



La impugnación del IV Acuerdo Marco de la Estiba: un problema laboral con solución mercantil

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático de Derecho del Trabajo

aojeda@us.es | <https://orcid.org/0000-0002-5752-365X>

Extracto

Se analiza en el presente estudio el terremoto producido en el sector de la estiba por la Sentencia de la Audiencia Nacional 127/2021, partiendo de las peculiaridades de ella misma y de un inocultable seguidismo ante la doctrina de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Se analizan los dos grandes argumentos en que se apoya, como son la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de diciembre de 2014 y la no posibilidad de subsunción de la sucesión de plantillas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, para efectuar una reflexión sobre el contraste entre el *erga omnes* de los convenios colectivos y las prácticas monopolísticas, y terminar con una crítica a la declaración de inconstitucionalidad de la disposición adicional séptima por discriminatoria.

Palabras clave: IV Acuerdo Marco de la Estiba; discriminación; estiba; subrogación convencional de plantillas.

Fecha de entrada: 05-07-2021 / Fecha de aceptación: 05-07-2021

Cómo citar: Ojeda Avilés, Antonio. (2021). La impugnación del IV Acuerdo Marco de la Estiba: un problema laboral con solución mercantil. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 27-52.



The challenge to the IV Framework Agreement on Stowage: a labor problem with a commercial solution

Antonio Ojeda Avilés

Abstract

The earthquake produced in the stowage sector by the ruling of the National Court is analyzed in this study, based on its peculiarities and an undeniable follow-up to the doctrine of the National Commission on Markets and Competition. The two main arguments on which it supports are analyzed, such as the doctrine of the European Court of Justice in its judgment of December 2014 and the non-possibility of subsumption of the succession of staffs in article 44 ET, to make a reflection on the contrast between the *erga omnes* effect of collective agreements by majority and monopolistic practices, and end with a criticism of the declaration of unconstitutionality of the additional provisions 7th as discriminatory.

Keywords: IV Framework Agreement on Stowage; discrimination; stowage; conventional subrogation of personnel.

Citation: Ojeda Avilés, Antonio. (2021). The challenge to the IV Framework Agreement on Stowage: a labor problem with a commercial solution. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 27-52.



Sumario

1. Descripción de la sentencia
 2. Actores y modelos en las relaciones laborales de la estiba portuaria
 3. Dos grandes argumentos fallidos
 - 3.1. La sentencia condenatoria del TJUE
 - 3.2. La no subsunción en el artículo 44 del ET de la subrogación forzosa de personas estibadoras
 4. Convenios *erga omnes* y monopolio mercantil
 5. La inconstitucionalidad de la transmisión convencional
- Referencias bibliográficas

1. Descripción de la sentencia

Por demanda de la Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias (ASOPORT) se abre procedimiento por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) contra las organizaciones colectivas ANESCO (Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias, ahora de Estibadoras y Centros Portuarios de Empleo), patronal mayoritaria en el sector de la estiba portuaria de los puertos estatales, y CETM (Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar), federación mayoritaria de personas trabajadoras portuarias, junto a las federaciones minoritarias del mismo sector pertenecientes a UGT, CC. OO., ELA, LAB y CIG como negociadoras y firmantes del IV Acuerdo Marco de la Estiba (AME). El motivo alegado para pedir la nulidad de varios artículos y de la disposición adicional séptima de dicho AME consiste en la infracción del Real Decreto-Ley (RDL) 8/2017 y RDL 9/2019, así como del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-576/13).

La sentencia otorga a la accionante todos sus *petita*¹. La acción se basa en el procedimiento de impugnación de convenio por ilicitud, artículos 163 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

El rasgo más palmario de la sentencia consiste en el detallismo y minuciosidad en el relato de los hechos, que se van desgranando a lo largo de apretadas y numerosas páginas, así como en la descripción de la evolución de las normas que han regulado en los últimos tiempos el trabajo de la estiba portuaria. Lo cual, siendo un mérito inapelable de la sentencia, la convierte en farragosa por su difícil lectura, pues habiendo podido omitir los contenidos de acuerdos, sentencias y leyes, el texto se demora en cambio en precisar sus entresijos, que distingue de la voz propia mediante la adopción de cursivas para los textos extraños, lo que no siempre deja claras las distinciones. Hay también reiteraciones de cierta enjundia, como la producida cuando la sentencia analiza los artículos impugnados del IV AME e inserta sus textos completos, que ocupan varias páginas del fundamento jurídico noveno², aunque también en la prolijidad con que describe las actuaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), y los amplios párrafos de varias

¹ Se trata de la nulidad del artículo 18. Lo pedido por la accionante aparece en el antecedente tercero y en el fallo de la sentencia.

² Hay reiteraciones en algunos casos entre los hechos probados y los fundamentos jurídicos, como sucede con la traslación de la disposición adicional séptima, en el hecho probado tercero, que se inserta con ampliaciones posteriores en el hecho probado décimo sexto, y después en el fundamento jurídico sexto.

sentencias. Pero en resumidas cuentas este método tiene un valor incuestionable porque, a pesar de su aridez, sienta en línea recta los hechos y los conecta con las normas y con la actuación de las autoridades administrativas a partir de la STJUE de 2014 y hasta prácticamente nuestros días: quien piense que un periodo de solo 7 años no es nada para un debate jurídico de envergadura se equivoca cuando nos referimos a la estiba portuaria, un sector de enorme conflictividad en el pasado con cada paso adelante de las invenciones técnicas que se inician con la mecanización de los muelles debido a las grúas, después con la automoción de los ro-ro y por último con la digitalización de las operaciones. Lejos queda el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) número 137 que en 1973 terció para evitar la galopante precariedad o *casualization*³ y la conflictividad concomitante en los puertos y defendió un registro y una prioridad en el empleo de las personas estibadoras que muestra bastantes similitudes con el registro y la prioridad del sistema español de las últimas décadas hasta 2017⁴.

Si avanzamos más allá de los aspectos formales y ahondamos en sus rasgos esenciales, la sentencia hace gala de un «frenesí anulatorio o derogatorio», como lo ha llamado Goerlich Peset (2021a), al haber atendido íntegramente a las peticiones de la parte demandante, incluso aunque los artículos anulados hubieran ya perdido eficacia en ese momento y la sentencia tuviera sobre ellos un efecto merodeclarativo. En realidad, lo verdaderamente en vigor era la

³ Decía su exposición de motivos:

Considerando que se han producido y siguen produciéndose importantes cambios en los métodos de manipulación de cargas en los puertos –por ejemplo, la adopción de unidades de carga, la introducción de sistemas de transbordo horizontal (*roll-on/roll-off*) y el aumento de la mecanización y de la automación– y en el movimiento de mercancías y que se espera que en el futuro tales cambios adquieran aún más importancia.

El convenio vino ratificado por 25 países, siendo 6 los europeos: España, Francia, Italia, Países Bajos (que después lo denunció), Noruega y Finlandia.

⁴ Artículo 2.

1. La política nacional deberá estimular a todas las partes interesadas a que, en la medida de lo posible, se asegure el empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios.
2. 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.

Artículo 3.

1. Deberán establecerse y llevarse registros para todas las categorías de trabajadores portuarios, en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales.
2. Los trabajadores portuarios registrados deberán tener la prioridad para el trabajo portuario.
3. Los trabajadores portuarios registrados deberán manifestar que están disponibles para el trabajo en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales.

Sobre la extinta relación laboral especial de los estibadores puede verse Ballester Pastor (2014); Fernández Avilés (2017); Rodríguez Ramos (1997).

disposición adicional séptima, que estaba sirviendo para la conversión sin problemas de las anteriores sociedades anónimas de gestión de empleo portuario (SAGEP) en centros portuarios de empleo (CPE). Ese frenesí anulador podía haberse explicado bajo esa perspectiva, de su realidad puramente pedagógica en la mayoría de su contenido, pero tal parece como si la sentencia pretendiera una intención disuasoria, dada la cantidad de veces que en su texto habla del «monopolio» de las SAGEP, de nuevo detectado por Goerlich Peset (2021a)⁵, cuando en realidad lo existente es una prioridad de empleo en el sentido del Convenio OIT 137. Y como indica Molina Navarrete (2021, p. 30), las reglas de mercado defendidas a ultranza por la autoridad de defensa de la competencia se imponen a la dimensión de institución social del mercado de trabajo, como si fuera un mercado de bienes y servicios más.

La epifanía de la sentencia, su apoteosis final, explica la necesidad de hacer sonar los atabales, porque su decisión es fuerte y alcanza al nivel de la Constitución. Lo dice una revista de los cargadores opuestos al sistema negociado:

[...] la Audiencia Nacional hace un durísimo pronunciamiento, como continuación del expediente sancionador de la CNMC de septiembre de 2020, y calificándola en la sentencia de «inconstitucional», de «atentado a las libertades» y de herramienta para «perpetuar el monopolio en la contratación» en el sector de la estiba (Asociación de Cargadores de España, 2021).

Pero no es solamente una intención uniformadora entre el texto y el fallo comenzando por el revés, en el sentido de buscar la correspondencia entre el cuerpo y el desenlace; se trata, además, y quizá sobre todo, de que la sentencia ha hallado una orientación fácil en el piélago de normas, de acontecimientos oscilantes, de resoluciones administrativas anulatorias, cual es la de las resoluciones de la CNMC, hasta el punto de que adopta su lenguaje antimonopolístico e incluso sus mismos tics, como, por ejemplo, cuando dedica largas páginas al acontecimiento de las presiones sufridas por una empresa cargadora a raíz de su decisión de abandonar la SAGEP, el único caso significativo producido hasta el momento, mientras que las demás cargadoras han preferido convertir directamente su SAGEP en CPE⁶. Todo un apartado de la sentencia viene dedicado a este episodio, así como

⁵ La sentencia [dice el autor] hace referencias permanentes al carácter anticompetitivo del sistema o de la situación o directamente a la existencia de un «monopolio» asignado a favor de las SAGEP (dos veces) y a cómo estas entidades ostentan un «control monopolístico» o una «gestión monopolística»; y, por supuesto, las resoluciones o informes de la CNMC sobre los indicados aspectos se toman como referencia en varios pasajes del pronunciamiento.

⁶ Me refiero al episodio de la empresa IST, del Grupo Alonso, en el puerto de Sagunto, tras anunciar su intención de separarse de la SAGEP por aspectos técnicos pero coincidentes en el tiempo con el proceso de disolución de esta, contestado por las personas estibadoras con acciones de bajo rendimiento «que han perjudicado notablemente su negocio y competitividad», como informaba la propia empresa (Sentencia de la AN –SAN– 127/2021, hecho probado vigésimo cuarto).

otro de bajo rendimiento conflictivo en el mismo puerto sobre la cargadora Nisa Marítima. La sentencia sigue muy de cerca, casi repitiendo, lo expuesto por la CNMC⁷, sin tomar en cuenta la legislación laboral respecto a las acciones conflictivas sin interrupción de la actividad contempladas por el artículo 37.2 de la Constitución española (CE) y el artículo 7 del RDL 17/1977, sobre relaciones de trabajo.

Pero esta omisión de toda norma laboral en la sentencia no puede imputársele completamente a ella, pues llega condicionada por otra gran presencia virtual, la del modelo negociador imperante en la estiba portuaria, que con todas sus imperfecciones e incluso sus rasgos unilaterales ha logrado pacificar los puertos durante varios decenios. Me estoy refiriendo a la voluntad de ambas partes de resolver las cuestiones desde sus propias instancias, creando unos organismos donde tácitamente se acepta lo establecido por la parte laboral, como son la Comisión Paritaria Estatal del Acuerdo Marco, las SAGEP mercantiles y los convenios del sector. Las empresas aceptan decisiones y normas que les son gravosos (por ejemplo, sobre composición de las manos, horas de reserva, terminación de turnos, selección de personal, etc.), pero les permiten actuar con libertad y sin alteraciones del ritmo, tan vital en los puertos sometidos a mareas. Todas estas normas del IV AME, en su mayor parte ineficaces y nulas por la acción directa del RDL 8/2017 y RDL 9/2019, han sido desmanteladas en su integridad por la sentencia en pro de una causa mayor como es la CE. Lo cual no afecta a lo esencial del espíritu portuario: el equilibrio de fuerzas entre sindicatos y empresas es tan fuerte como preferir una *entente cordiale* que impida acciones de conflicto como las sufridas por la empresa IST en Sagunto. La afiliación de una inmensa mayoría de personas estibadoras a la Coordinadora, y la actuación conjunta de esta con todas las demás organizaciones sindicales, conduce a una capacidad negociadora de alta intensidad que tiene su contrapunto en la alta capacidad conflictiva. Nada nuevo, incluso desde una perspectiva exquisitamente mercantilista como la que destila la sentencia, en el ámbito de la economía de mercado. La sentencia no menciona las normas laborales, en suma, porque ni siquiera las partes han estimado oportuna su aplicación, desde el punto y hora en que una «represalia» puede generar un conflicto en cadena y paralizar todo el puerto concernido o todos los puertos, según se precise.

Todo lo anterior no significa que en estas líneas no busquemos la solución legal y más equilibrada al conflicto latente, ni que desde la perspectiva de la distancia no observemos desequilibrios o desajustes en la selección de personal, la composición de manos o la unilateralidad de la Comisión Paritaria del AME, por ejemplo, que hace tiempo deberían haberse rectificado. Sin olvidar que las propuestas de V AME han quedado paralizadas en buena medida por la obstinación de la CNMC en mantener opciones exclusivamente mercantilistas a una problemática laboral, como veremos más abajo.

⁷ CNMC, Sala de Competencia del Consejo, Resolución expte. S/DC/0619/17, de 18 de septiembre de 2020, pp. 31 a 36. https://www.cnmc.es/sites/default/files/3144769_7.pdf.

Algo de cuanto venimos discutiendo está cambiando, desde luego. La visión de la materia laboral por parte de la Unión Europea, por ejemplo. Tras un largo periodo de silencio en cuanto a directivas sociales, toda la materia laboral pasa a disfrutar del mismo rango que la mercantil en el universo de la Unión, gracias al par de fuerza del TFUE y la Carta de los Derechos Fundamentales, y aun cuando todavía los aspectos colectivos carecen de una normativa sólida, y tampoco hay una clara solución respecto a legislación aplicable y jurisdicción competente⁸, las sentencias del TJUE parecen multiplicarse en cuanto a derechos laborales, con mayor o menor acierto.

Algo de eso parece estar percibiendo también la CNMC. En el cénit de su poder había abierto expediente sancionador a las organizaciones signatarias del IV AME y había condenado a tremendas sumas, por ejemplo, de más de 900.000 euros a la patronal ANESCO, mediante resolución del Consejo de 24 de septiembre de 2009⁹. Ahora, al abrir expediente sancionador a los negociadores de la disposición adicional séptima del IV AME, donde se establecía la subrogación de plantillas de las SAGEP, amaga con sanciones menores, duda, y decide someter la cuestión al TJUE, aun a sabiendas de su difícil capacidad procesal¹⁰. Mientras tanto, suspende la aplicación de la sanción¹¹. Por último, cuando el TJUE resuelve que un organismo administrativo como la CNMC carece de capacidad de accionar ante él, continúa con la suspensión de la sanción.

⁸ Vid. la deficiente regulación de lo colectivo en las directivas sobre ley aplicable y jurisdicción competente en Fernández Artiach (2020).

⁹ Resolución del Consejo de la CNMC de 24 de septiembre de 2009, expte. 2805/07 (<https://www.cnmc.es/en/node/325724>). ANESCO recurrió ante la Sala de lo Contencioso de la AN, con resultado negativo, y luego ante la misma sala del Tribunal Supremo (TS), que en Sentencia de 8 de marzo de 2016 (rec. 1666/2013; ponente, Bandrés Sánchez-Cruzat) rechazó el recurso e impuso las costas a la recurrente. El método de cálculo de las sanciones utilizado por la CNMC parece asignar a la cabeza de los grupos de empresa la titularidad de todos los fondos de sus filiales, y probablemente ese método se aplicó a ANESCO.

¹⁰ Resolución del Consejo CNMC, Sala de Competencia, de 18 de septiembre de 2020, expte. S/DC/619/17 (https://www.cnmc.es/sites/default/files/2541615_74.pdf). La sanción propuesta era de 66.000 euros para la patronal ANESCO, y cantidades muy inferiores para las demás organizaciones negociadoras (p. 57), aun declarando acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del TFUE.

¹¹ STJUE de 16 de septiembre de 2020, asunto C-462/19. En el § 40 afirma el tribunal que:

[...] contrariamente a lo que la CNMC alega, no puede considerarse que esta tenga la calidad de «tercero» con respecto a la autoridad que adopta la resolución que puede ser objeto de recurso ni, por tanto, ser calificada como «órgano jurisdiccional nacional» en el sentido del artículo 267 TFUE [§ 40] [...] el hecho de que la CNMC actúe de oficio, como administración especializada que ejerce la facultad sancionadora en las materias de su competencia, constituye un indicio del carácter administrativo y no jurisdiccional de la resolución que debe adoptar en el procedimiento que ha dado lugar a la presente petición de decisión prejudicial (§ 44). [...] De lo anterior se desprende que el procedimiento sancionador ante la CNMC se sitúa al margen del sistema jurisdiccional nacional y no forma parte del ejercicio de las funciones jurisdiccionales (§ 48).

Por lo cual declara sucintamente que: «La petición de decisión prejudicial planteada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante resolución de 12 de junio de 2019, es inadmisibile».

El seguidismo de la Sentencia 127/2021 ha permanecido incólume ante estos avatares, y si acaso ha maquillado las decisiones del TJUE para hacerle ir en su descripción de sus fallos por donde realmente no iban. Valga como ejemplo la síntesis de la segunda sentencia del TJUE dedicada al AME, de 13 de julio de 2017, cuando España se demoró en cumplir la Sentencia de diciembre de 2014 y no introdujo las modificaciones que le pedía el escrito de requerimiento de la Comisión, y la condenó a una cantidad a tanto alzado de 3 millones de euros. Para la SAN, la condena debe leerse en el sentido de que España había incumplido poner en marcha las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia de 2014¹². Pero no era exactamente así, pues el TJUE había indicado previamente que la Comisión Europea había constatado que, con la promulgación del Real Decreto-Ley 8/2017, «el Reino de España había adoptado todas las medidas necesarias para la ejecución de dicha sentencia», con lo cual había desistido parcialmente de su recurso en lo que hacía a la multa coercitiva y solo lo mantuvo en lo referente a una multa a tanto alzado por el retraso producido¹³.

Igual podríamos decir de la «rotunda condena» del modelo español de las últimas décadas realizada por la STJUE de 11 de diciembre de 2014. Pero tal apreciación la hallamos sistemáticamente en todas las normas, resoluciones y sentencias dedicadas al tema, por lo cual le dedicaré un espacio mayor en el epígrafe siguiente.

2. Actores y modelos en las relaciones laborales de la estiba portuaria

Aunque en un debate jurídico parezca fuera de lugar la reflexión sociológica, el purismo kelseniano carece de sentido en los tiempos corrientes, cuando la norma es débil y los tribunales también, sobre todo en un ámbito tan transido de los aires transnacionales como el marítimo y portuario. De cualquier modo, y siguiendo a Pound, artífice del movimiento de desjudicialización en los Estados Unidos, el derecho debe responder a necesidades e intereses sociales (1964, p. 355)¹⁴. Y, sin estar de acuerdo con la crítica a la frialdad y lejanía del

¹² SAN 127/2021, hecho probado sexto:

El TJUE [...] dictó Sentencia de 13 de julio de 2017 [...] en la que, declarando el incumplimiento de España de las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014, condenó al Reino de España a pagar la cantidad a tanto alzado de 3 millones de euros.

¹³ STJUE de 13 de julio de 2017, asunto C-388/16, Comisión/España, §§ 9 y 10. Ponente F. Biltgen, como en la Sentencia de 2014, asunto C-576/13, de la que trae causa. En § 23 resume:

[...] procede señalar que el Reino de España incumplió las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 260 TFUE, apartado 1, al no haber adoptado, en la fecha en que expiró el plazo señalado en el escrito de requerimiento emitido por la Comisión, es decir, el 20 de septiembre de 2015, las medidas que implicaba la ejecución de la sentencia de 11 de diciembre de 2014 [...].

¹⁴ Al respecto, Macho Gómez (2014); Torre Sustaeta (2021, p. 67).

juez/a que se reprocha al sistema judicial –pues un juez/a debe estar lejos de la pasión y de los intereses–, entiendo que una sentencia debe estar atenta al juego de intereses en presencia, así como de las personas actoras que los esgrimen, para juzgar dentro de la mayor imparcialidad. La propia SAN abandona alguna vez la abstracta descripción de hechos y normas para entrar en las estadísticas, una forma velada de captar la realidad¹⁵.

Como ocurre en otros sectores de actividad, el modelo de relaciones industriales de la estiba en los puertos del Estado no responde al estereotipo de una gran patronal frente a las dos grandes federaciones sindicales de UGT y CC. OO., sino que se dispersa en varias patronales frente a múltiples federaciones sindicales, a pesar de que el universo portuario se constriñe a unas 6.500 personas estibadoras frente a 160 empresas o filiales de empresas de manipulación de mercancías¹⁶.

Tanto en la negociación colectiva como en el conflicto sobresalen dos organizaciones líderes entre el personal de estiba y las empresas como son la Coordinadora Estatal de Trabajadores Portuarios (CETP) y la ANESCO, decididas partidarias de la negociación colectiva, aun cuando a la última le ha costado dos escisiones importantes: la primera en 2013, la Plataforma de Inversores en Puertos Españoles (PIPE), liderada por las financieras JP Morgan y First State Investments, y la segunda en 2017, la ASOPORT, liderada por la naviera asturiana Ership¹⁷. Ninguna de estas dos asociaciones en cuanto tales participan en la negociación colectiva, antes bien disienten de ella y utilizan sus contactos con la Administración y las instancias europeas para frenar los aspectos contrarios a sus intereses económicos. En especial, la plataforma de inversores PIPE no parece asumir la forma de una organización empresarial al uso, sino ser más bien un grupo de opinión –o de presión, según se mire–, y estuvo desde su aparición muy empeñada en llevar al gran público las peculiaridades más chirriantes del «*status* de estibador», en especial de los altos salarios y las fórmulas de admisión sesgadas. ASOPORT, por su parte, se escinde por concretas desavenencias con ANESCO en la negociación del IV AME y actúa en el ámbito negociador mediante denuncias ante las autoridades, la CNMC y la jurisdicción¹⁸. Cabe decir, pues, que ambas asociaciones, PIPE y ASOPORT, representan el modelo de organización de conflicto o controversia, en tanto que ANESCO representa el modelo de organización de

¹⁵ Por ejemplo, fundamento jurídico segundo.

¹⁶ Puertos del Estado, Registro general de empresas prestadoras de servicios portuarios, donde hay registradas 667 empresas o filiales de empresas, entre las que se cuentan, además de las de manipulación de mercancías, otras que se dedican a actividades más o menos próximas, como amarre y desamarre, recepción de desechos, suministro de combustible, etc. Como actividades muy diferenciadas habría que añadir el remolque y el practicaje. No aparecen en el registro las empresas consignatarias de buques, las de agencia o las de aduanas.

¹⁷ En realidad, el grupo Ership formaba ya parte de la anterior escisión de ANESCO, PIPE.

¹⁸ Así, entre sus últimas intervenciones se encuentra el haber facilitado el borrador del V AME a la autoridad administrativa.

negociación o consenso, aun teniendo claro que tales modelos no son nunca puros en los ámbitos laborales.

Es difícil medir la representatividad de estas patronales, y solo cabe indicar que al menos la CNMC reconoce a ANESCO el 100 % de la representatividad empresarial en la negociación del 2020¹⁹.

En cuanto a los sindicatos, existe una gran distancia de representatividad entre CETM y los restantes, pues la Coordinadora dispone de un 78,7 % y un 82,5 % de representatividad en las Comisiones negociadoras del IV y V Acuerdo Sectorial Estatal, respectivamente²⁰, en tanto que los demás sindicatos negociadores disponían de porcentajes que variaban entre el 8,2 % de UGT o el 4,4 % de CC. OO. y el 0,9 % de ELA.

Dicho en otros términos, la negociación colectiva portuaria queda unificada en torno a dos grandes asociaciones, ANESCO para las empresas y CETM para las personas estibadoras, con una notable disciplina central y vertical: las organizaciones empresariales ASOPORT y PIPE prefieren influir desde fuera de las negociaciones, a veces con resultados importantes, como la propia SAN aquí comentada, que interviene a demanda de ASOPORT²¹. Y los sindicatos minoritarios han admitido el liderazgo de CETM, salvo en ocasiones en que algunos sindicatos han preferido no firmar o actuar por su cuenta. En un segundo nivel, los convenios locales, de cada puerto individual, desarrollan lo convenido a nivel estatal sin salirse de sus coordenadas, en una rotunda unidad de acción que parece solo alterada respecto al puerto de Barcelona²².

Pero el panorama no queda completo con la presentación de los actores directos o, si se quiere, de los actores presentes en el escenario; desde bambalinas, y en todo momento, han

¹⁹ CNMC, Resolución del Consejo, Sala de Competencia, de 18 de septiembre de 2020, expte. S/DC/0619/17, Acuerdo Marco de la Estiba (p. 9):

La asociación (ANESCO) está integrada por 36 empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías y por las SAGEP de los puertos de Barcelona, Valencia, Algeciras, Tenerife y Las Palmas [...]. Ostentaba un 100 % de representatividad de la parte empresarial y lo sigue ostentando a los efectos de la actual negociación del V Acuerdo.

²⁰ CNMC, Resolución del Consejo, Sala de Competencia, de 18 de septiembre de 2020, expte. S/DC/0619/17, Acuerdo Marco de la Estiba (p. 10).

²¹ «El objetivo planteado por ASOPORT en su denuncia era que determinadas disposiciones del IV Acuerdo Marco fueran expulsadas "expresa y definitivamente" del ordenamiento jurídico, máxime al no haberse adaptado el V Acuerdo Marco a las recomendaciones de la CNMC», dice ACE (Asociación de Cargadores de España, 2021).

²² *Vid.* Resolució de 4 de juny de 2020, per la qual es disposa la inscripció i la publicació del Conveni col·lectiu de treball del sector de les empreses estibadores portuàries de la província de Barcelona, per als anys 2019-2022 ... subscrit d'una banda per l'Associació d'Empreses Estibadores Portuàries de Barcelona, i d'altra banda, pels sindicats OTEP, Organización de Trabajadores de Empresas Portuarias, i USTP, Unión Sindical Trabajadores del Puerto.

actuado en el gran conflicto de los puertos españoles otras fuerzas de enorme potencia jurídica que han logrado lo que en otra ocasión he llamado una «reconversión inducida» (Ojeda Avilés, 2019, cap. 1). Una es la Comisión Europea, empeñada desde hace tiempo en unificar en torno a una «liberalización» el quehacer de la estiba, seguramente para abaratar costes, pero también para contentar a los grandes *lobbies* financieros y consorcios internacionales de armadores. Desde hace ya bastantes años, la Comisión viene intentando la promulgación de una directiva sobre el trabajo portuario, en paralelo con la directiva ya existente sobre el *handling* de aeropuertos, a lo que se niega el Consejo. Tal directiva vendría basada en la libre competencia y demás principios comunitarios, sin parar mientes en que durante ese lapso de tiempo ha crecido el respeto a los derechos humanos, sociales y laborales, al abrigo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y también de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)²³. Por ejemplo, España ha ratificado después de largos años la Carta Social Europea revisada (BOE de 11 de junio de 2021) y el Protocolo adicional a la Carta Social Europea sobre reclamaciones colectivas (BOE de 28 de junio de 2021), a cuya virtud se concede legitimidad a los sindicatos y organizaciones empresariales nacionales e internacionales, así como a las organizaciones no gubernamentales (ONG) registradas para denunciar ante el CEDS las inaplicaciones de la Carta Social Europea por un país miembro del Consejo de Europa.

En paralelo, el Gobierno del país no ha permanecido neutral en la fijación de las nuevas relaciones laborales de las personas estibadoras. Se dirá que la reiterada normativa que arranca con el frustrado RDL 4/2017 resulta de la enérgica condena del TJUE contra el sistema imperante hasta el momento, y bien que lo recalca en todas las exposiciones de motivos de sus normas, como hacen al mismo tiempo la CNMC y los tribunales en sus pronunciamientos. Pero tan nítida defensa decae algo cuando advertimos que la denuncia de la Comisión de la que parte el proceso judicial en Luxemburgo viene a su vez motivada por otra denuncia anónima de actores desconocidos a los que alguna prensa ha vinculado con bufetes madrileños vinculados con el Gobierno²⁴. De modo que cabría afirmar que el conflicto actual aparentemente tiene su origen en la Comisión Europea, pero si vamos más al fondo observaremos que su denuncia ante el TJUE contra España fue el resultado de una denuncia procedente de un tercero: el conflicto habría comenzado «en 2009, cuando la Comisión Europea recibió una denuncia anónima sobre la exclusividad que tienen los estibadores españoles en las labores de carga y descarga, y la elevó al TJUE al considerar que este sistema conculca las normas de la competencia» (Gómez, 2014). Un Gobierno que también actuó presencialmente en el conflicto cuando se sentó en la mesa de mediación del Consejo Económico y Social, ausentándose posteriormente y dejando así maltrecho al acuerdo final, y que, no obstante, tuvo tanta trascendencia que su inserción como anexo en el RDL 8/2017 permitió desbloquear el *impasse* parlamentario de su convalidación y vino luego incorporado en el texto del RDL 9/2019.

²³ Vid. Churchill y Khaliq (2004); Cullen (2009); De Schutter y Sant'Ana (2011); Jimena Quesada (2015).

²⁴ La agencia de noticias Europa Press aseguraba tratarse de una denuncia anónima.

3. Dos grandes argumentos fallidos

La SAN se fundamenta en dos argumentos madurados hace tiempo: uno es el de que el tribunal de justicia europeo condenó enérgicamente a España en su Sentencia de 2014; el otro es el de que la subrogación forzosa que se pretende con la disposición adicional séptima del AME no tiene cabida en el marco jurídico del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), al tratarse de una figura absolutamente distinta.

3.1. La sentencia condenatoria del TJUE

La sentencia que comentamos se une a la saga de pronunciamientos para los cuales hay un punto de inflexión con la condena del sistema español de las SAGEP por la sentencia del tribunal europeo en 2014. Según la AN, la STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13, consideró que la normativa española del momento impedía recurrir libremente al mercado laboral e incumplía el artículo 49 del TFUE, de donde condenó a España por incumplir dicho artículo al imponer a las empresas estibadoras extranjeras –como, por lo demás, también a las españolas– obligaciones para operar consistentes en la inscripción forzosa en una SAGEP portuaria, la contratación prioritaria de personal estibador puesto a disposición de la SAGEP y un mínimo además de carácter permanente²⁵.

Suprimidas las SAGEP, y una vez terminado el plazo otorgado por los reales decretos-leyes para operar el trasvase de su personal, el debate se mantiene respecto a similares obligaciones para las empresas estibadoras, y entre ellas las extranjeras, creadas por la nueva disposición adicional séptima que se incorporó *a posteriori* al texto del IV AME, considerada contraria al nuevo «marco de liberalización del régimen» (SAN 127/2021).

A tenor de dicha disposición adicional, las empresas estibadoras que decidieran separarse de la antigua SAGEP habrían de asumir al cupo de personal estibador de esta que le correspondiera en función de su participación accionarial en la misma, que está determinada por su nivel de actividad operativa. Y contra ella va dirigida la argumentación de la AN.

Pues bien, el tribunal español acude al envite con ayuda de un refuerzo inesperado, al que por razones dialécticas abordaremos en primer término. Cita analógicamente en su apoyo a otra sentencia del TJUE muy reciente, la de 11 de febrero de 2021, en los casos C-407/19 y C-471/19, Katoen Natie Bulk Terminal y otros contra Bélgica, donde se condena el sistema de este país de un registro prioritario de personal estibador seleccionado por una comisión administrativa formada paritariamente por representantes de las personas trabajadoras y de empresas de la estiba.

²⁵ SAN 127/2021, de 31 de mayo. Olvida una cuarta obligación que señala el TJUE en seguimiento de la denuncia de la Comisión: el participar en el capital de la SAGEP (*vid.* fallo de la STJUE).

La Audiencia toma sesgadamente el párrafo de ella en el que se critica tal sistema porque la representación de las personas trabajadoras en tal comisión pertenece a las personas estibadoras ya reconocidas (incluidas en el registro), por lo cual cabe dudar de su imparcialidad, y en verdad que el sistema belga sufre esta y otras posibles críticas desgranadas por el TJUE, como la de establecer un cupo máximo de integrantes del registro, la distinción entre personas trabajadoras registradas –en régimen de estabilidad– y no registradas pero admitidas –en régimen de precariedad–, la inexistencia de plazos dentro de los que la comisión deba pronunciarse, la restricción a solo el recurso judicial contra las decisiones de la comisión²⁶, o la no capacidad de los miembros de ella para juzgar el nivel técnico de las personas estibadoras seleccionadas.

Lo que no dice, quizá por parecerle suficiente lo primero, es que el planteamiento de la sentencia europea contra Bélgica parte de la afirmación de que los artículos 49 y 56 del TFUE no se oponen a la obligación de valerse de personas trabajadoras registradas («reconocid[a]s») si la selección vino hecha merced a criterios objetivos y no se limitó el cupo a un número fijo, requisitos que no se cumplen en el sistema belga²⁷. De modo que el fallo de la sentencia europea va por un camino muy diferente al expuesto por la Audiencia:

Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que obliga a las personas o empresas que deseen ejercer actividades portuarias en una zona portuaria, incluidas las tareas ajenas a la carga y descarga de barcos en sentido estricto, a valerse únicamente de trabajadores portuarios reconocidos como tales conforme a las condiciones y modalidades fijadas en aplicación de esta normativa, siempre que dichas condiciones y modalidades, por una parte, se basen en criterios objetivos, no discriminatorios, conocidos de antemano y que permitan a los trabajadores portuarios de otros Estados miembros demostrar que cumplen, en su Estado de origen, exigencias equivalentes a las aplicadas a los trabajadores portuarios nacionales y, por otra parte, no establezcan un contingente limitado de trabajadores que puedan ser objeto de tal reconocimiento.

Tampoco la sentencia primigenia del TJUE, la de 2014, tiene el sentido que con tanto ahínco viene sosteniendo la CNMC y ha arrastrado tras de sí a la Audiencia e incluso al Supremo en alguna ocasión. Ante todo, la Comisión como recurrente exploraba una base jurídica que no era la seguida anteriormente, pues en el célebre caso Bécu y otros se había intentado la vía de la infracción a la libre competencia, fundamento que el TJUE había rechazado por inmotivado en su Sentencia de 16 de septiembre de 1999 (asunto C-22/98): el artículo 90 del Tratado CE –decía el fallo de esta sentencia–:

²⁶ Todas estas críticas en § 94 de la sentencia europea.

²⁷ STJUE de 11 de febrero de 2021, § 76.

[...] debe interpretarse en el sentido de que no confiere a los particulares el derecho a oponerse a la aplicación de una normativa de un Estado miembro que, para la realización de trabajos portuarios, les obliga a emplear exclusivamente a trabajadores portuarios reconocidos, como los referidos en la Ley belga de 8 de junio de 1972, por la que se organizan las labores portuarias, y a pagar a estos una retribución que supera ampliamente los salarios de sus propios empleados o los que pagan a otros trabajadores²⁸.

Derecho de establecimiento de otra ciudadanía comunitaria y derecho de competencia entre empresas se mantienen distinguidos en los diversos tratados europeos, de modo que la prohibición de monopolios o cárteles, o de posiciones dominantes, pertenecen al segundo pero no al primero²⁹. En nuestro caso, un mínimo resquicio en la regulación del derecho de establecimiento permitió a la CNMC conectar, o al menos así lo entendió ella, con la libre competencia y su ley española de monopolios y posiciones dominantes. Me refiero a la posibilidad de entender que las empresas de otros países europeos, incluso aunque reciban el mismo trato que las españolas, pueden hallar excesivamente costoso el trato igual, de manera que influya en su decisión de no establecerse en el país en concreto. En palabras de la STJUE:

[...] el artículo 49 TFUE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando se aplique sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento garantizada por el tratado³⁰.

Expuesto de esta forma, el peligro de disuadir del derecho de establecimiento o de hacerlo menos atractivo exige por supuesto un ejercicio de concreción de lo que a todas luces

²⁸ En el puerto de Gante, Bécu y otras empresas habían contratado directamente a personas estibadoras sin seguir lo establecido por la Ley de 1972, bajo la cual incurrían en responsabilidad penal las empresas que la infringieran, y el fiscal las había acusado criminalmente ante el Correccionale Rechtbank van Gent y después ante el Hof van Beroep te Gent, el cual decidió someter la cuestión prejudicial ante el TJUE. Se daba la circunstancia de que algunas de aquellas empresas empleaban a personas estibadoras registradas para las labores propiamente de estiba de barcos, mientras que para:

[...] la carga y descarga del depósito, el pesaje, el desplazamiento, el mantenimiento de las instalaciones, las actividades en los silos y en el puente basculante, la carga y descarga de trenes y camiones, se vale no de trabajadores portuarios reconocidos sino de trabajadores que contrata directamente o de trabajadores temporales puestos a su disposición por Adia Interim, agencia belga de colocación de trabajadores temporales (§ 15).

El registro de personas estibadoras del puerto se nutría de la selección realizada por una comisión paritaria de personas empresarias y estibadoras.

²⁹ En el TFUE vigente, el derecho de establecimiento se halla en los artículos 49 y siguientes, mientras que el derecho de la competencia se encuentra básicamente en los artículos 101 y 102.

³⁰ STJUE de 11 de diciembre de 2014, § 27, refiriendo a su jurisprudencia reiterada.

es un concepto jurídico indeterminado, así como de indicar posibles excepciones, que el Reino de España atisba en la estabilidad de las personas trabajadoras y en la seguridad de las personas y cosas, si se emplearan trabajadores/as poco experimentados. Argumentos que admite el TJUE, para a renglón seguido entender que, pese a todo, las medidas del sistema español son excesivas, pues para tal estabilidad y seguridad bien se puede acudir a medidas menos gravosas, como, por ejemplo, que las propias empresas estibadoras gestionen las oficinas de empleo y organicen la formación de sus personas trabajadoras, o la posibilidad de crear una reserva de personas trabajadoras gestionada por empresas privadas que funcionen como agencias de empleo temporal.

Todo esto parecería innecesario de comentar una vez dictados el RDL 8/2017 y el RDL 9/2019, que acaban con la SAGEP e introducen la libre contratación, si no fuera porque las propias empresas han pactado lo que es lugar común en otros sectores, la subrogación de plantillas de parte de su personal –por ejemplo, el personal de seguridad o el de limpieza–. La disposición adicional séptima del IV AME lo establece así, y es el aspecto más importante de la contratación colectiva que la AN declara nulo.

Pero no anticipemos el debate y volvamos al argumento de la STJUE. Esta alude a que serían medidas aceptables bajo el derecho de libre establecimiento el que las propias empresas estibadoras gestionaran las oficinas de empleo, o que crearan una «reserva de trabajadores» gestionada por una agencia de empleo temporal de donde se dotaran de la mano de obra. Ahora bien: el TJUE parece tener *in mente* el viejo sistema de colocación sindical, el sindicato como agencia de colocación, algo que se remonta a los tiempos de los gremios y las hermandades de oficiales en su control de los empleos locales; o bien piensa en las oficinas de empleo públicas de adjudicación forzosa. En todo caso, el TJUE no conoce, o ha tenido un fugaz olvido, que las SAGEP y la CPE están formadas por las empresas de la estiba y tienen forma de sociedades anónimas las primeras y de empresas de trabajo temporal (ETT) las segundas. Incluso la patronal mayoritaria de la estiba, ANESCO, tiene afiliadas a ella a varias SAGEP que ahora serán CPE.

En todo caso se trata solo de una sugerencia que no obvia el verdadero objetivo del TJUE: infringen el derecho de establecimiento por excesivos tanto el ingreso forzoso en las SAGEP por las empresas, *volens nolens*, como su contribución financiera en función de su porcentaje de actividad de personas estibadoras, la contratación a través de la SAGEP y sus sucesoras (ahora condenada por la Audiencia), y la contratación como personal permanente de un porcentaje de personas estibadoras en función de los ratios de actividad de la empresa.

Pero el TJUE no pretende con tal condena prohibir a las agencias de colocación «prioritarias» formadas por las empresas, ni a las ETT creadas de igual forma. Solo condena lo que condena, la adscripción forzosa de las empresas comunitarias no españolas y los demás requisitos de pertenencia y uso vigentes hasta hace bien poco. Esa agencia prioritaria podría dejar fuera de su accionariado a las empresas extranjeras, aunque evidentemente sus

tarifas serían diferentes respecto a ellas sin que pudiéramos considerarlas discriminatorias³¹. Y competiría con la contratación directa y con las ETT, como ocurría también hasta ahora con las listas de suplencia en los puertos españoles. Y solo afectaría a las empresas extranjeras, sin que pudiéramos lesionar el derecho de competencia.

Tampoco parece apropiada la aplicación de los preceptos sobre monopolios o abuso de posición dominante de la legislación antitrust, como hace la CNMC y por extensión la AN, so pena de que entremos en contraste con la doctrina del TJUE en cuanto a registros prioritarios en los puertos con selección objetiva de personas candidatas y demás requisitos ya vistos.

Bien es cierto que los procedimientos de ingreso en los registros de personas estibadoras vienen siendo sometidos a razonables críticas sobre el nepotismo y abuso en la adjudicación de vacantes, una crítica que solo puede entenderse como una dejación de las empresas, agrupadas en las SAGEP anteriormente, de sus facultades de decisión, y que parecen haber sido erradicadas tras quedar sensibilizada la opinión pública por tales abusos. Y si a nivel local de los diversos puertos la voz decisoria de las adjudicaciones de puestos la llevan los comités de empresa, hay un trámite de consulta y eventualmente de veto ostentado por la Comisión Paritaria Estatal, que, como su nombre indica, tiene una composición con igual número de miembros de personas empresarias y trabajadoras. Para otro comentario quedaría la cuestión de hasta qué punto son delegables en favor de terceras personas algunas potestades secundarias de la empresa, cuando son libres y buscan un cierto interés empresarial.

En síntesis, la AN ha declarado la nulidad *de iure* de varios artículos que contravenían en aspectos esenciales a la legislación de 2017 y 2019, y ha utilizado para ello una sentencia europea cuyos pedimentos son mucho más tenues, por cuanto muy comprometidos, que los resultados a que llega la sentencia nacional.

3.2. La no subsunción en el artículo 44 del ET de la subrogación forzosa de personas estibadoras

Transcurrido el periodo transitorio concedido por el RDL 9/2019³² para la subrogación forzosa y proporcional a su nivel de negocio del personal de las SAGEP en las plantillas de las empresas que decidieran separarse de estas, se negoció por ANESCO y los sindicatos

³¹ Cabría establecer una analogía con el *agency fee* en las empresas norteamericanas donde el convenio contempla la necesidad de estar afiliado al sindicato firmante (*agency shop*) o, alternativamente, pagar una cuota por beneficiarse del convenio.

³² 9 meses más, disposición adicional segunda, además del plazo inicial de 1 año concedido por el RDL 9/2017 y de los 6 meses más de la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 6/2018.

la disposición adicional séptima del IV AME por la cual se mantenía la subrogación «voluntaria de los trabajadores» y forzosa de las empresas cuando alguna empresa terminara su pertenencia a la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en esta. Para la SAN 127/2021, al haber transcurrido el plazo previsto por el real decreto-ley, la subrogación establecida en el IV AME carece de soporte legal y, «como declara la CNMC», constituye una medida «injustificada, desproporcionada y discriminatoria» que afecta a la libertad de contratación de personas trabajadoras portuarias y a la libertad de las empresas estibadoras de participar o no en sociedades cuyo objeto social sea la puesta a disposición de tales personas empleadas.

Añade la Audiencia (SAN 127/2021) que la diferencia entre esta y otras subrogaciones similares estriba en que la de estibadores garantiza el empleo de manera «absoluta, incondicionada y totalmente desligada» de la actividad real de las empresas afectadas. No hay, en otros términos, una transmisión de actividad entre operadoras, sino que el hecho causante es «la mera separación», por lo que nos hallamos ante una carga arbitraria e injustificada, apostilla la AN.

El argumento parece obviar el hecho de que la cuota de personas trabajadoras transferida se calcula a tenor de la participación accionarial en la antigua SAGEP, que a su vez era plasmación del volumen de actividad de la empresa en el puerto³³. En efecto, cuando una operadora portuaria deseaba entrar en un puerto a ejercer sus actividades y no contaba con personal y utillaje para contratar una licencia de muelle propio, debía ingresar en la SAGEP de entonces, ahora reconvertidas en CPE, para lo cual debía adquirir un número de acciones proporcional a la actividad que iba a desarrollar. La pretendida diferencia con otras subrogaciones convencionales como existen en nuestro ordenamiento a virtud de los convenios colectivos no existe, y en todos los casos se trata de una cesión de actividad que puede por analogía regirse por el artículo 44 del ET.

Hay una cierta diferencia debida a la naturaleza de intermediaria de la SAGEP –ahora CPE–, pues sus personas trabajadoras son enviadas a trabajar en las empresas portuarias, y no empleadas directamente por la titular de los contratos, por lo que la transmisión jurídica no se produce directamente entre empresas estibadoras cedente y cesionaria. La relación es titular-titular, pero la primera tiene el marchamo de empleadora nominal. No obstante, en el ámbito de las subrogaciones del artículo 44 del ET se producen desviaciones aún mayores que la expresada, como, por ejemplo, la intermediación judicial de empresas en quiebra, que, sin embargo, han venido aceptadas por la jurisprudencia. Indica Nores Torres (2020, p. 92)

³³ 50% en proporción al número de titulares de licencias en el puerto y 50% en proporción al grado de utilización temporal de la plantilla, medido en volumen de facturación: artículo 143 de la Ley de puertos, texto no vigente en la actualidad. En la disposición adicional séptima se simplifica el cálculo, que viene a ser «el porcentaje de participación de la empresa estibadora en el capital social de la SAGEP», con una distribución en categorías y especialidades «en función de las empleadas por la empresa separada de la SAGEP durante los 12 meses anteriores a la fecha de comunicación de la separación».

que, si bien las primeras interpretaciones judiciales se movieron en la línea de entender que el cambio debía derivar de un negocio jurídico directo entre cedente y cesionario, la evolución posterior llevó a admitir que el requisito también se entendía satisfecho en los casos en que la alteración resulta de un negocio indirecto o con intervención de terceros, como la fusión por absorción, recogida en el propio artículo 44 del ET³⁴, o el concurso público y adjudicación posterior³⁵, o la reversión de servicios.

Por otro lado, la «sucesión de plantillas», como se denomina también al fenómeno, recogido por numerosos convenios colectivos, de transmisión de personal en actividades donde el capital humano supera en importancia al capital fijo, hace ya tiempo que viene admitida por la jurisprudencia nacional y europea siempre que se afecte a una parte importante del personal del cedente, tanto en número como en competencias³⁶, y sea aplicable el mismo convenio que la dispone a la empresa saliente y a la entrante. El único problema que aún no se ha resuelto consiste en decidir si en tales casos una regulación convencional puede prescindir de alguno de los elementos establecidos en el artículo 44 del ET, y en concreto el de la responsabilidad solidaria entre empresa cedente y cesionaria por deudas de la cedente. La STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016), a la que siguen otras posteriores, ha cambiado de criterio respecto a la exigibilidad de tal responsabilidad, en sentido afirmativo, por más que el requisito no aparezca en la Directiva 2001/23/CE, de mantenimiento de los derechos de las personas trabajadoras en la transmisión de empresa, aunque sí en el referido artículo 44 del ET³⁷. De cualquier modo, nos alejamos del punto en discusión en este análisis, que consiste en verificar si la transmisión de plantillas fijada por el IV AME puede encuadrarse en el artículo 44.

No parece que la Audiencia haya meditado demasiado en los requisitos auténticamente exigidos por la jurisprudencia, de transmisión de unidad patrimonial sustantiva. La cesión por la SAGEP a una de las unidades de actividad (la empresa saliente) del personal requerido por esta habitualmente, por mínimo que sea, integra ese requisito. Quizá las personas estibadoras asignadas no sean exactamente las que hubieran trabajado con más asiduidad

³⁴ En este sentido, *vid.* STJUE de 19 de mayo de 1992, asunto C-29/91, caso Redmond-Stichting.

³⁵ Sentencia del TS (STS) de 10 de abril de 2018 (rec. 2287/2015).

³⁶ La jurisprudencia del TJUE se nutre principalmente de casos españoles: así, después de la Sentencia de 11 de mayo de 1997, asunto C-13/95, caso Sützen, siguen otras varias de entre las que cabe señalar las de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, caso Hernández Vidal y otros; de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, caso Sánchez Hidalgo y otros; de 29 de julio de 2010, asunto C-151/09, caso FSP-UGT/Ayuntamiento de La Línea; o de 20 de enero de 2011, asunto C-463/09, caso Martín Valor. En la jurisprudencia española, las sentencias más importantes han sido las del TS de 21 de octubre de 2004 (rec. 5075/2003), 27 de octubre de 2004 (rec. 899/2002) o 17 de enero de 2018 (rec. 171/2017). Al respecto, *vid.* Nores Torres (2020, p. 95).

³⁷ La posibilidad de imponer tal responsabilidad solidaria se contempla como factible en la directiva (art. 3.1), y España es uno de los países que ha hecho uso de ella, pero no se trata de una obligación impuesta por la norma comunitaria.

para esta operadora, pero es la misma situación que ocurre habitualmente con la nueva contratista en las subrogaciones de plantilla que contemplan los convenios; en todo caso, la organización empresarial o estructura operativa se organiza no bien queda despejado el número de personas estibadoras asignado a la saliente³⁸.

4. Convenios *erga omnes* y monopolio mercantil

Hasta cierto punto, la vinculación general de lo establecido en un convenio colectivo puede desorientar a un mercantilista cuando se enfrenta al hecho de que los convenios colectivos «estatutarios» –como suelen denominarse para distinguirlos de los de eficacia limitada– «obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia» (art. 82.3 ET). El que un convenio negociado y firmado por una organización empresarial mayoritaria, por ejemplo, ANESCO, pueda obligar a una empresa que no pertenece a ella o que incluso milita en una organización rival que lucha por invalidar lo firmado puede romper estructuras centenarias de la economía libre de mercado, y más aún cuando sabemos que la eficacia *erga omnes* no es la habitual, sino justamente la contraria, en la mayoría de los países del mundo. Pero a nosotros nos basta con que en España se encuentre en vigor y goce de buena salud desde hace décadas, y que países como Estados Unidos también la tengan en su legislación.

La confusión llega a sus límites cuando advertimos que, en el mismo ámbito económico y europeo, uno de los pilares de la Unión Europea es el derecho a la libre competencia mercantil, y que en nuestro país se acaban de incrementar las multas por restricciones de la competencia en acuerdos de distribución y abusos de posición de dominio en la reforma

³⁸ Disposición adicional séptima.2 del IV AME:

[...]

(iii) Una vez determinado el número total de trabajadores objeto de subrogación, se concretará su distribución por categorías y especialidades en función de las empleadas por la empresa separada de la SAGEP durante los 12 meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación, con objeto de que la combinación de trabajadores que se le asignen tras la separación resulte adecuada a las necesidades operativas de la empresa conforme al dato objetivo acreditado durante el indicado período.

[...]

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

Sobre la subrogación convencional, *vid.* Aragón Gómez (2017); García Romero (2002); Gorelli Hernández (2019); Miñarro Yanini (2016); Sanguineti Raymond (2006); Yagüe Blanco (2019).

de la Ley de defensa de la competencia 15/2007 en virtud del RDL 7/2021, que además incrementa las facultades de investigación de la CNMC. Un convenio colectivo que impone sus acuerdos a otras empresas y personas trabajadoras del mismo ámbito puede ser visto como una práctica colusoria, un acuerdo monopolístico o un abuso de posición dominante, porque los convenios «estatutarios» exigen para su eficacia general el que las partes firmantes detenten la mayoría representativa en el ámbito considerado. Y eso es precisamente lo que condenan y persiguen tanto el artículo 101 del TFUE como la Ley 15/2007 y su agente ejecutor, la CNMC. Era casi inevitable que la CNMC interviniera con semejante pie cambiado en el mundo de los convenios laborales y que, en el punto álgido de su fe mercantil, impusiera elevadas sanciones a los negociadores de unos acuerdos como los de la estiba. Sin tener en cuenta el pronunciamiento de la STJUE de diciembre de 2014, de que el problema de la estiba tiene que ver con el derecho de establecimiento de las empresas comunitarias y no con el derecho de la competencia, la CNMC ha entrado en el espacio portuario esgrimiendo la legislación antimonopolio, y a su fe inquebrantable ha conseguido alistar también a la AN, que constantemente habla de prácticas monopolísticas en la negociación y las cláusulas del IV AME. Sin duda de que en unos primeros pasos cabría reconocerle argumentos suficientes para al menos dudar de su competencia en estas materias, por ejemplo, cuando impone multas millonarias por la negociación de un pacto de eficacia limitada («extraestatutario», sin mayoría representativa en el sector) que pretende imponerse a todos los actores³⁹, o cuando ataca a la eficacia del acuerdo sobre sujetos que no pertenecen al ámbito de la estiba, en el más amplio ámbito de los servicios portuarios⁴⁰.

Lo que ya no parecía tan inevitable era que utilizara para sus meritorios esfuerzos el «control de convencionalidad», tan en boga en estos tiempos⁴¹, y que para ello acudiera nada menos que a la sentencia Albany de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96, en los párrafos donde el TJUE declara la vigencia de la competencia mercantil, y afirmando que los sindicatos son empresas, excepto para cuestiones como los salarios o las condiciones de trabajo⁴². Para la CNMC, hay unos límites en la salvaguarda de los convenios, y más allá de los aspectos puramente laborales (como los salarios, vacaciones, jornada u organización

³⁹ CNMC contra Convenio del puerto de Vigo 2016, que la autoridad portuaria viguesa calificaba como extraestatutario. La CNMC utiliza el artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia en su apartado de abuso de posición dominante.

⁴⁰ CNMC contra firmantes del IV AME inicial, Resolución de 24 de septiembre de 2009, previa denuncia del organismo Puertos del Estado. Pese a discutirse la inclusión en el ámbito de la estiba de las empresas de servicios portuarios no directamente implicadas en la carga y descarga de buques (por ejemplo, carga y descarga en almacenes, o de trenes y camiones; servicios de limpieza de contenedores, o de reparación y limpieza de buques; servicios de amarre y desamarre; descarga de petroleros *off-shore*, etc.), en alguna jurisprudencia del TJUE se acepta que los convenios de la estiba las incluyan.

⁴¹ *Vid.* Goerlich Peset (2021b); Molina Navarrete (2021).

⁴² Remito para un análisis más extenso a Ojeda Avilés (2019, pp. 186 y ss.); para la sentencia Albany y su doctrina, a Arrigo (2018, pp. 242 y ss.); y a Bruun y Hellsten (2001, pp. 33 y ss.), sobre las sentencias Albany, Brentjens y Drivvende Bokken.

del trabajo), la prohibición de pactos colusorios, abusos de posición dominante o prácticas monopolísticas entra a regir plenamente. No parece advertir que esa sentencia encaraba un complejo problema, el del convenio del sector textil holandés donde se adjudicaba la atención sanitaria de todo el sector a una sola entidad sanitaria, lo que había provocado el recurso de la empresa Albany que tenía suscrito una mejor cobertura con otra entidad sanitaria. Y el TJUE resuelve que la Seguridad Social es también un ámbito típicamente laboral, por lo que el convenio de adjudicación era intocable. De tal forma derriba de un plumazo los intentos de establecer unos límites magros, exiguos, en donde la negociación colectiva no se puede reconocer en su identidad milenaria⁴³, ni tampoco en las leyes laborales comunes, si pensamos en el artículo 85 del ET. Reconoce, de pasada, que puede haber una posición dominante, pero que ello no infringe los pedimentos de la libre competencia si no se hace de ello un ejercicio abusivo⁴⁴.

Otras sentencias han seguido a la Albany, pero la CNMC solo destaca de la doctrina europea lo que le interesa, convenientemente troceado. Y la AN la sigue, y para su condena total del modelo clásico de la estiba en nuestro país solo tiene una palabra: práctica monopolística.

Establecer condiciones de trabajo para todo el sector, incluso para las personas que no estén afiliadas a las organizaciones firmantes, no es una práctica monopolística ni un abuso de posición dominante, siempre que se refiera a materias laborales y a sujetos dentro de su ámbito. Tal es el efecto *erga omnes* de los convenios firmados por las organizaciones mayoritarias de un sector, y si no hay abuso en sus contenidos, no hay opciones para una intervención de las autoridades de la competencia. De más está decir que no es abusivo el que produzcan un aumento de costes empresariales y que las empresas se apresuren a repercutirlos en las personas consumidoras. Pensar lo contrario, como indica Goerlich Peset (2021a), sería tanto como declarar como colusoria a la negociación colectiva e incluso a todo el derecho del trabajo⁴⁵.

⁴³ Ya desde la Edad Media existen acuerdos colectivos entre empresarios o maestros y hermandades gremiales que pactan materias como el desempleo, la asistencia a los enfermos, etc. No solo dentro de los gremios, sino también en ámbitos como el comercio marítimo, o incluso la agricultura: *cfr.*, por ejemplo, el concierto en mancomún de cogedores de aceituna de Andrés Hernández y otros, 1579, o el contrato en mancomún de obligación de siega de Alonso Laso y otros, 1590, o los contratos de reclutamiento privado. Podría hablarse de contratos tan antiguos como el de camellero del siglo VII d. C., el de guardador de viñas del siglo I d. C. y los aspectos laborales en ellos contenidos.

⁴⁴ Sentencia Albany, § 93, con cita de las SSTJUE de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser; de 18 de junio de 1991, ERT; de 10 de diciembre de 1991, Mercis Convenzionali; de 5 de octubre de 1994, Centre d'insemination de la Crespelle; y de 12 de febrero de 1998, Raso y otros.

⁴⁵ Los convenios colectivos generan sobrecostes al establecer límites a la libertad de las empresas, que inciden en las personas usuarias, «pero si se adopta esta perspectiva, la negociación colectiva y, si se me apura, el entero derecho del trabajo quedan bajo sospecha» (Goerlich Peset, 2021a). No es necesario argüir contra aquella visión de libertad comercial a ultranza de las empresas la del carácter no comercial

5. La inconstitucionalidad de la transmisión convencional

El último órdago de la SAN consiste en declarar la subrogación convencional, más allá de ilegal, como inconstitucional. Aquí, sin embargo, la Audiencia nos sorprende con un quiebro menos mercantilista, pues se dirige nada menos que a los derechos fundamentales, y, de entre ellos, al derecho de igualdad, del que también gozan las personas jurídicas. Posiblemente, el motivo haya sido el hecho de que la libertad de empresa no consigue ubicarse en el corazón de la Constitución, los derechos superprotegidos de la sección 1, capítulo 2, título I, sino en la sección 2. De cualquier forma, se declara en la sentencia que la disposición adicional séptima del IV AME:

[...] debe ser declarada nula de pleno derecho por vulnerar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al introducir la subrogación laboral obligatoria únicamente respecto de los trabajadores de la SAGEP para aquellas empresas que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria 1.ª del RD-ley 8/2017, ejerzan su derecho de separación de la SAGEP.

No habría en esa desventaja frente a los nuevos operadores razón objetiva y razonable alguna, porque la única razón de la diferencia sería la mera participación en la SAGEP el día de la entrada en vigor del AME, lo cual provocaría una clara desventaja competitiva frente a las nuevas empresas. El argumento y la declaración de nulidad constitucional no aparece recogido *expressis verbis* en el fallo de la sentencia, que solo habla de nulidad de pleno derecho, pero la expresión tiene la suficiente amplitud como para considerarla comprendida en ella y habilitar para los recursos de inconstitucionalidad oportunos.

Parecen olvidarse una vez más que nos hallamos ante un ambiente laboral a despecho de todas las alegaciones y recortes pretendidos. Por muy libres que las nuevas empresas se hallen de contratar a quienes deseen, ello no las libra de aplicarles el convenio colectivo que corresponda, donde se encuentran los mínimos legales que tan insatisfactorios parecen a los ojos de la CNMC y de la AN. Son mínimos aplicables a todas las personas integrantes del colectivo de la estiba, provengan de donde provengan, y ello les reincorpora al trato igual, en el supuesto de que la subrogación convencional les hubiera producido alguna desventaja. Porque, y este es otro argumento desdeñado en la condena, las personas estibadoras transferidas van a ser en número y cualificaciones las mismas que la empresa saliente venía utilizando en los 12 meses anteriores, señal clara de que no se pretende ningún abuso por las partes negociadoras. Más tarde, si ese porcentaje no quedara ajustado a la nueva realidad portuaria o de la empresa, podría la firma saliente proceder a un expediente de regulación de empleo, extintivo o temporal.

del ser humano trabajador y de las nefastas consecuencias de una libertad como la pretendida en los primeros tiempos de la Revolución Industrial.

No se ve, en consecuencia, la gravísima disparidad de derechos entre la empresa saliente y las nuevas empresas del sector. Máxime cuando, a raíz de la STJUE a favor de la exoneración a las empresas comunitarias no españolas del *exceso disuasorio* ya comentado, podrían estas haber reclamado su salida de las condiciones y de la pertenencia a las SAGEP incluso a pesar de los periodos transitorios acordados por el legislador para la reordenación del sector: si por prudencia no lo han hecho, seguramente habrá pesado también la consideración de que cumplir como las españolas no era tan disuasorio como parecía.

Coincide en pocos días esta sentencia con la ratificación por España de la Carta Social Europea revisada y del Protocolo sobre reclamaciones colectivas ante el CEDS, eventos que, como indica Molina Navarrete (2021, p. 30), introducen la posibilidad para sindicatos y ONG registradas de acudir a dicho CEDS, cuya doctrina es contraria a esta mercantilización absoluta de los mercados de trabajo.

Referencias bibliográficas

- Aragón Gómez, Cristina. (2017). Régimen jurídico aplicable a la sucesión de plantilla que opera por imperativo convencional. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 25, 74-82.
- Arrigo, Gianni. (2018). *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea. Parte Generale*. PM Edizioni.
- Asociación de Cargadores de España. (3 de junio de 2021). Subrogación: un «atentado a las libertades» para «perpetuar el monopolio». <https://www.aeutransmer.com/2021/06/03/subrogacion-un-atentado-a-las-libertades-para-perpetuar-el-monopolio/>.
- Ballester Pastor, Inmaculada. (2014). *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*. Tirant lo Blanch.
- Bruun, Niklas y Hellsten, Jari (Eds.). (2001). *Collective Agreement and Competition in the EU*. DJOF Publishing.
- Churchill, Robin R. y Khaliq, Urfan. (2004). The Collective Complaints System of the European Social Charter: an effective mechanism for ensuring compliance with economic and social rights? *European Journal of International Law*, 3(15), 417-456. <https://doi.org/10.1093/ejil/15.3.417>.
- Cullen, Holly. (2009). The Collective Complaints System of the European Social Charter: interpretative methods of the European Committee of Social Rights. *Human Rights Law Review*, 1(9), 61-93. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngn042>.
- Fernández Artiach, Pilar. (2020). Los derechos laborales colectivos y las relaciones laborales transnacionales. Competencia judicial y ley aplicable. *Labos*, 1(1), 17-36. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5296>.
- Fernández Avilés, José Antonio. (2017). *La estiba sigue en conflicto: liberalización de*

- mercados vs. garantías sociales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 409, 5-14.
- García Romero, Belén. (2002). Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de «traspaso» y negociación colectiva (estado de la cuestión tras la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto «TEMCO»). *Revista de Derecho Social*, 18, 129-144.
- Goerlich Peset, José María. (17 de junio de 2021 –2021a–). Más entropía en la regulación convencional de la estiba. A propósito de la SAN 127/2021, de 31 de mayo. *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2021/06/mas-entropia-en-la-regulacion.html>.
- Goerlich Peset, José María. (2021b). (Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial? *Labos*, 1(2), 4-17. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6044>.
- Gómez, Antonio. (7 de octubre de 2014). El fallo del TJUE sobre los estibadores españoles es «inminente» y probablemente condenatorio, según Puertos. *Observatorio de los Servicios Portuarios y Estiba*. <https://observatorio.puertos.es/NoticiasObservatorio/Lists/EntradasDeBlog/Post.aspx?ID=34>.
- Gorelli Hernández, Juan. (2019). El difícil encaje entre el ordenamiento laboral y administrativo: la subrogación de trabajadores en caso de reversión de servicios públicos. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 54, 13-32.
- Jimena Quesada, Luis. (2015). El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, 99-127.
- Macho Gómez, Carolina. (2014). Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión en Europa. *Anuario de Derecho Civil*, 3(67), 931-996.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2016). **Contratas, subrogación convencional y exención de responsabilidad: ¿vuelve a retar la jurisprudencia nacional a la comunitaria? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2016, RCUD 2957/2014)**. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 403, 161-166.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). **España ratifica la «Constitución Social de Europa»: ¿adiós «cenicienta»; bienvenida «princesa» (no solo de pobres)?** *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 5-30.
- Nores Torres, Luis Enrique. (2020). Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TJUE y del TS en los últimos años. *Labos*, 1(1), 91-108. <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5301>.
- Ojeda Avilés, Antonio. (2019). *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019*. La Ley.
- Pound, Roscoe. (1964). The causes of popular dissatisfaction with the Administration of Justice. *Crime and Delinquency*, 10(4), 355-371. <https://doi.org/10.1177/001112876401000403>.
- Rodríguez Ramos, Patrocinio Teresa. (1997). *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*. Trotta.
- Sanguineti Raymond, Wilfredo. (2006). Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales. En Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (pp. 99-118). Tirant lo Blanch.



Schutter, Olivier de y Sant'Ana, Matthias. (2011). The European Committee of Social Rights (the ECSR). En Gauthier de Beco (Ed.), *Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe* (pp. 71-99). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203808337>.

Torre Sustaeta, María Victoria. (2021). Redefiniendo los métodos alternativos de resolución

de conflictos: la mediación como requisito de procedibilidad. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 95, 66-77.

Yagüe Blanco, Sergio. (2019). Entre subrogación convencional y transmisión de empresa: la sucesión de plantilla. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 52, 37-56.