a CETM; 3.900€ a CIG y 3.000 a LAB, es ajustado a derecho y proporcional a la infracción cometida y a la participación de cada uno.

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa de la competencia y del artículo 81 del

Tratado CE, llevada a cabo por ANESCO, CETM, CIG y LAB, mediante la firma y puesta en funcionamiento del *IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector de la Estiba Portuaria* que contiene disposiciones por las cuales extiende su aplicación a empresas terceras, impidiéndoles o dificultándoles el acceso al mercado de los servicios complementarios en los puertos.

SEGUNDO.- Imponer a la Asociación ANESCO una multa sancionadora de 901.518,16 € (novecientos un mil quinientos dieciocho euros con dieciséis céntimos) por la infracción cometida; imponer al sindicato CETM una multa sancionadora de 168.000 € (ciento sesenta y ocho mil euros) al sindicato CIG una multa de 3.900 € (tres mil novecientos euros) y al sindicato LAB una multa sancionadora de 3.000 € (Tres mil euros) por la misma conducta.

TERCERO.- Instar a ANESCO, CETM, CIG y LAB a que en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras equivalentes que puedan obstaculizar la prestación por otras empresas de los servicios complementarios en los puertos españoles.

CUARTO.- Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, a su costa, de la parte dispositiva de esta Resolución, en un diario de información general entre aquéllos de mayor difusión y en un diario especializado en los servicios portuarios.

QUINTO.- Los sancionados justificarán ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados. En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.

VOTO PARTICULAR

DISCREPANTE que pone el Señor Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, a esta Resolución dictada **por mayoría** del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el Expediente Sancionador 2805/07 Empresas Estibadoras.

El Pleno del Consejo **RESUELVE** declarar que ha resultado acreditada una infracción del Artículo de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y Artículo 81 del Tratado CE, llevada a cabo por ANESCO, CETM, CIG y LAB mediante la firma y puesta en funcionamiento del IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales de Sector de la Estiba Portuaria, que contiene disposiciones por las cuales extiende su aplicación a las empresas terceras, impidiéndoles o dificultándoles el acceso al mercado de los servicios complementarios en los Puertos (Resuelve Primero).

El Pleno del Consejo, **por mayoría**, acuerda imponer a la Asociación ANESCO una multa sancionadora de € 901.518,16 por la infracción cometida; imponer al sindicato CETM una multa sancionadora de € 168.000; al sindicato CIG una multa de € 3.900; y al sindicato LAB una multa sancionadora de € 3.000 por la misma conducta (Resuelve Segundo).

Este Segundo Acuerdo de la Parte Dispositiva de la Resolución lo fue por mayoría y, **además**, con el anuncio de este Mi Voto Particular Discrepante.

Voto Particular Discrepante que desarrollo del siguiente tenor:

I.-

Es un hecho cierto que el día 26 de Julio del 2007 **ANESCO** (Asociación Nacional de Empresas Estibadoras), como representante empresarial; y los sindicatos **CETM** (Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar), **CIG** (Confederación Intersindical Galega) y **LAB** (Laginle Abertzaleen Bartzordeak) firmaron el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, de aplicación a las relaciones laborales de las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito personal **en los puertos comerciales de todo el territorio español**.

La Dirección de Investigación, en el Informe Propuesta que eleva a este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 50.5 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, **propone:**

Primero.- Que por el Consejo de la CNC: (a) se declare que el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, **suscrito** el 26 de julio de 2007 por la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), la Coordinadora Estatal de Trabajadores del

Mar (CETME), la Confederación Intersindical Galega (CIG) y Laginle Abertzaleen Batzordeak (LAB), modificado en Diciembre de 2007, después reemplazado con un contenido similar por un nuevo Acuerdo suscrito el 10 de septiembre de 2008, infringe el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia. **Se considera responsables a las cuatro organizaciones firmantes.**

La Resolución en el **Fundamento Jurídico Vigésimo** establece que *“en conclusión este Consejo considera que ha quedado acreditado fehacientemente que la Asociación de estibadores ANESCO y los sindicatos CETM, CIG y LAB al cerrar la entrada de empresas operadoras al sector de los servicios complementarios portuarios mediante la inclusión de determinadas disposiciones en el IV Convenio que extienden la aplicación del mismo a los prestadores de servicios complementarios distintos de la estiba”*

Y por ello, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, considera que tales conductas son sancionables, por lo que concluye fijando las mismas (Segundo Resuelve) *imponiendo a ANESCO una multa sancionadora de € 901.518,16 por la infracción cometida; al sindicato CETM una multa sancionadora de € 168.000; al sindicato CIG una multa de € 3.900; y al sindicato LAB una multa sancionadora de € 3.000.*

II.-

Este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, como antes lo hiciera el ahora extinto Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, en el **régimen sancionador** ha ido conformando sus sanciones a la doctrina jurisprudencial (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) en orden a adecuarlas a parámetros tales como: gravedad de los hechos, duración de las conductas, disuasión, proporcionalidad, etc.

Pero ciertamente, tales parámetros orientadores nunca pueden colisionar con principios generales del ordenamiento: no discriminación de las partes imputadas, homogeneización en la cuantificación para la misma conducta o imputación, etc. En fin, prohíbe la aleatoriedad sancionadora.

Entiendo que esta Resolución, aprobada por mayoría, vulnera sustantivamente tales parámetros orientadores, al venir afectada de discriminación negativa, no atender a la homogeneización de los importes sancionadores para las mismas conductas o imputaciones y apreciarse una notoria y evidente aleatoriedad de los importes, que no tienen amparo legal.

De ahí que si todas las partes firmantes del Acuerdo tienen la consideración de **suscribientes del mismo**; por lo que han merecido, en régimen de igualdad, la

misma imputación, debería haberse concluido imponiéndoles la misma sanción económica.

Toda vez que el régimen sancionador tiene una especificidad de *indubio pro* entiendo que la cuantificación de las sanciones impuestas, en régimen de igualdad, a la totalidad de las partes imputadas deberían serlo del siguiente tenor y empezando por la más favorable al sancionado: al sindicatos LAB € 3.000; al Sindicato CIG € 3.000; a la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM) € 168.000; y a ANESCO € 400.000

III.-

Finalmente, este Consejero no puede asumir el aserto que la Resolución hace en su Fundamento Jurídico Vigésimo, al calificar a los Sindicatos intervinientes y suscribientes del IV Acuerdo como *colaboradores necesarios*.

Es una figura eminentemente penal y, por ende, descalificadora su establecimiento en un expediente administrativo. Y no sólo por ello, sino por cuanto no se adecua a la realidad de los acontecimientos: su presencia viene impuesta por Ley y su calificación es la de parte firmante del Acuerdo o Convenio Colectivo, nunca la de cooperador o colaborador necesario.

Así, por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid a 24 de Septiembre del 2009.