



# Nueva regulación de coyuntura del trabajo portuario: ¿diálogo o conflicto entre la norma OIT (seguridad en el empleo) y la comunitaria (libertad de competencia)?

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

## Extracto

Los sindicatos de clase españoles más representativos han puesto de manifiesto a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT que la nueva regulación española del trabajo portuario (Real Decreto-Ley 8/2017), basado únicamente en la libertad de contratación y en la libertad de empresa, contraviene el Convenio núm. 137 de la OIT, sobre el trabajo portuario. La negociación colectiva del sector del trabajo portuario ha establecido, para evitar la inseguridad en el empleo derivada de esa liberalización del trabajo portuario, impuesta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, algunas garantías, especialmente la obligación de las empresas de subrogarse en las relaciones de trabajo establecidas en las sociedades de gestión de trabajadores portuarios, que deberán transformarse en centros portuarios de empleo o liquidarse. La autoridad reguladora de la competencia española, la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia, ha abierto un expediente sancionador contra esa cláusula del convenio colectivo, por considerarla lesiva para la libertad de competencia ex artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El nuevo Real Decreto-Ley 9/2019 trata de facilitar la transición desde el precedente modelo proteccionista del trabajo portuario a un modelo liberal, reconociendo, de forma transitoria, la validez de tales cláusulas subrogatorias de los convenios colectivos. Este estudio analiza los principales problemas aplicativos de estas diversas fuentes reguladoras, a fin de concluir si el Convenio núm. 137 de la OIT se respeta o no por el vigente derecho español en materia de trabajo portuario.

**Palabras clave:** trabajadores portuarios; Convenio núm. 137 OIT; libertad de competencia; negociación colectiva.

Fecha de entrada: 09-04-2019 / Fecha de aceptación: 09-04-2019

**Cómo citar:** Molina Navarrete, C. (2019). Nueva regulación de coyuntura del trabajo portuario: ¿diálogo o conflicto entre la norma OIT (seguridad en el empleo) y la comunitaria (libertad de competencia)? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 434, 223-254.





# The new urgent regulation of dock work: dialogue or conflict between the ILO standard (job security) and the community (competition law)?

Cristóbal Molina Navarrete

## Abstract

The most representative Spanish unions have made observations to the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations of the ILO to denounce the new Spanish regulation of dock work (Royal Decree Law 8/2017), based solely on freedom of contract and freedom of enterprise, is not in accordance with Convention n.º 137 ILO. Collective bargaining in the dock work sector has established, in order to avoid the job insecurity derived from this liberalization of dock work, imposed by the jurisprudence of the CJEU, some guarantees. The main one of these guarantees is the obligation of the companies to subrogate in the labor relations established in the management companies of dock workers, which must be transformed into dock work centers or liquidated. The Spanish competition authority (CNMC) has opened a punitive file against this clause of the collective agreement. The CNMC understands that this collective clause violates the freedom of competition *ex art. 101 TFEU*. The new Royal Decree Law 9/2019 seeks to facilitate the transition from the previous protectionist model of port work to a liberal model by temporarily recognizing the validity of such subrogatory clauses of collective agreements. This study analyzes the main application problems of these diverse regulatory sources, in order to conclude if ILO Convention n.º 137 is respected or not by the current Spanish law on dock work.

**Keywords:** dockworkers; Convention n.º 137 ILO; competition rules; collective bargaining.

**Citation:** Molina Navarrete, C. (2019). The new urgent regulation of dock work: dialogue or conflict between the ILO standard (job security) and the community (competition law)? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 434, 223-254.





## Sumario

1. Introducción: ¿«letras (viejas) muertas, espíritus (sociales) vivos»?
2. Progresivo ocaso de la referencialidad legislativa nacional de la norma internacional tendencialmente universal del trabajo portuario
  - 2.1. Un poco de historia legislativa: conocer el pasado para mirar mejor al futuro
  - 2.2. Olvidado el convenio en la ley liberal, ¿revive su espíritu social en la fuente extralegal?: la autoridad reguladora de la competencia como poder disuasorio
  - 2.3. El legislador de viernes social al rescate: el Convenio núm. 137 sigue silenciado, pero su fin protector reverdece, al menos transitoriamente
3. El «juicio de desconformidad convencional internacional» a la prueba del mecanismo de control del cumplimiento de la OIT: la fase de gestión comunicativa
  - 3.1. La denuncia, aún no reclamación, sindical: puntos críticos de la nueva regulación
  - 3.2. La posición inicial de los organismos de control de la efectividad del Convenio núm. 137: en espera de la información adecuada
4. Mientras tanto... ¿qué incidencia puede tener el nuevo real decreto-ley en el juicio de conformidad convencional internacional?: una reforma limitada en el tiempo
  - 4.1. La nueva regulación exhibe espíritu social, pero lo «olvida» al delimitar su objeto
  - 4.2. Los CPE como ETT y sus peculiaridades: menores garantías y mantenimiento de la regla de prioridad del convenio de puerto sobre el sectorial
  - 4.3. El favor por un uso flexible del poder empresarial de gestión del trabajo portuario: ¿un paradigma legal de flexiseguridad negociada?
  - 4.4. La habilitación legal de la garantía convencional sectorial de subrogación: problemas de su carácter excepcional y transitorio
  - 4.5. Capacitación y prácticas profesionales no laborales: ¿impulso de la «formación dual» en el trabajo portuario para insertar a jóvenes?
5. Conclusiones: mirando al futuro (competitivo), sin complacencia (proteccionismo) ni olvido del espíritu social (justo equilibrio) del pasado

Referencias bibliográficas



Nadie corta un trozo de un vestido nuevo para arreglar un vestido viejo [...]. Ni tampoco se echa vino nuevo en odres viejos, porque el vino nuevo hace que los odres revienten, y tanto el vino como los odres se pierden. Por eso hay que echar el vino nuevo en odres nuevos. Y nadie que beba vino añejo querrá después beber el nuevo, porque dirá que el añejo es mejor.

#### Parábola del vino nuevo en odres viejos

(Lucas 5:33-39)

[...] nos hizo suficientes como ministros [servidores] de un nuevo pacto, no de la letra, sino del Espíritu. Porque la letra mata, pero el Espíritu da vida.

#### Epístola de S. Pablo a los Corintios

(2 Corintios 3:6)

Pero eso sería –objetaban los adversarios de S. Pablo– «como el que dice: quiebra el jarro, pero guarda el vino».

A. d'Ors

(1986, p. 497)

## 1. Introducción: ¿«letras (viejas) muertas, espíritus (sociales) vivos»?

El [Convenio núm. 137 de la Organización Internacional del Trabajo \(OIT\)](#), sobre trabajo portuario (1973), tiene pocas ratificaciones (25). La gran mayoría en los setenta y ochenta del siglo pasado, solo 1 en la década de los noventa (Brasil) y 3 al inicio de este siglo (Mauricio, Nigeria y Rusia), ni una en la última década y media. No extraña, pues, que sea uno de los que más vivos debates para su revisión ha suscitado, ante los nuevos desafíos de una economía globalizada y el impulso a la liberalización-privatización del sector que ha venido provocando desde hace décadas, enfatizada en la Europa comunitaria.

Paradójicamente, pese a ser consciente de los profundos cambios socioeconómicos, tecnológicos y jurídico-políticos del sector portuario, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), cuando tuvo la primera oportunidad, en 2002, a

reclamo del Grupo de trabajo sobre política de revisión de normas, de valorar la pertinencia de esta norma internacional para regular las condiciones de empleo y trabajo de esta particular categoría de trabajadores en un contexto tan mutado, concluyó, tras detallado examen de las legislaciones y prácticas de los Estados, de forma favorable sobre su actualización:

230. [...]. En efecto, la Comisión se felicita al comprobar que este examen ha revelado que los principios esenciales contenidos en los instrumentos [Convenio núm. 137 y Recomendación núm. 145] se siguen aplicando en la práctica [...] incluso cuando el convenio no ha sido ratificado [pese a no ser un convenio fundamental]. [...]. En este sentido, se puede concluir que [las protecciones contenidas en] los instrumentos al menos han adquirido una función de orientación ([Estudio general CEACR, 2002](#), p. 104).

Naturalmente, España ha venido actuando como un socio razonablemente disciplinado en relación con esta norma jurídica internacional, con su letra y su «espíritu protector». No solo lo ratificó (con otros complementarios –el núm. 27 y, sobre todo, el núm. 152, relativos a la protección de la seguridad y salud en el trabajo portuario–, denunciando los que revivían, del primer tercio del siglo XX), también, para su efectividad, asumió, de forma remolona a veces, observaciones y recomendaciones que la CEACR le vino formulando, a través del farragoso y formulista sistema de control, basado en la tradicional, también tediosa y meliflua, «gestión comunicativa»: envío de memorias nacionales, observaciones de sujetos patronales y sindicales, solicitudes directas de información y nuevas observaciones de CEACR, en un círculo que, por lo general, virtuoso, a menudo urge de más paciencia que el santo Job. Sin perjuicio del –esperanzado– aliento de la CEACR a «mejorar en lo posible», el cumplimiento efectivo del [Convenio núm. 137](#) por España (leyes y negociación colectiva) nunca habría sido puesto en cuestión, ni por aquel organismo de control de la OIT, ávido siempre de información adicional y de espíritu persuasivo con los Gobiernos para que progresen en el compromiso aplicativo, ni por los sindicatos, sin «queja» (art. 26.1 [Constitución OIT](#)) ni «reclamación» (art. 24 [Constitución OIT](#)) alguna al respecto (Gárate, 2014). Pero ¿este juicio positivo de convencionalidad (conformidad efectiva con la norma internacional) sigue siendo pertinente para el [Real Decreto-Ley 8/2017](#), que ha dado un giro copernicano en la regulación sobre la que se horneó aquel juicio jurídico de cumplimiento efectivo, primando la libertad de competencia sobre la seguridad en el empleo?

Los dos sindicatos más representativos de nuestro país –aunque sean minoritarios en el sector del trabajo portuario– dan una respuesta negativa a ese interrogante, y así lo han hecho saber a la CEACR. No en forma de reclamación formal, sino de observación a propósito de la solicitud de la memoria nacional correspondiente según el calendario normal (se trata de una memoria de ciclo quinquenal, por lo que correspondía en 2017). La CEACR lo plasma en su [Informe 2019 de aplicación de las normas de la OIT](#): «[...] en sus observaciones las organizaciones de trabajadores denuncian que el nuevo régimen del trabajo portuario no se encuentra de conformidad con los requerimientos del convenio [...]» ([Informe CEACR, 2019](#), p. 650).

Si así fuese realmente, y como tal se asumiera –lo que todavía no ha sucedido, a la espera de la nueva información solicitada– por el organismo de control del cumplimiento nacional de la norma social internacional, a nadie escapa la importancia extrema del dato. Como la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 140/2018, de 20 de diciembre, confirma, la jurisdicción ordinaria debería desplazar la ley nacional disconforme con la internacional. Sin embargo, incluso de apreciarse oficialmente esa disconformidad convencional internacional denunciada, la solución no sería la del mero desplazamiento de una norma –nacional– por otra –internacional–. Se recordará que la norma nacional obedece a un doble principio de autoridad comunitaria, tanto de gobernanza económica (Comisión) como jurídica (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13), que defiende de manera fervorosa la primacía de las libertades económicas comunitarias (libertad fundamental de establecimiento).

En suma, el eventual conflicto se daría entre «titanes» normativos internacionales, aunque, como en el caso del mito de Prometeo, la fuerza es desigual (art. 93 en relación con el art. 96 Constitución española –CE–). La ventaja sería de la norma comunitaria del derecho de la competencia (ley del más fuerte) frente al derecho social del trabajo (ley del más débil). Para que no hubiese duda de quién dicta la última ley, la autoridad reguladora nacional de la competencia, suma guardiana de su esencia comunitaria en tierra patria, tomó partido para disuadir cualquier corrección social, mediante norma convencional –llamada por el art. 7 del Convenio núm. 137–, de las libertades económicas reforzadas por la nueva ley. Para ello abrió, en clara misión intimidatoria de la autonomía colectiva, un expediente sancionador (S/DC/0619/17, de 11 de noviembre de 2018), con multas millonarias para los integrantes de la comisión negociadora, firmantes o no, que modificó (2017) el IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria para introducir una cláusula de subrogación (disp. adic. séptima).

Consciente de lo desnivelado de las fuerzas –jurídicas y fácticas– en juego, también de la excesiva conflictividad generada, por más que fuese crónica anunciada, desestabilizando un sector estratégico para la economía española, cada vez más globalizada, el Gobierno actual no quería dejar acabar este «nuevo juego de tronos» con el triunfo del actor más fuerte. Por eso, a través de una nueva norma de coyuntura política extraordinaria, el Gobierno parece más bien apostar porque la «batalla» terminara en tablas, dictando el Real Decreto-Ley 9/2019, de 29 de marzo, con un título aparentemente neutral e insulso, pero cuyo articulado esconde más de una decisión de gran trascendencia político-jurídica, además de socioeconómica: por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. Si largo es el título, no tiene ni punto de comparación con el interminable, e insufrible, preámbulo. Pero no nos quedemos en la letra, y vayamos a su fondo, sin duda muy relevante, más allá incluso de la cuestión concreta, en la medida en que parece querer provocar un movimiento más extenso de reequilibrio justo (en palabras tan queridas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–,

aunque lo practique de modo tan aleatorio) entre el «alma económica-competencial» de las leyes comunitarias y su «alma social-garantista»:

[...] se hace preciso conjugar en la aplicación la doble dimensión, empresarial y laboral, de manera que se produzca un tránsito ordenado a un nuevo marco en el que la aplicación de los principios del derecho de la UE inspiradores de la libertad de competencia se lleve a efecto sin menoscabo de los derechos laborales básicos de los trabajadores y facilitando la estabilidad en el empleo (RDL 9/2019, preámbulo, I, párr. 10).

Pero, entonces ¿dónde queda la letra (garantías concretas) y el espíritu (principios de protección) de la norma referencial universal con la que empezó, según constataba la CEACR, a gestarse todo, de modo que los grandes cambios impulsados por los vientos de liberalización y de privatización, advertidos y en cierto modo anticipados en 1973, no implicaran desmantelar los «principios de protección de los trabajadores portuarios en [...] circunstancias de modificación sustancial de las posibilidades y las características de su empleo»? ([Estudio general CEACR, 2002](#), p. 104). Vamos a intentar responder a este interrogante. Nos parece de interés en un tiempo no solo de conmemoración áurea, el centenario de la OIT, de esplendoroso historial pero sombrío futuro (en palabras de la profesora Miñarro en su [editorial](#)), sino también de legislación de coyuntura «turbo-motorizada» que trae a primer plano (político-jurídico y socioeconómico) el trabajo portuario (versión moderna del legendario y cinematográfico «trabajo en los muelles»). Este parece abandonar su tradicional «ley del silencio» (la nueva ley acentúa la transparencia), sin querer tornar al viejo modelo de precariedad (trabajo ocasional).

## 2. Progresivo ocaso de la referencialidad legislativa nacional de la norma internacional tendencialmente universal del trabajo portuario

### 2.1. Un poco de historia legislativa: conocer el pasado para mirar mejor al futuro

Por más que la CEACR resalte, en cierta muestra de autocomplacencia, también de un humanamente comprensible intento de autodefensa de su función, la persistente influencia en las legislaciones y prácticas nacionales, a nivel mundial, de «los tres principios básicos (empleo permanente o regular, ingresos mínimos, sistema de registro) prescritos por el convenio», incluso en los sistemas portuarios más fuertemente automatizados y con reducida necesidad, por lo tanto, de trabajadores (*vid.* [Estudio general CEACR, 2002](#), p. 106 –párr. 235–), lo cierto es que la referencialidad reguladora del [Convenio núm. 137 OIT](#) ha ido desvaneciéndose poco a poco en las legislaciones y prácticas nacionales. Y ello no solo

en los Estados que no lo ratificaron, la inmensa mayoría, como se anticipó en el inicio, sino también, y es aquí lo que interesa, en los que sí lo han ratificado, como es el caso español. Para comprobarlo, propongo un breve recorrido por las legislaciones que en España han sido en esta materia.

Cuando hace 32 años otro real decreto-ley, el [2/1986, de 23 de mayo](#), sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, iniciaba la primera gran reforma del régimen jurídico de este estratégico sector económico tras la adhesión a la Comunidad Económica Europea, hito expresado en su preámbulo –«La renovación de este entorno institucional se ve urgida especialmente a partir del momento de la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea [...]»–, el Gobierno-legislador ni quiso ni pudo prescindir de la referencia a la norma internacional universal que hasta ese momento había tenido el papel estelar: «El tratamiento laboral del trabajo portuario se completa con reglas sobre colocación y contratación de los trabajadores portuarios, en línea con los criterios del Convenio número 137 de la OIT, ratificado por España [...]».

Uno de esos criterios era la llamada (art. 7) al principio de autonomía colectiva –propio de un régimen laboral democrático, a diferencia del autoritario de la vieja Ordenanza de trabajo de los estibadores portuarios ([Orden de 29 de marzo de 1974](#))–. De ahí que aquella ley diseñara la relación laboral de carácter especial de los trabajadores portuarios vinculados a las sociedades estatales de tal modo que, adecuando a las peculiaridades del trabajo portuario las reglas generales del derecho laboral, «permitiera los mecanismos de la negociación colectiva». A estos correspondería posibilitar «el desarrollo del régimen laboral en este tipo de actividad».

En aquel entonces, dos fueron las razones jurídicas que justificarían el recurso a la técnica de la ley de urgencia:

- Adoptar «una medida positiva de política de empleo, al sustituir empleo precario por empleo estable». Para ello se remitía a la doctrina constitucional (SSTC de 2 de julio de 1981 y 30 de abril de 1985) que avalaba el uso de la jubilación forzosa (disp. adic. quinta Estatuto de los Trabajadores –ET–): se «garantiza la racionalización de la estructura y volumen actuales de las plantillas de trabajadores portuarios, exigida por los importantes cambios producidos [...] como consecuencia de la aplicación de nuevas tecnologías».
- Evitar «los efectos negativos del vacío normativo» que había creado la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala Tercera, de 23 de septiembre de 1985, al anular la norma reglamentaria reguladora de este trabajo ([RD 2302/1980, de 24 de octubre](#)).

No hay pura nostalgia en esta mirada retrospectiva, sino más bien búsqueda de pautas más profundas de comprensión del presente y del futuro a través del pasado, no tan leja-



no, pues en lo sustancial ese régimen estuvo en vigor hasta el giro abrupto de 2017, y, en cierto modo, el real decreto-ley parecería querer recuperar algo de aquel espíritu garantista, quizás como advertían los adversarios de la antítesis paulina evocada en el encabezado del trabajo: ¿acaso el nuevo Gobierno-legislador no quiere «quebrar el jarro (monopolio de contratación, la reserva mediante registros con prioridad), pero guardar el vino» (seguridad en el empleo)? Lo veremos con algún detalle al entrar en los contenidos básicos del nuevo real decreto-ley.

Ahora lo que interesa resaltar es que, después de aquella norma, nunca más apareció en el preámbulo de ninguna de las leyes afectantes, en mayor o menor medida, a este régimen de trabajo una mínima referencia al [Convenio núm. 137 OIT](#). Y con la desaparición de esta referencia, también se desvaneció cualquier llamada a la garantía de la estabilidad en el empleo. A partir de la siguiente reforma, todo adquirirá otro color y monopolizará las dilatadas reflexiones de los preámbulos en las leyes una sola mirada: la económico-mercantil. En efecto, desde la [Ley 27/1992, de 24 de noviembre](#) (puertos del Estado y de la marina mercante), hasta el [Real Decreto legislativo 2/2011, de 5 de septiembre](#) (texto refundido de la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante –TRLPEMM–), última en vigor hasta el giro radical en 2017, pasando por la [Ley 48/2003, de 26 de noviembre](#) (régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general), y la [Ley 33/2010, de 5 de agosto](#), de modificación de la Ley 48/2003, que derogó totalmente el [Real Decreto-Ley 2/1986](#), hasta entonces parcialmente en vigor, las palabras y finalidades inspiradoras fueron las mismas: cómo reducir los costes de los servicios portuarios para mejorar la competitividad de los puertos de nuestro país a través de la liberalización y la privatización de sus modelos de organización y de prestación de servicios. En última instancia, lo único que preocupaba ya era consolidar el tránsito del servicio público estatal a una actividad comercial global, de interés general pero iniciativa privada.

Cierto, este cambio del modelo, basado en la liberalización y la competitividad, no mutó la esencia del régimen monopolístico de 1986 para el trabajo portuario (reserva de actividad a quienes estaban vinculados a una sociedad estatal de gestión portuaria –SAGEP– y la necesaria intermediación de esta), si bien en servicios portuarios complementarios hubo importantes aperturas, más o menos frenadas por acuerdos colectivos –algunos considerados contrarios a la competencia–. Prueba de ello será la condena comunitaria tantas veces reincidida. Como la ausencia de referencia legislativa tampoco perjudicó el funcionamiento del sistema de control de la efectividad del cumplimiento de España del [Convenio núm. 137](#). Al contrario, como se anticipó, la técnica de adaptación progresiva, comunicativa y gradual, basada en la información, el diálogo y la persuasión fue surtiendo sus efectos y dando sus frutos. Aunque más de una vez la CEACR tuviese que armarse de la referida esperanza y paciencia del santo Job, porque la no atención gubernamental a la solicitud de información, lejos de exasperarla –como ocurriría si de la Comisión Europea se tratara, con la consiguiente apertura de procedimiento judicial por incumplimiento–, solo reaviva su confianza –estructural– en que en «su próxima memoria [...] no dejará de proporcionar la información solicitada». Y aunque tampoco en la próxima aparecía, la CEACR se limitaba a

pedir de nuevo una «información más pormenorizada» (Observación de 1994, reunión 81.<sup>a</sup> CIT; también, respecto al Convenio núm. 152, la solicitud directa de información de 2009), a fin de saber si se respetaban o no garantías como los periodos de empleo o ingresos mínimos (garantía ex art. 2 [convenio](#)), o el registro (arts. 3 y 4 [convenio](#)).

Tampoco la supresión de la garantía de registros especiales de los trabajadores portuarios, santo y seña del convenio, en 1994 (disp. adic. séptima [Ley 10/1994](#)), suscitó comentario crítico (Gárate, 2014, p. 63). Quizás por su convencimiento de la extremada flexibilidad del convenio en lo que respecta a la forma de llevar un registro, prima el principio sobre la forma. Más de una vez constata legislaciones y experiencias nacionales en las que la conciliación del interés de modernización del sistema organizativo del trabajo portuario y el de protección laboral para nada requeriría de la utilización de registros. En realidad, la necesidad y los beneficios del registro (o censo) solo operan cuando la protección alternativa no está aún disponible, pues aquí el registro sí es una «herramienta indispensable para proporcionar las protecciones dispuestas en estos instrumentos» ([Estudio general CEACR, 2002](#), p. 106 –párr. 233–). En consecuencia, la CEACR viene asumiendo una comprensión flexible del deber de conformidad nacional con la norma internacional, de modo que acepta la superación de las concretas garantías convencionales en ciertos casos, siempre que se garantice una protección equivalente (principio de equivalencia funcional) y no se creen riesgos regulatorios ni de «vacío jurídico» ([Estudio general CEACR, 2002](#), p. 106 –párr. 233–). España quedaba a salvo.

## 2.2. Olvidado el convenio en la ley liberal, ¿revive su espíritu social en la fuente extralegal?: la autoridad reguladora de la competencia como poder disuasorio

Pero todo este régimen jurídico-laboral especial, más bien excepcional (y ciertamente privilegiado, eso no se puede ignorar bajo ningún concepto ni color político o ideológico), saltó por los aires de mala manera, esto es, con mala técnica legislativa (esto también es innegable a todas luces), en 2017, año en que la amenaza a una multa grandiosa por la Comisión, ante el dilatado incumplimiento de la sentencia comunitaria, llevó a optar por el régimen más liberal de todos, solo moderado o suavizado con un periodo transitorio, tampoco muy cierto. Sería completamente inútil buscar en el [preámbulo](#) del Real Decreto-Ley 8/2017 ni una mínima huella del [Convenio núm. 137](#), ni de su letra (garantías) ni de su espíritu (principios de protección), pues la razón de ser del mismo es el reconocimiento y garantía efectiva del principio liberal en todas sus facetas (contratación, gestión de empresa, mercado), y sin perjuicio de exigir ciertas condiciones de profesionalidad, naturalmente, para garantizar la calidad del servicio, más que la del empleo. Esta pasaría a un segundo plano, como veremos reprocharán ante la CEACR los sindicatos más representativos tras el nuevo régimen legal a favor de la competencia. No será la normatividad (social) internacional la que sirva de referencia, sino la (mercantil) comunitaria.

Tampoco recibirá nominación el convenio allí donde pareciera reverdecer o revivir ese «espíritu de protección» tan pertinente en nuestro tiempo a juicio de la CEACR: en el periodo de transición de 3 años, donde se asumen ciertas garantías de seguridad ocupacional y también económica, de un lado, y en el más que estrambótico («exótico» para el profesor [Ojeda, 2018](#)) anexo de propuesta mediadora que incluye el Real Decreto-Ley 8/1987, en un escenario de intensa conflictividad sociolaboral, de otro. Precisamente, como se analizó en su día en esta revista ([Molina, 2017](#), pp. 121 y ss.), en la propuesta de mediación, pauta para un desarrollo reglamentario más equilibrado sociolaboralmente, la gran esperanza para revivir el espíritu de protección social se devolvía a la norma convencional (típica llamada a la autonomía colectiva ex art. 7 [Convenio núm. 137 OIT](#), o ex art. 9 [Convenio núm. 132 OIT](#) –tiempo de trabajo–, pues es un principio estructural del sistema internacional OIT), y más particularmente en su habilitación para establecer una garantía de subrogación.

A tal fin, de un lado, se recordaba algo obvio, y que quizás ha pasado desapercibido en las sucesivas legislaciones de liberalización jurídico-laboral del sector del trabajo portuario. En efecto, el TJUE establece una condena limitada a la obligación de inscripción de las empresas en la SAGEP, eliminando la obligación de contratación prioritaria de trabajadores puestos a disposición por estas, pero en modo alguno impedía establecer, en la forma jurídica que estableciera bien el Gobierno bien la autonomía colectiva, una garantía de continuidad de su empleo. Además, de otro lado, para dar concreción a la garantía propuesta, la mediación daba al legislador una pauta reguladora: la clave debe estar en el [artículo 44 del ET](#) (mantenimiento de los derechos de los trabajadores tras la sucesión de empresa –o plantillas–). Y ello sin perjuicio –advertía con una gran dosis de realismo jurídico-social– de las reformulaciones legales, así como de la modulación convencional, que fuesen necesarias, pues se produce un profundo cambio organizativo, susceptible de fundamentar revisiones del funcionamiento común de la técnica:

En consecuencia, la aplicación de las reglas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en materia de transmisión de empresas se podrá adaptar en función de la necesidad de adoptar medidas laborales en relación con los trabajadores. La ordenación de estas medidas es propia de la negociación colectiva. De esta manera, la formulación legal del principio de subrogación empresarial se completará y articulará con fórmulas de subrogación convencional.

Como ya denuncié en su día ([Molina, 2017](#), p. 124), el Gobierno de entonces hizo caso omiso a tan sensata recomendación jurídico-social, en la convicción, errada o falseada, de que el derecho de la Unión Europea, por boca de la Comisión –que no es el intérprete auténtico de este, sino un intérprete más, y no precisamente imparcial–, prohibía recurrir a tal mecanismo. Pero lo que ni el Gobierno ni el legislador quisieron atender, sí lo hicieron, con significativa sensatez, los interlocutores sociales. Su protagonismo, se insiste, ha venido siendo una garantía clave del sistema de verificación de conformidades de las normas nacionales con las internacionales en el seno de la OIT. En cambio, el Real Decreto-Ley 8/2017 lo fustigará en buena medida, pues revigoriza las relaciones de jerarquía entre la ley

y el convenio ([disp. adic. primera.1](#)), en vez de revitalizar las de complementariedad (mejora) o de complementaria (integración de lagunas legales), desmarcándose así de la letra y del espíritu del convenio de la OIT de referencia ([núm. 137](#)) y la recomendación complementaria ([núm. 145](#)).

Sin embargo, la fuerza del derecho vivo desborda a menudo la del derecho legislado, por más que tenga el respaldo del omnipresente y cuasi omnipotente derecho comunitario de la competencia, el gran, temido y temible, «titán jurídico-económico» de la Unión Europea. Por eso, como le contarán en sus cuitas los dos sindicatos más representativos a la CEACR, el giro regulador en sentido peyorativo para la protección de los trabajadores portuarios creará un descontento global en el movimiento sindical, que afrontarán no solo con acción movilizadora, incluida la huelga, sino también con acción de autotutela normativa, logrando acordar una importante [modificación del IV Acuerdo marco del sector de la estiba](#) (original firmado en 2014), en la que se incluye, como una de sus más relevantes medidas, una cláusula de subrogación de los trabajadores de la SAGEP en las empresas estibadoras, en función de su participación en ellas.

A tal fin se incorpora una nueva disposición adicional, séptima, firmada con fecha 6 de julio de 2017 (pero con eficacia desde la fecha de entrada en vigor del real decreto-ley) por la organización empresarial Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO) en representación de las empresas del sector, y por las organizaciones sindicales (Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar –con una representación superior al 80 % del voto ponderado en la Comisión Negociadora–, UGT, CC.OO. y CIG<sup>1</sup>). Por su importancia, mayor con el [artículo 4 del Real Decreto-Ley 9/2019](#), dirigido a darle el respaldo jurídico que otras «autoridades» le negaban, merece la pena recogerla aquí literalmente:

#### Disposición adicional séptima.

Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP [sea parte de ellas sean todas] [...] se subrogarán el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado real decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad. En consecuencia, el citado personal tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadoras en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria [...], incluida la presente modificación

<sup>1</sup> ELA y LAB, aun de acuerdo con el contenido, no firman por política sindical, dado que tampoco suscribieron el IV Acuerdo del sector de la estiba. El resto votó favorablemente, lo que supone el 96,601 % de la representatividad. Interesa esta constatación, pues antes del convenio vigente la ordenación colectiva del sector adoleció de notable conflictividad judicial.

y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables.

[...]

Antes de que se ejecuten por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. [...].

Precisamente, aun de forma injusta, esta cláusula será la que reciba furibundas críticas por parte de la autoridad reguladora de la competencia (Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia –CNMC–), «brazo armado jurídico-administrativo» de la Comisión Europea en el Estado español al servicio de su política de ultradefensa de las libertades económicas, incluido con especial vigor el principio de competencia. También parece asumir este papel de guardián de las esencias de la competencia frente a la negociación colectiva.

Sin perjuicio del mayor comentario que se hará más adelante, ahora conviene precisar que sí es cierto que no es la primera ocasión, ni será desde luego la última, en que la CNMC actúa en contra de cláusulas convencionales colectivas por su lesión, real o pretendida, de la libertad de competencia, habiendo obtenido aval, en ciertos casos, incluso de la jurisprudencia contencioso-administrativa. Sería el caso, por ejemplo, de la [STS de 8 de marzo de 2016 \(rec. 1666/2013\)](#). En ella se confirmó la doctrina de instancia que, a su vez, había legitimado la sanción impuesta por el regulador al entender contrarias a la libre competencia las cláusulas que extendían obligaciones a terceras empresas no incluidas en el IV Acuerdo del sector de trabajo portuario de 2007 (buena parte de cuyos preceptos fueron anulados por el orden social, rebajándose su valor a mero convenio extraestatutario), impidiéndoles o dificultándoles, de modo relevante, el acceso a servicios complementarios portuarios. Pero no es propiamente el caso aquí ventilado, en la medida en que en juego está una materia netamente laboral, como la jurisprudencia comunitaria habría confirmado desde hace largo tiempo y reafirmado de un modo inapelable, a nuestro juicio, con la [STJUE de 11 de julio de 2018 \(C-60/17\), Somoza Hermo](#).

Sin embargo, la CNMC, aun aceptando que estamos ante un convenio colectivo auténtico, por lo tanto inicialmente susceptible de exclusión del escrutinio de la competencia ex artículo 101 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea \(TFUE\)](#), considera –la perplejidad difícilmente puede ser mayor para un laboralista mínimamente versado en su especialidad y conocedor de la práctica convencional– que su objeto no es típicamente laboral. A su juicio, nada tendría que ver el supuesto de hecho que se establece en la referida cláusula convencional del novado IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria con la transmisión de empresa ex [artículo 44 del ET](#). De un lado, quedaría fuera de la clásica modalidad

de sucesión de empresa, pues la empresa accionista que se separa no busca suceder en la actividad de la SAGEP (gestión de la actividad de puesta a disposición de estibadores portuarios a demanda de sus accionistas), sino realizar una actividad propia (la de manipulación de mercancías), salvo en los casos en que la SAGEP se transforme en empresa de trabajo temporal (ETT) o en un centro portuario de empleo (CPE). Pero del mismo modo sería exorbitante respecto de la modalidad más moderna de la sucesión de plantillas también [ex artículo 44 del ET](#), allí donde la mano de obra sea el elemento central –como pudiera ocurrir en el sector de la estiba, no obstante la importancia hoy de los equipos mecánicos– en la medida en que no hay contrata o concesión en torno a la cual gire la relación entre empresa entrante y saliente. Al margen de que tales afirmaciones resultan muy dudosas, atendiendo a la doctrina comunitaria, queda en el olvido la legitimación constitucional de la autonomía colectiva para establecer supuestos de subrogación que no se identifican con el [artículo 44 del ET](#), competencia reguladora que no excede, como muestra la práctica y la jurisprudencia social, del marco propio de la autonomía colectiva [ex artículos 85 del ET](#) y [37 de la CE](#).

Pero la CNMC no practica el método persuasivo y dialógico de la CEACR, sino que usa su mayor poder intimidatorio cuando considera que una práctica, sea cual sea, no supera el juicio de conformidad con el derecho económico-administrativo de la competencia: el poder sancionador. En consecuencia, no reconoce inmunidad alguna frente a estas normas a la citada cláusula convencional, excluyendo la [doctrina comunitaria Albany](#), y prefiere la interpretación más rígida y restrictiva, por tanto ominosa para un derecho social fundamental como sería el de negociación colectiva, por su vinculación a la libertad sindical, también hoy al [artículo 28 de la Carta comunitaria de Derechos Fundamentales de la Unión Europea \(CDFUE\)](#). El resultado: una propuesta de sanción lo suficientemente disuasoria –para quienes firmen e incluso para quienes osen tan siquiera sentarse a la mesa de negociación sin expresar su rechazo más expreso a la cláusula– para el presente y para el futuro, al consistir en millones de euros, a repartir entre la patronal –más de 6 millones– y los sindicatos –casi 800.000 euros entre todos–.

### 2.3. El legislador de viernes social al rescate: el Convenio núm. 137 sigue silenciado, pero su fin protector reverdece, al menos transitoriamente

Sin duda, el principio de autoridad reguladora de la competencia puede mucho, y se revela como una amenaza real, no puro «fantasma» (aunque de momento esté suspendido el expediente en espera de lo que diga la Comisión Europea, a la que se ha recurrido para reforzar su posición), pero el principio social –[ex art. 1.1 CE](#)– de Estado constitucional de derecho debería pesar más, o cuando menos lo mismo que aquel. Asimismo, ni los derechos sociales fundamentales son ya ajenos al derecho de la Unión Europea, como acabamos de recordar, ni la cláusula social deja de formar parte de él, como se reconoce en el [artículo 3 del Tratado de la Unión Europea](#), así como en el [artículo 145 del TFUE](#). Si la negociación colectiva es un derecho social fundamental de la Unión Europea, como acaba de recordar-

se (art. 28 [CDFUE](#)), de aplicación indudable al tratarse de cuestiones en las que está implicada una cuestión de derecho de la Unión, la garantía efectiva de condiciones de empleo y de trabajo dignas, equitativas y saludables también lo es (art. 31 [CDFUE](#)). Aunque de forma más difusa, así lo vino a reconocer todo el arco parlamentario en la proposición no de ley aprobada por unanimidad, si bien fue propuesta por el Grupo Socialista del Congreso, relativa a la necesidad de culminar el régimen de la estiba portuaria, a fin de:

[...] dar cumplimiento al objetivo de conjugar los principios de libertad de contratación con los derechos de los trabajadores, conforme dispuso la STJUE de 11 de diciembre de 2014 ([Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 499, de 19 de febrero de 2019](#), pp. 10-11).

Vemos cómo, una vez más, ni el «nombre» ni la letra ni las misiones del vetusto, pero actual, convenio de la OIT «están en la piel» ni en las «mentes» de nuestros legisladores. Pero su voluntad de que los tránsitos hacia nuevos marcos modernizadores (eufemismo para designar situaciones de liberalización y reducción de empleo) no sean traumáticos, sí. Y así lo habría entendido, dando cumplimiento a ese mandato político-parlamentario, el [Real Decreto-Ley 9/2019](#), que asume el mismo título y la misma filosofía o espíritu que la proposición no de ley<sup>2</sup>.

En particular, y sin entrar ahora en detalle, que pretendemos realizar *ut infra*, aun sin entrar en la hondura ameritada (se realizarán análisis más exhaustivos de futuro inmediato, en las varias secciones de esta revista), interesa su [artículo 4](#). Este reza expresamente «Estabilidad y calidad en el empleo», e incluye diversas habilitaciones convencionales de subrogación convencional a fin de garantizar el principio de estabilidad en el empleo.

Aunque el disfrute por la autonomía colectiva de un poder constitucional originario para regular materias de su indudable competencia –y esta es una condición de empleo que ha de entenderse claramente incluida en sus facultades, pese a lo que erradamente afirmará la CNMC– hace dudoso el sentido práctico de esta norma ([art. 4.1](#))<sup>3</sup>, queda claro que sí lo tiene desde el punto de vista de la autoridad reguladora de la competencia. La CNMC re-

<sup>2</sup> Por supuesto, dejamos ahora de lado las extravagancias reguladoras que, «aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid», se contienen en las disposiciones finales [segunda](#) –modificación de la Ley de seguridad aérea, para facilitar servicios de tránsito de aeródromo en los aeropuertos españoles de AENA, para que no penalice a los transportes en helicóptero– y [tercera](#) –para dotar a las autoridades nacionales de la seguridad aeronáutica de mejores instrumentos a tal fin, ante los cambios económicos y tecnológicos–.

<sup>3</sup> «1. Con el fin de garantizar el principio de estabilidad en el empleo, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales podrán establecer, mediante un acuerdo o un convenio colectivo, las medidas de subrogación necesarias para el mantenimiento del empleo de los trabajadores que, a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo, estuvieran prestando servicios portuarios de manipulación de mercancías y sigan prestándolo a la entrada en vigor del presente, en los supuestos previstos en los siguientes apartados».

prochará a la cláusula de subrogación convencional sectorial firmada en 2017 el carecer de habilitación de rango legislativo, sea en relación con el [artículo 44 del ET](#), sea en relación con el [artículo 4.1 de la Ley de defensa de la competencia](#) (Ley 15/2007, de 3 de julio –LDC–), según el cual: «Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley».

Ya contaría, pues, resulte o no necesaria –para mí no, por lo que vengo razonando–, la negociación colectiva con la habilitación legal exigida por la CNMC –también un tanto artificial, porque la LDC siempre deja, como es lógico, salvada la posible incompatibilidad con la norma comunitaria, que es precisamente el problema aquí suscitado, con lo que el enfoque centrado en el derecho de la competencia no deja de ser tautológico– para legitimar la garantía social de seguridad en el empleo. Dos son los supuestos distintos que contemplaría. A saber:

En primer lugar, el relativo al ejercicio por las empresas accionistas de la SAGEP de su derecho de separación, a fin de realizar la actividad de manipulación de mercancías portuarias con la contratación propia de estibadores, directamente o mediante ETT o CPE:

Quando las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías opten por dejar de ser accionistas de la SAGEP, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo, produciéndose el decrecimiento de la actividad de esta última, procederá la aplicación del mecanismo subrogatorio cuando así se acuerde conforme a lo dispuesto en el apartado 1. Igual facultad negociadora dispondrán las citadas organizaciones cuando los socios de las SAGEP opten por su disolución. [...] (art. 4.2 RDL 9/2019).

Como vemos, la disposición legal converge ampliamente con la convencional sectorial ya existente. La norma legal ahora precisa que, cualquiera que sea el mecanismo subrogatorio acordado, deberá ser, en todo caso: «transparente, objetivo y equitativo, de acuerdo con los principios y garantías que informan el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores». En suma, desautorizando claramente a la CNMC, el Gobierno-legislador asume que, no tratándose de supuestos estrictos de sucesión de empresa –ni de plantilla–, sí debe regirse por los principios y garantías del [artículo 44 del ET](#).

En segundo lugar, aparece un supuesto que sí es típicamente de sucesión de empresa ex [artículo 44 del ET](#), pues se trata de la transformación de las SAGEP en CPE:

No obstante lo previsto en los apartados anteriores, en los casos en que [...] las SAGEP opten por transformarse en centros portuarios de empleo, el nuevo centro portuario se subrogará en la posición de empleador de los trabajadores de las SAGEP una vez consumada la sucesión de la actividad relativa al empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta a disposición, de forma temporal,



entre empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (art. 4.3 RDL 9/2019).

La fórmula empleada para encabezar este precepto, «no obstante», parece indicar que la ley tiene el convencimiento –como la CNMC– de que los supuestos precedentes no constituyen sucesión de empresa propiamente, sino supuestos singulares de subrogación convencional habilitados expresamente –y de forma transitoria, como se verá– por ley, mientras que el que aquí contempla sí, de ahí que remita sin más a lo establecido en el [artículo 44 del ET](#). En esto también converge con la posición de la CNMC, que no niega este supuesto sucesorio laboral, solo que no considera que sea este el afectado por la cláusula convencional sectorial pactada. El gran problema es que la calificación jurídica que exija, o permita, cada supuesto será determinante para los juicios de coherencia y validez de lo previsto finalmente, en el [artículo 4.4](#) del nuevo real decreto-ley. Esta norma entiende que las facultades que confiere el artículo 4.2 (no el apdo. 3, insistimos, que opera ex [art. 44 ET](#), y, por lo tanto, la nueva ley no tiene más sentido que el clarificador, declarativo, no constitutivo) son excepcionales, de ahí su vigencia transitoria.

Al margen de esta importante cuestión jurídica (con dimensión comunitaria) en torno a si puede o no el legislador prohibir de plano este tipo de facultades de subrogación convencional (obviamente solo contemplables si no se trata de supuestos de transmisión de empresa conforme a la directiva comunitaria, que ha de ser la norma referencial principal, por encima del [art. 44 ET](#), que es solo norma de trasposición de aquella), queda abierta otra que aquí suscita mayor centralidad. Esta cuestión cabría formularse así: ¿puede limitarse el fin o el espíritu protector del [Convenio núm. 137 OIT](#) por razones de tiempo, atendiendo al momento en que son contratados los trabajadores portuarios, dejando al abrigo del frío liberal-competitivo solo a los que se contraten durante el periodo transitorio, y a la más cruda intemperie a los más jóvenes, a los que tengan la dicha de ser contratados después de ese periodo?

### **3. El «juicio de disconformidad convencional internacional» a la prueba del mecanismo de control del cumplimiento de la OIT: la fase de gestión comunicativa**

#### **3.1. La denuncia, aún no reclamación, sindical: puntos críticos de la nueva regulación**

Como se anunció, de acuerdo con el calendario normalizado de solicitud de memorias (de ciclo quincenal, por no tratarse de un convenio «fundamental», sino «técnico»), España hizo llegar en 2017 a la CEACR la correspondiente a los tres convenios sobre trabajo por-

tuario. Y, por lo tanto, en lo que aquí más interesa, al [Convenio núm. 137](#). CC.OO. y UGT aprovecharon este mecanismo ordinario de control del cumplimiento efectivo por España del convenio para su denuncia de disconformidad, de cuyas «observaciones críticas» toma nota la CEACR. La crítica o juicio sindical de disconformidad afecta básicamente a los artículos 2.2, 3, 5 y 6 del convenio. Brevemente, se recordará que:

- a) El artículo 2.2 establece una garantía de empleo o ingresos mínimos, si bien su intensidad se condiciona a la situación socioeconómica de cada país y de cada puerto («En cualquier caso, deberán asegurarse a los trabajadores portuarios periodos mínimos de empleo o ingresos mínimos, cuya amplitud e índole dependerán de la situación económica y social del país y del puerto de que se trate»).
- b) El artículo 3 prevé una garantía de registro de los trabajadores portuarios, en virtud de la cual deberá asegurarse su prioridad de contratación, eso sí, de nuevo, asumiendo una gran flexibilidad, remite a la forma elegida por cada país («Deberán establecerse y llevarse registros para todas las categorías de trabajadores portuarios, en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales», de modo que los registrados deberán tener «la prioridad para el trabajo portuario»). España sustituyó en 1994 el registro o censo por la reserva, como recordamos igualmente, por lo que cumplía sobradamente.
- c) El artículo 5 establece una suerte de principio de justo equilibrio entre el interés de mejora de la competitividad (principio clásico de favor hacia el rendimiento) con el interés de distribución equitativa de los beneficios sociales asociados a aquella mejora (principio de equidad social). Es una «norma fin», a diferencia de las dos anteriores que resultan claras «normas-garantía de efectividad»: establece el deber del Estado de diseñar y de aplicar una política de fomento de la cooperación entre empleadores y trabajadores, a través de sus organizaciones representativas, para que «la introducción de nuevos métodos de manipulación de cargas se traduzca en los máximos beneficios sociales, para aumentar el rendimiento del trabajo portuario con la participación, cuando proceda, de las autoridades competentes».
- d) El artículo 6 establece el deber de garantizar que los trabajadores portuarios disfruten, además de condiciones de trabajo seguras y saludables (competencia del [Convenio núm. 152 OIT](#)), de la debida capacitación o formación profesional.
- e) Habría que añadir el artículo 7, ya referido, según el cual las garantías exigidas o derivadas del convenio pueden establecerse bien por ley bien por convenio colectivo, incluso por «laudos arbitrales o por cualquier otro medio que esté conforme con la práctica nacional». Una cuestión interesante en nuestro caso, porque el Real Decreto-Ley 8/2017 incluye expresamente como [anexo](#) –derogado por el RDL 9/2017, al asumir lo sustancial de su contenido como norma vinculante– una propuesta típica de un mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos, en este caso mediación, no propiamente un laudo arbitral. La CNMC desprecia por completo esta vía.

Como nos relata la CEACR, el juicio sindical de disconformidad de la norma nacional con la norma internacional respecto a la primera garantía, la de articulación de medidas que aseguren el empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios, se dirige al fin de la obligación de que la contratación de trabajadores por la SAGEP deba realizarse de forma indefinida. Al contrario, se facilitaría que, rotas las vinculaciones precedentes, la nueva vía de contratación, realizada por estas sociedades o por los CPE, fuese temporal, al menos de forma tendencial, pues el régimen al que abocan es al propio de las ETT. Una transformación del actual empleo mayoritariamente indefinido en otro masivamente temporal que irá en progresión, menor durante el periodo transitorio, y mayor cuando, en el cuarto año, se excluya toda obligación de contratación y domine la absoluta libertad empresarial. La consecuencia será, para el juicio sindical, la quiebra de la garantía de regularidad del trabajo de las personas estibadoras portuarias, en contravención del artículo 2.2 del [Convenio núm. 137 OIT](#).

En relación con el artículo 3 del convenio, la crítica es más lacónica y se limita a expresar cómo hay un rechazo institucional, no solo del Gobierno español, sino también de la Comisión Europea, a mantener cualquier forma de registro o de censo de trabajadores portuarios que asegure la prioridad concedida por el apartado 2 del precepto internacional de referencia. Ya se recordó que, pese a desaparecer la figura del registro especial propiamente (1994), sí había una prioridad de contratación para quienes estuviesen contratados por la SAGEP ([art. 150 TRLPEMM](#)), a través de la correspondiente oferta –nominativa o innominada– (Rodríguez, 2018, pp. 103 y ss.). Solo si no había personal suficiente, cabía la contratación libre, siempre que reuniesen la cualificación profesional exigida ([arts. 153 y 154 TRLPEMM](#)). Por eso, el dato de trabajadores portuarios registrados comunicado por el Gobierno a la CEACR (6.165 para 2017, cuando había 6.472, según los datos de ANESCO, en 2016: 1.487 en Algeciras, 1.455 en Valencia y 1.030 en Barcelona) no coincide con el total de trabajadores en la estiba: unos 12.000. Aquel dato corresponde a los trabajadores de SAGEP, a los que habría que sumar los contratados de forma directa (unos 4.000) y los subcontratados (unos 1.700), según datos de ANESCO. En todo caso, se insiste sindicalmente en el desajuste con el artículo 3.2 del [Convenio núm. 137 OIT](#).

En lo que concierne al artículo 6, los sindicatos evidencian problemas aplicativos. Como se recordará, el [artículo 3 del Real Decreto-Ley 8/2017](#) modifica la regulación precedente sobre requisitos de formación profesional. Ahora se solicita el certificado de profesionalidad previsto en el anexo VIII del Real Decreto 988/2013, de 13 de diciembre. No obstante, el apartado 2 de aquel artículo 3 exime de dicha certificación a ciertos trabajadores, como los que acrediten el haber realizado, previamente a la entrada en vigor del real decreto-ley, más de 100 jornadas de trabajo en el servicio portuario de cualquier Estado de la Unión Europea.

Pues bien, para la denuncia sindical, tal regulación podría excluir a los trabajadores que, aun con la titulación exigida inicialmente, no tienen acumulada esa experiencia laboral portuaria. Asimismo, y en todo caso, la nueva regulación de capacitación profesional no ofrecería las debidas garantías de seguridad laboral frente a los riesgos profesionales, porque en

materia de formación prevé la posibilidad de homologar la certificación requerida con jornadas de trabajo realizadas en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, sin que se establezca una exigencia específica y precisa relativa a que sea expresamente en funciones de estiba y desestiba y con qué condiciones concretas de capacitación. Por lo tanto, la norma hoy prima la libertad de contratación, también en el ámbito comunitario, conforme a las libertades económicas, dejando en un segundo plano las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, con lo que también aquí habría disconformidad con las exigencias del artículo 6 del [Convenio núm. 137 OIT](#). A su juicio, la remisión específica a las normas relativamente armonizadas sobre seguridad y salud en el trabajo con carácter general o de derecho comunitario común no cubriría la garantía de protección de la seguridad y salud de forma específica para el trabajo portuario.

### 3.2. La posición inicial de los organismos de control de la efectividad del Convenio núm. 137: en espera de la información adecuada

¿Y qué dice la CEACR (comisión que, aun imparcial, refleja el principio tripartito y el dialógico que anima la existencia y la condición de ser de la entera OIT) ante tan contundente denuncia de disconformidad convencional de la nueva regulación nacional del trabajo portuario en aras de garantizar la competencia en el sector y en detrimento de la seguridad en el empleo portuario? Recuérdese que el cometido de la CEACR es realizar una evaluación técnica imparcial de la aplicación de las normas sociales internacionales del trabajo por parte de los Estados, efectuando dos tipos de comentarios:

- a) Observaciones. Comentarios sobre las cuestiones fundamentales suscitadas por la aplicación de un determinado convenio por un Estado, en este caso el [Convenio núm. 137 OIT](#) y para España. Estas observaciones [se publican](#) en el informe anual de la CEACR.
- b) Solicitudes directas. Aquí, los comentarios tienen que ver con aspectos concretos más técnicos y urgidos de mayor información. No se publican en el informe, sino que son objeto de comunicación directa a los Gobiernos concernidos. No obstante, sí pueden ser consultadas en las bases de datos de la OIT ([NORMLEX](#)).

Uno y otro tipo de comentarios han sido realizados en estos largos años por la CEACR a España, si bien son pocos. Para el [Convenio núm. 137](#), dos solicitudes directas (1989 y 1990) y cinco observaciones (Gárate, 2014, pp. 56-57).

En esta ocasión no formula la CEACR, al menos de momento, ninguna solicitud directa –como sí ha hecho respecto de las memorias de otros países, como Francia, Rusia, Afganistán, Iraq, Costa Rica ([Informe CEACR, 2019](#), p. 663)–, limitándose a observaciones que reclaman el envío de mayor información sobre el impacto social y laboral de la nueva regu-

lación –también realiza observaciones de requerimiento de más información, y no solicitudes directas, respecto de otros convenios, como el de agencias de empleo privadas, [núm. 181 \(Informe CEACR, 2019, p. 569\)](#)–. La batería de peticiones de información, siguiendo la técnica dialógica, no coercitiva, de control comunicativo de la efectividad del cumplimiento, que busca convencer y persuadir, ni vencer ni imponer, a diferencia de los órganos de control jurisdiccionales, es amplísima ([Informe CEACR, 2019, pp. 659-660](#)):

- información «detallada y actualizada sobre cómo se asegura bajo el nuevo régimen, el empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios (art. 2, párr. 1)»;
- sobre los «mínimos periodos de empleo e ingresos mínimos que se han asegurado a los trabajadores portuarios ocasionales como resultado de la implementación del nuevo régimen y de la negociación colectiva (art. 2, párr. 2)»;
- sobre «las modalidades en el nuevo régimen del trabajo portuario, de acuerdo con las cuales se establecen y llevan los registros [...] de trabajadores portuarios y de qué modo se asegura la prioridad a los trabajadores portuarios matriculados para la obtención de un trabajo en los puertos [...] (art. 3)»;
- «información detallada sobre las cuestiones planteadas por los interlocutores sociales [también en relación con la formación profesional], así como sobre los resultados del proceso de diálogo, incluido todo cambio en la manera en que se organiza el trabajo portuario en el país (art. 5)»;
- que «comunique una valoración general de la manera en que, en la práctica, se aplica el convenio en el país, incluyendo, por ejemplo, extractos de los informes y datos sobre el número de trabajadores portuarios y sobre las variaciones en su número a lo largo del tiempo».

En fin, no sorprende que la OIT sea el organismo internacional más «sabio» y «mejor informado» en lo social y laboral del mundo y que, con tanta información, y sumados a sus autorizados informes y estudios, cuente con la «mejor biblioteca especializada» del orbe. Pero ¿se espera de la OIT que sea la «autoridad más sabia sociolaboralmente» del mundo, también la más persuasiva y dialogante, o que haga valer su función por excelencia, la normativa, en tanto que principal «autoridad normativa internacional»?

Soy consciente de que este singularísimo mecanismo de control comunicativo, basado en el principio del diálogo y el intercambio de información, así como de recomendaciones y de sugerencias, cuenta con una historia casi centenaria y está en el ADN de la OIT, que defiende a ultranza, como su garantía no solo de ser, sino sobre todo de existir (en el mismo [Informe CEACR, 2019, p. 663](#), hace gala de ese método en relación con la reforma portuguesa, en análogo sentido liberal, a través de la Ley 3/2013, sobre el trabajo portuario; constata cómo el Gobierno portugués manda poca información al respecto, pero expresa su pertinaz esperanza de que en la próxima ocasión sí les envíe la pertinente, en tanto, a

esperar con paciencia...<sup>4</sup>). No obstante, no menos cierto es, como plantean los profesores Antonio Ojeda y Margarita Miñarro en sus diversas, y muy valiosas, aportaciones a este monográfico, que la OIT debe también revisar el sentido de este mecanismo en el actual sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales, en especial en ámbitos regionales como el europeo, donde su influencia tiende a ser cada vez menor, desplazada por otros niveles, como el comunitario, en el ámbito económico, poderoso donde los haya, y en el ámbito social, más pobre (Constitución Social de la Carta Social Europea), pero que se reivindica con una creciente pujanza (Comité Europeo de Derechos Sociales), como ilustra, con acierto, la profesora Salcedo en su [contribución](#) a este número.

## 4. Mientras tanto... ¿qué incidencia puede tener el nuevo real decreto-ley en el juicio de conformidad convencional internacional?: una reforma limitada en el tiempo

### 4.1. La nueva regulación exhibe espíritu social, pero lo «olvida» al delimitar su objeto

No cabe duda de que entre tanta información solicitada el Gobierno trate de oponer a la denuncia sindical de disconformidad el progreso que supone la nueva norma, que, tal como él mismo entiende y ha considerado la oposición, contrarreforma parcialmente la anterior, además de completarla. Y exhibirá así una situación de conformidad, sino en la «letra» –como hemos visto–, que no aparece, manteniendo la actitud de silencio sobre la existencia del [Convenio núm. 137 OIT](#), desplazado por el todopoderoso derecho comunitario de la competencia, al menos sí en el «espíritu de principios» –que exhibe con una profusión rayana en lo irracional, además de tedioso, el interminable preámbulo-cuento que lo precede–, dada la lógica de conciliación o justo equilibrio entre el alma económica –competencia– y el alma social –razón de tutela de las personas trabajadoras portuarias–. ¿Es así? ¿Las nuevas medidas atienden de una forma razonable el juicio de conformidad de la norma nacional con la internacional?

Aunque no podemos entrar aquí en profundidad sobre las diferentes medidas, algunas de las cuales ya han sido referenciadas, sí que debemos acercarnos someramente a las más relevantes, a fin de comprobar hasta qué punto el nuevo Gobierno-legislador atiende las –justas– reivindicaciones del sector. No solo de la parte sindical, que pide garantías mayores y mejores de seguridad en el empleo, también de la patronal, al menos la mayoritaria aún, que quiere una actividad socialmente pacificada a través de los acuerdos colectivos,

---

<sup>4</sup> ... que parece infinita. Obsérvese su actitud ante Guyana. La CEACR «toma nota con preocupación» de que, desde 2002, viene solicitando que comunique la información pertinente, sin recibirla. ¿Qué hace en 2019? «Espera» (paciente) que «la próxima memoria del Gobierno contenga información completa [...]» ([Informe CEACR, 2019](#), p. 661).

la fuente idónea, según el artículo 7 del [Convenio núm. 137](#), para realizar el justo equilibrio entre rentabilidad y protección exigida por su artículo 5. Curiosamente, aunque el preámbulo no se harta de recordar que aspira a una regulación conciliadora entre las libertades económicas y los derechos sociales, ambos fundamentales, siempre desde el prisma del derecho de la Unión Europea, sin el más mínimo recuerdo del [Convenio núm. 137](#), el artículo 1, cuando fija su objeto, tan solo hace referencia a la razón liberalizadora del trabajo portuario. En fin, predicar no es dar...

## 4.2. Los CPE como ETT y sus peculiaridades: menores garantías y mantenimiento de la regla de prioridad del convenio de puerto sobre el sectorial

El [artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2019](#) introduce una significativa reforma, más en lo cuantitativo que en lo cualitativo, todo sea dicho, de la regulación de las ETT<sup>5</sup>, a fin de facilitar el aterrizaje de los llamados CPE en el ámbito de la intermediación del trabajo portuario como auténticas ETT, facilitando esta calificación y asegurándoles un marco algo más adecuado por sus «particularidades». A esa regulación especial o particular se dedica el [nuevo capítulo V de la Ley 14/1994, de 1 de junio \(LETT\)](#). Se busca, pues, más seguridad jurídica, definiendo lo que son los CPE y delimitando su régimen jurídico, no muy disímil, en lo sustancial, de las ETT. En realidad, la reforma legal, algo excesivamente ufanada, se centra en señalar dos especialidades básicas:

- La limitación del ámbito funcional en el que van a poder operar los CPE exclusivamente al trabajo de estiba portuaria, frente al carácter multisectorial de las ETT ([art. 18.1 LETT](#)). A los CPE corresponderá la gestión indirecta de las relaciones de trabajo de estiba portuaria, así como la formación profesional de quienes prestan estos servicios.
- La incorporación a la plantilla de los CPE de un alto contingente de trabajadores con un contrato fijo –a raíz de la sucesión de empresa ex [art. 44 ET](#) en relación con el [art. 4.2 RDL 9/2019](#)–, lo que es una marcada diferencia con las ETT ordinarias.

Para formalizar esas especialidades –en particular que su personal será sobre todo de empleo indefinido, por la sucesión ex [art. 44 ET](#)–, la ley prevé, para los CPE, que deben estar autorizados en todo caso como ETT, reglas particulares que –pretendidamente, según cuenta el preámbulo– reforzarían su:

<sup>5</sup> Ya se ha recordado que las ETT son protagonistas también de otras observaciones de la CEACR, ahora en relación con el [Convenio núm. 181 OIT](#), por la denuncia sindical de la extremada privatización de los servicios de colocación, en virtud del acuerdo marco de cooperación público-privado, que desplazaría la acción de intermediación en el mercado más hacia lo privado que lo público. Aquí, las ETT ocupan una cuota de mercado cada vez mayor, tras convertirse en servicios integrales privados de empleo. *Vid. Informe CEACR, 2019*, pp. 568-569.

- a) estructura organizativa [es paradójico que se exija, de inicio, como mínimo 2 trabajadores de estructura con contrato indefinido al CPE –[art. 18.2 b\) LETT](#)–, cuando se exigen 3 al menos para la ETT «normal» –[art. 2.3 in fine LETT](#)–];
- b) su garantía financiera [aquí no hay diferencia apenas con el [art. 3 LETT](#)];
- c) así como sus obligaciones de transparencia, con el doble fin de evitar que supongan un elemento de distorsión del mercado, por un lado, y que mejoren la eficacia en la gestión de las relaciones de trabajo portuario (contratación y desarrollo del servicio). La verdad, honestamente, no soy capaz de hallar diferencias relevantes con las normas comunes ([capítulo II LETT](#)), a las que remite el [artículo 19.2 de la LETT](#). Si acaso, el mayor vigor de las remisiones a la negociación colectiva, para fijar las formalidades y modelos –así como para la fijación de criterios de conversión de empleo temporal en indefinido–, a diferencia del favor por la remisión reglamentaria en el régimen común (respecto de las formalidades contractuales).

Precisamente, el [artículo 20.4 de la LETT](#) clarifica que las remisiones a la negociación colectiva lo son únicamente al sector de la estiba (por tanto descarta la aplicación del convenio sectorial de ETT –[VI Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal](#)–, cuyas condiciones de empleo y de trabajo son muy inferiores a las que disfrutaban los trabajadores portuarios, aun en gestión indirecta). No hay sentido práctico relevante a esta norma legal, pues va de suyo. Pero sí resulta muy llamativa, en el actual contexto político, la segunda clarificación que realiza, en la que lejos de remitir, como sería previsible, al convenio del sector de la estiba, a partir del que debería fijarse la ordenación de prioridades de fuentes convencionales (estructura colectiva), recuerda que sigue vigente y que parece no tener intención alguna de cambiar, al menos para el sector de la estiba, el [artículo 84.2 del ET](#). Por eso, de conformidad con la [disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 8/2017](#), se pone el acento en los convenios de puerto, expresión práctica de esa nueva unidad de negociación colectiva de redes de empresas prevista en el [artículo 87 del ET](#), desde la reforma laboral de 2010, y que, al igual que la unidad de empresa o la de grupo, tiene prioridad sobre cualquier otra, incluida la sectorial estatal, en el catálogo de materias incluidas en la norma legal. Como es sabido, este listado de preferencias convencionales de empresa no incluye la subrogación ([Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 333/2017, de 20 de enero](#), que niega prioridad al convenio de empresa multiservicios en relación con la obligación de subrogación en una contrata).

### 4.3. El favor por un uso flexible del poder empresarial de gestión del trabajo portuario: ¿un paradigma legal de flexiseguridad negociada?

Vimos cómo la CEACR toma buena nota de la denuncia sindical del exceso de celo que habría puesto el nuevo legislador español no ya solo en la libertad de contratación, eliminan-



do toda prioridad en garantía de la seguridad en el empleo de los trabajadores portuarios, sino también en la libertad de empresa (hoy derecho económico fundamental comunitario ex art. 16 [CDFUE](#), como recuerda una y otra vez el TJUE). De ahí que le planteen a la CEACR que este nuevo régimen legal quebraría el principio de equilibrio al que llama el artículo 5 del [Convenio núm. 137](#), al que ya se ha hecho referencia, exigiendo que la –inexorable e irrefrenable– defensa de la mejora del rendimiento del trabajo que pueda ofrecer la implantación en el sector de nuevos sistemas organizativos y productivos de los servicios portuarios, también de estiba, no se haga a costa del sacrificio de los beneficios sociales, tanto de los trabajadores portuarios como del entero conjunto social en el que el sistema portuario se inserta. Según la propia CEACR evidenció en su valoración general de la pertinencia (adecuación o actualidad) del convenio, vetusto en su origen y continuamente «amenazado» de peticiones de revisión, a los «tiempos modernos», el [Convenio núm. 137 OIT](#) no es ajeno a la transformación continuada en los sistemas y métodos del trabajo portuario, de ahí la doble finalidad que lo animaría ([Estudio general CEACR, 2002](#), p. 104 –párr. 228–):

- a) Prever, anticipando, para su mejor ordenación y control, las fluctuaciones que se produzcan en la actividad portuaria, inherentes a los procesos de modernización de todos los puertos del mundo, aun de forma desigual.
- b) Priorizar, aun en el contexto de modernización (eufemismo para sintetizar libertad y privatización del sector), los principios de protección, justo atendiendo a esas «circunstancias de modificación sustancial de las características» de su empleo.

Para los órganos de verificación de la conformidad de una legislación y praxis nacional con la norma social internacional, siempre evaluada en su contexto socioeconómico, de lugar y de tiempo, la necesaria flexibilidad de los mecanismos técnicos de garantía no puede servir de excusa para erosionar los fines de protección a los que sirven, asegurando el justo equilibrio también en este ámbito ex artículo 5 del [Convenio núm. 137](#). Ninguna norma más útil para esta compleja, difícil e inestable, pero inexorable misión, que la negociación colectiva (art. 7 [Convenio núm. 137](#)).

En este contexto marcadamente liberalizador, el [artículo 3.1](#) reafirma –es una norma, una vez más, solo declarativa, nada añade al derecho precedente– la titularidad de las empresas de estiba portuaria del poder de dirección en su integridad, en los mismos términos que cualquier otra empresa ex [artículo 20 del ET](#). Por supuesto, si la empresa elige una forma de gestión triangular o indirecta, a través de CPE o ETT autorizados a tal fin, ya no tendrá un ejercicio íntegro de todas esas facultades, pues esta modalidad implica una cierta distribución de poderes, conforme a la LETT. Sorprende, pues, solo explicable por el ímpetu liberalizador del Gobierno-legislador, que el artículo 3.1, inciso final, afirme que «idénticas facultades le corresponden a la empresa en el caso de que la contratación de los trabajadores portuarios se haya realizado por medio de centros portuarios de empleo o empresas de trabajo temporal». Es obvio que si contrata a través de estos sujetos intermediarios ya no tiene la condición de empleador directo, sino de empleador indirecto, por lo que no tendrá las facultades de contratación, ni las de despido, aunque sí la de control y denuncia ante el

empleador directo. En suma, será de aplicación la LETT, en tales casos, sin especialidades relevantes, por lo que no se trataría más que de un exceso literario.

Puramente declarativa sería también la precisión que se hace en el apartado 2, si no fuese por el cambio tan radical que supone respecto del modelo «proteccionista» anterior: «2. Entre las facultades de dirección [...] se entiende incluida la de designar al personal necesario para realizar cada una de las actividades portuarias». Naturalmente, la nueva norma, otra vez fiel a su nuevo espíritu liberalizador y productivista, recordará que la ley solo marca un nivel mínimo de flexibilidad, pero que cabe, incluso auspicia, el establecimiento de mayores niveles de flexibilidad «que permitan garantizar la mejora de la productividad». Para eso debe acudir a la negociación colectiva (en los términos del ET, incluidas, lo resalta de nuevo, las reglas de prioridad aplicativa actuales), que procurará también, se presume, que el incremento de la productividad vaya acompañado de «calidad del empleo». Sin embargo, a diferencia del espíritu del convenio OIT (en la formulación de la vigilante y paciente CEACR), la defensa de la norma económica comunitaria (art. 101 [TFUE](#), más preciso que el corrector social ex art. 145 [TFUE](#)) le llevará a abundar en nuevas letras legales de flexibilización laboral –no hace sino plasmar en letra de ley la propuesta del mediador, que se deroga, por asumirla–:

3. De acuerdo con los principios de regulación [...] favorecedora de la competencia, y siempre cumpliendo las normas de prioridad aplicativa de los convenios que establezca el Estatuto de los Trabajadores [enésima reiteración de que no quiere cambiar nada de la reforma laboral], [...] podrán acordar, entre las medidas complementarias para la mejora de la competitividad de los puertos, reglas sobre la adscripción del personal a las tareas portuarias, estabilidad [...] en el empleo, regulación del tiempo de trabajo, movilidad funcional y polivalencia, [...], entre otras.

¿Que tras tres reiteraciones en un precepto no queda claro que la autonomía colectiva puede mejorar la competitividad de los puertos y las empresas que operan en ellos a través de la flexibilidad de gestión del trabajo portuario? No importa, todavía quedará espacio para una letra más, el apartado 4, en el que se reafirmará que «las medidas de flexibilidad que se pacten se podrán incorporar a los acuerdos laborales o a la negociación colectiva en la forma y condiciones que las partes acuerden». ¿Qué sentido técnico tiene este precepto? Ninguno, es pura redundancia, pero el Gobierno-legislador realiza un aviso a navegantes, también mira de reojo a Bruselas, a la Comisión, para que no dude en su compromiso ferviente con el evangelio de la competencia, la flexibilidad y la productividad.

#### 4.4. La habilitación legal de la garantía convencional sectorial de subrogación: problemas de su carácter excepcional y transitorio

Sin duda, la máxima expresión jurídico-laboral de un modelo de justo equilibrio entre flexibilidad y seguridad está en la técnica de subrogación empresarial, en la medida en que

se facilita el flujo continuado de trabajadores entre diversas unidades organizativas sin que ello quiebre la seguridad en el empleo. Por eso la figura estrella de la propuesta de mediación, de conformidad con la pretensión sindical, era la subrogación, y por eso los negociadores lograron un acuerdo a tal fin, y también ha sido la principal innovación, sin duda, que aporta, como ya se refirió, el nuevo real decreto-ley ([art. 4](#)). Para no repetir cuestiones ya vistas, bastará con el recordatorio del sentido profundo de esta decisión gubernamental-legislativa: frente al criterio de las autoridades reguladoras de la competencia, que rechazan la subrogación del personal de estiba portuaria obligatoriamente por las empresas de manipulación de mercancías a tal fin, pues la ley buscaría como principal efecto esta liberación de «carga de mano de obra», lo que redundará en una sustancial bajada de costes laborales (hoy superior al 50 % del total de la actividad), la norma, siguiendo la recomendación del mediador político-laboral, autoriza el mecanismo de la subrogación. Eso sí, lo hace como garantía excepcional y transitoria, después del cual no podrán los convenios continuar, para trabajadores de nueva contratación, con tal garantía de seguridad en el empleo. En otro caso, sucumbirán ante el rayo fulminador del Real Decreto-Ley 9/2019 ([disp. adic. segunda](#) –apdo. 2–, sin opción de adaptación –apdo. 1–).

Naturalmente, como también se ha señalado, la legitimidad de tal previsión legal pasa, de un lado, por la calificación como sucesión de empresa –incluida su modalidad típica de sucesión de plantilla– de los diferentes supuestos. De serlo, conforme a la [Directiva 2001/23](#), a la que oportunamente se apela en el preámbulo, también en el artículo 4, es evidente que la ley no podría limitar la vigencia temporal de una norma comunitaria.

Ahora bien, esa calificación solo es cierta o segura para el supuesto del apartado 3, el de la transformación de la SAGEP en CPE, pero no para el supuesto del apartado 2, relativo al ejercicio del derecho de separación de las empresas accionistas de la SAGEP, negando la CNMC tal calificación, pese a que no queda suficientemente claro jurídicamente, a la luz de la más reciente jurisprudencia del TJUE. Es manifiesto que no hay identidad de la actividad económica que se transmite, pero no menos cierto es que la transmisión de un número suficientemente significativo de trabajadores podría habilitar la aplicación del [artículo 44 del ET](#). En otro caso, si se trata de una subrogación convencional sin asunción de una parte esencial de plantilla (que llevaría al [art. 44 ET: doctrina Somoza Hermo](#) –por ejemplo, [STS de 27 de septiembre de 2018, rec. 2747/2016](#)–), la directiva no entraría en juego y, en consecuencia, el legislador nacional no tendría un límite de índole comunitario. No podemos ir más allá aquí, tiempo habrá para mayores profundidades.

Pero, de otro lado, y al margen de la conclusión que se obtenga de la primera cuestión, parece claro que podría plantearse un problema de constitucionalidad. La autonomía colectiva tiene un poder originario constitucional –[art. 37](#) en relación con el [art. 28 CE](#)–, además de legal –[ex art. 85 ET](#)–, para regular mediante acuerdo las condiciones de empleo –como la subrogación– y de trabajo que tenga a bien establecer, siempre, por supuesto, que no contradiga lo previsto en una ley. Esa ley sería ahora el [artículo 4.4 del Real Decreto-Ley 9/2019](#), y podría serlo el [artículo 4.1 de la LDC](#), según la CNMC, que considera que este

tipo de asuntos exceden, salvo previsión legal, la competencia convencional. Pasada la habilitación legislativa, quedaría excluida la facultad convencional. Ahora bien, ¿una exclusión de ese tipo tiene suficiente amparo constitucional?

Podría concluirse que la limitación legal lo es en aplicación estricta del artículo 101 del [TFUE](#) (libertad de competencia), incluso de la doctrina del TJUE, y, en consecuencia, la limitación legislativa sería razonable, obedecería a una razón más que justificada. Ahora bien, a mi juicio, es muy dudoso ese amparo comunitario, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, más allá de la materia de la transmisión de empresa (si bien sirve para sostener la legitimidad comunitaria de este tipo de negociaciones colectivas), porque, tratándose de materia laboral, la negociación colectiva está exenta del control de competencia, por obedecer a razones de interés general ([STJCE de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, asunto Albany](#); [STJCE de 3 de marzo de 2001, C-437/09](#)), como el preámbulo del real decreto-ley reconoce, pero dotándolo de efectos limitados en el tiempo. En cambio, como se viene resaltando insistentemente en este análisis, la garantía colectiva es un principio esencial del sistema de normas internacionales ratificado por España, pues está en el ADN del [Convenio núm. 137 OIT](#). Por lo tanto, en virtud del [artículo 10.2 de la CE](#), los artículos 37 y 28 de la CE deberían asumir un sentido expansivo en este caso, y no restrictivo, como les otorga el legislador, aun exhibiendo un –solo pretendido– espíritu social apagado demasiado pronto.

Sin entrar tampoco aquí en más honduras, sí conviene terminar este epígrafe con una idea que entiendo también olvida el nuevo legislador. En buena medida, se parte de que la regla de subrogación es contraria al derecho de la competencia porque introduce una rigidez en el sistema incompatible con las libertades económicas, también con la libertad de empresa. Pero, como ya se desarrolló en un momento anterior ([Molina, 2017](#), pp. 117 y ss.), el TJUE ha venido desplegando un principio de adaptabilidad de las relaciones de trabajo al interés de la rentabilidad de gestión empresarial que incluye el ámbito de la subrogación laboral, en el sentido de no considerar la continuidad de las relaciones de trabajo ni como una obligación de mantener todos y cada uno de esos empleos, si median causas organizativas y productivas que aconsejan la regulación de empleo, ni tampoco de sostener las mismas condiciones de trabajo, si concurren causas que autorizan su novación.

En efecto, el TJUE ha asumido esa protección dinámica de la seguridad en el empleo, en aras de la protección al tiempo de la libertad de empresa ex artículo 16 de la [CDFUE](#) y del principio de justo equilibrio ([STJUE de 27 de abril de 2017, C-680/15 y C-681/15](#)). Una línea seguida también en la [STJUE de 7 de agosto de 2018, C-472/16, asunto Colino Sigüenza](#), que asume la legitimidad de un despido colectivo aun en el contexto de un supuesto que exige la transmisión de empresa. Por eso, si la empresa de manipulación de mercancías portuarias tuviese a raíz de la subrogación un excedente de plantilla, no está inerte, sino que o puede resolver contratos ex [artículo 52 c\) del ET](#) o puede novar las condiciones de trabajo ex [artículo 41 del ET](#), como asume la [STS 4/2019, de 8 de enero](#) (en el caso de una sucesión en un servicio de seguridad privada). Y si constata que los trabajadores que subroga o no tienen la capacitación profesional requerida o no se adaptan a los sistemas de trabajo por-

tuario de hoy, pues podrá acudir a la vía del [artículo 52 a\) del ET](#). ¿Hay alguna razón seria para que lo válido en un periodo de tiempo no siga siéndolo para todas las relaciones de trabajo portuario, al margen del momento en que se establezcan? Yo no la veo.

#### 4.5. Capacitación y prácticas profesionales no laborales: ¿impulso de la «formación dual» en el trabajo portuario para insertar a jóvenes?

Hemos recordado cómo la CEACR ha tenido que afrontar la crítica-denuncia sindical también de la reforma legal de los requisitos de capacitación profesional, otro de los aspectos esenciales del [Convenio núm. 137 OIT](#) (art. 6), en la medida en que generaría algunas disfunciones en su aplicación, en especial a la hora de acreditar la experiencia laboral exigida. El nuevo real decreto-ley no ha querido desaprovechar tampoco la ocasión para incidir en este aspecto. A tal fin, su [artículo 5](#) modifica el artículo 3.1 del Real Decreto-Ley 8/2017.

El propósito de esta modificación, como explica el preámbulo, es facilitar que aquellos alumnos que se hallen cursando el certificado de profesionalidad exigido (el de «Operaciones portuarias de carga, descarga, desestiba y transbordo», anejo VIII del [RD 988/2013](#) e incluido en la familia profesional marítimo-pesquera) puedan, a través de un contrato para la formación y el aprendizaje ex [artículo 11 del ET](#), obtener un doble beneficio, en consonancia con las ventajas de la formación en alternancia con el empleo, sistema hoy particularmente demandado, social y también empresarialmente. A saber: realizar una prestación de servicio de estiba, de un lado, y acreditar las horas necesarias para el módulo de prácticas laborales no profesionales, de otro. En la redacción anterior del artículo 3.1 del Real Decreto-Ley 8/2017, se preveía que tal certificado «requerirá en todo caso la realización de unas prácticas profesionales no laborales en instalaciones portuarias en los términos que reglamentariamente se determine». Pues bien, este (segundo) párrafo desaparece, y es sustituido por el siguiente, que favorecería la inserción de los jóvenes en la actividad portuaria, buscando ya –como se recordará expresó el legislador de coyuntura de 1986 en su preámbulo, apelando a las bondades del mecanismo de la jubilación forzosa y las alternativas al rejuvenecimiento de las plantillas– la sustitución de la «vieja sabia laboriosa portuaria» por «la nueva»:

También podrán realizar actividades incluidas en el servicio de manipulación de mercancías los trabajadores pertenecientes a los grupos profesionales 0 (auxiliar) y I (especialista) del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba [...], o los que en el futuro los sustituyan, que, bajo un contrato para la formación [...], se encuentren cursando el certificado de profesionalidad definido anteriormente, en alternancia de la formación teórica con la actividad laboral retribuida. A través de la actividad realizada con este contrato [...] quedarán acreditadas las horas correspondientes al módulo de prácticas profesionales no laborales necesario para obtener el certificado de profesionalidad «Operaciones portuarias de carga, estiba, descarga, desestiba y transbordo-Nivel 2».

## 5. Conclusiones: mirando al futuro (competitivo), sin complacencia (proteccionismo) ni olvido del espíritu social (justo equilibrio) del pasado

Recordaba, entre la oportunidad y la nostalgia, la CEACR en su último informe anual de aplicación (2019) de las normas internacionales de la OIT que conmemorar un centenario para una institución jurídica siempre debe mover a la «reflexión», a medio camino entre la necesaria felicitación por tan esplendorosa historia y la conciencia crítica, de modo que no se convierta en «excusa para la complacencia». La CEACR encuentra más motivos para la «tranquilidad» (consolidar el brillante legado) al entrar en su segundo siglo que para la «zozobra» (revisión).

No pretendo aquí realizar esa reflexión para tan extenso e intenso sistema normativo sociolaboral internacional, en buena medida ya efectuada, de forma sugerente, por parte de la profesora Miñarro, en el [editorial](#) que encabeza este monográfico y que ella misma ha coordinado y dirigido hacia un magnífico puerto, como los lectores habrán comprobado hasta el momento, al menos hasta llegar al inicio de mi análisis. Más limitadamente pretendo hacer, muy someramente, ese ejercicio en relación con una norma internacional específica, y sin duda muy singular, como es su [Convenio núm. 137](#) (hogaño trabajadores portuarios, antaño «cargadores de muelles», inmortalizados en el personaje representado por Marlon Brando en el clásico de cine *La ley del silencio*). Pese a no tratarse de un convenio fundamental, ni siquiera figurar en el elenco de los plenamente actualizados, manteniendo un estatus ciertamente ambiguo, en el que ni está sometido realmente a revisión ni deja la «situación provisoria» (en el arcano argot de la OIT se trata de una categoría que sin estar plenamente al día no deja de ser pertinente), es uno de los que mejor reflejarían en la actualidad el «espíritu social» de normas de la OIT: a la luz de una absoluta consciencia de la realidad de cambio económico-productivo, mantendrá, aun sabiendo las presiones a las que se halla sometido por los movimientos de liberalización, la defensa de sus «principios» (protección), sin perjuicio de asumir la necesaria flexibilidad de las formas técnicas que asuman sus garantías, sin duda más moldeables que en el pasado.

Suele repararse poco en el subtítulo que reza en su presentación: «Convenio sobre las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos». En el [Estudio general de la CEACR de 2002](#) se pone de relieve que la norma surgió para establecer un modelo de afrontar el impacto social de los cambios en los sistemas de organización y gestión de los servicios portuarios, que, por continuos, requieren anticipación y equilibrado social. Pese a su máxima autoridad científica, no puedo compartir la crítica de quien sitúa el punto débil del [Convenio núm. 137](#), y en parte la principal razón de su eventual desfase, en la pretensión de imponer un sistema de registro de trabajadores portuarios, como garantía necesaria (recuerda el absurdo debate sobre el nuevo registro de la jornada, sobre el que ya tuve oportunidad de pronunciarme en el [editorial del número anterior](#)), porque, en el fondo, no se escondería sino un sistema de monopolio profesional (Rodríguez-Piñero, 2002, pp. 14-15; Rodríguez, 2018, p. 107). Precisamente, sobre este mismo defectuoso en-

tendimiento de la garantía técnica de efectividad del principio jurídico, la Comisión Europea, en su posición crítica, luego recogida por la [STJUE de 11 de diciembre de 2014](#), defenderá que no es posible oponer el [Convenio núm. 137 OIT](#) al artículo 101 del [TFUE](#). Al igual que uno de los países con el sistema portuario más competitivo del mundo, Holanda, denunció en 2006 el convenio, quedando una buena parte de los puertos más rentables de la Unión Europea fuera de su ámbito (como los alemanes).

Literalmente, la CEACR, que es el órgano técnico e imparcial, también tripartito, que ha de velar no solo porque se cumplan los convenios de la OIT, sino también por valorar en cada momento su pertinencia, aunque sea a encargo del departamento que se ocupa de forma expresa de la política de revisión normativa –que es «otro negociado», de los muchos que tiene la OIT–, afirmó en 2002, como ya se ha comentado, que la garantía del registro debe o bien entenderse de forma muy flexible o bien, literalmente, desecharse si en el sistema nacional hay «protecciones alternativas equivalentes» ([Estudio general CEACR, 2002](#), p. 105 –párr. 233–). Consecuentemente, tan válida es la afirmación que prohíbe oponer el [Convenio núm. 137 OIT](#) al artículo 101 del [TFUE](#), como aquella que debería prohibir oponer este a aquel. Es incomprensible la posición de la CNMC, que amenaza con sanciones de cuantía elevada a los sujetos negociadores, solo por buscar el justo equilibrio al conflicto entre el interés al rendimiento productivo –legítimo, y necesario– y el no menos legítimo y necesario interés a la seguridad en el empleo, cuando estos no solo llaman al espíritu del [Convenio núm. 137 OIT](#), sino al propio aliento dado por el TJUE ([STJUE de 27 de abril de 2017](#)).

No deseo reeditar el debate hermenéutico, reflejado por el egregio romanista Álvaro d'Ors (1986), sobre la antítesis paulina, magistral simbología de la permanente lucha entre «la letra» (vieja) y el «espíritu» (nuevo), sea en el interior de una misma ley, sea en la interacción, entre dialógica y conflictiva, de dos leyes distintas –aquí el [Convenio núm. 137 OIT](#) y el art. 101 [TFUE](#)–, una más «antigua» y otra más «moderna». Tan solo pretendo dejar constancia, ahora que ha sido reactivado el mecanismo comunicativo de control del cumplimiento por el Estado español del [Convenio núm. 137 OIT](#), ante la denuncia sindical por disconformidad convencional ex [artículo 96 de la CE](#), lo que evidencia que ese convenio está muy vivo para la CEACR y para la OIT, y que el Gobierno-legislador español ha promovido una nueva intervención legislativa más conciliadora, aunque limitada en el tiempo, en la línea de favorecer la ordenación convencional equilibradora entre lo social y lo económico, de que ese, y no otro, es el sentido del [Convenio núm. 137 OIT](#). Por tanto, así entendido y no de otro modo (formalista, literal), resulta plenamente pertinente en sus principios (espíritu), aunque esté viejo en sus letras (garantías textuales). El [Convenio núm. 137 OIT](#) no es la expresión de ninguna voluntad de preservar un ámbito jurídico-laboral privilegiado, sino mera proyección del deseo de neutralizar los efectos perjudiciales de las características intrínsecas de su trabajo históricamente (irregularidad y peligrosidad), para hacer equivaler su protección a la del resto de los trabajadores. Por lo tanto, ninguna norma puede ya mantenerlos al abrigo de las tendencias de flexibilización organizativa y de gestión. Ahora bien, tampoco el artículo 101 del [TFUE](#) puede instrumentarse para promover lo contrario, un retorno a la precarización propia de un sector que requería hace décadas mano de obra ocasional y poco cualificada.

Desde esta perspectiva de un futuro mucho más comprometido con la competitividad, la misma OIT viene insistiendo en que se necesitan trabajadores portuarios más productivos, en un entorno de automatización que irá reduciendo inexorablemente su número. Pero una cosa es que deban ser más productivos (rentables) y otra que simplemente deban ser más baratos (modelo de devaluación), para que la equiparación entre todos los trabajadores lo sea a la baja, en vez de al alza, que sería lo razonable (modelo de calidad en el empleo para todas las personas trabajadoras). A tal fin, la constante llamada a la negociación colectiva puede ser el mejor instrumento para reencauzar esta exigencia. En todo caso, no será esta la última intervención legal sobre tan polémico sector sociolaboral. Demos tiempo al tiempo.

## Referencias bibliográficas

- D'Ors, A. (1986). La letra mata, el espíritu vivifica. Recuperado de <<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/5965/1/ALVARO%20D'ORS.pdf>> (consultado el 8 de abril de 2019).
- Estudio general CEACR. (2002). Conferencia Internacional del Trabajo, 90.<sup>a</sup> reunión 2002. Informe III (Parte 1B). Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Recuperado de <[https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2002-90-1B\)126.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2002-90-1B)126.pdf)> (consultado el 8 de abril de 2019).
- Gárate Castro, F. J. (2014). Elementos para una valoración del grado de efectividad de las disposiciones de los convenios específicos sobre el trabajo portuario adoptados por la OIT y ratificados y no denunciados por España. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 112, 51-76.
- Informe CEACR. (2019). Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2019. ILC. 108/IIIA. Recuperado de <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_670148.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_670148.pdf)> (consultado el 8 de abril de 2019).
- Molina Navarrete, C. (2017). Libertad de empresa, seguridad en el empleo y «subrogación adaptativa»: a propósito del «desregulador» nuevo régimen de la estiba. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 411, 105-124.
- Ojeda Avilés, A. (2018). El exótico anexo del real decreto-ley de reforma de la estiba. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 424, 15-40.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2002). Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 3-18.
- Rodríguez Ramos, P. (2018). El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 142, 79-108.