

Crítica de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 18 de septiembre de 2020, sobre el Acuerdo Marco de la Estiba

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático de Derecho del Trabajo

Extracto

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejerce su control transversalmente sobre todas las instituciones españolas, aplicando, sin embargo, conceptos mercantiles, lo cual implica un desajuste que se advierte claramente en la tan esperada y temida resolución que se comenta, donde califica como falta muy grave el acuerdo colectivo para la subrogación de plantillas en las empresas que asumen la carga proporcional de trabajo cuando salen de la extinta Sociedad Anónima de Gestión de la Estiba Portuaria (SAGEP). Aun cuando intenta aproximarse a las instituciones laborales, adolece, no obstante, de una visión excesivamente genérica, donde las peculiaridades del derecho español no quedan salvaguardadas. Esto incide en una interpretación rigorista tanto de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de diciembre de 2014, que consideraba contraria a la libertad de establecimiento en algunas partes de la normativa sobre las SAGEP de entonces, como de otras sentencias de ese mismo tribunal en las cuales hay una consideración amplia de las excepciones laborales a la aplicación del derecho de la competencia.

Palabras clave: SAGEP; Centros de Empleo Portuario; sucesión de empresas estibadoras; subrogación de personal; Sentencia Comisión Europea contra Reino de España; Sentencia Albany.

Fecha de entrada: 23-11-2020 / Fecha de aceptación: 23-11-2020

Cómo citar: Ojeda Avilés, Antonio. (2020). Crítica de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 18 de septiembre de 2020, sobre el Acuerdo Marco de la Estiba. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 171-184.



Remarks on the Decision of the National Commission on Markets and Competition, of September 18, 2020, referred to the Framework Agreement for Stowage

Antonio Ojeda Avilés

Abstract

The National Commission on Markets and Competition (CNMC) exercises its control across all Spanish institutions, however, applying commercial concepts, which implies a mismatch that is clearly noted in the long-awaited and feared Resolution that is here discussed, where it qualifies as serious miscompliance the regulation in a ports collective agreement the workforce subrogation in companies that assume the proportional load of work when they leave the already derogated Plc of ports manpower management (SAGEP). Even when it tries to get closer to labor institutions, it nevertheless suffers from an excessively generic vision, where the peculiarities of Spanish law are not safeguarded. This implies a rigorous interpretation of both the CJEU judgment of December 2014, which considered some parts of the regulations on SAGEPs as contrary to the freedom of establishment, as well as other CJEU judgments in which there is a broad consideration of the labor exceptions to the application of Competition Law, namely Albany judgement.

Keywords: Dockers Employment Agency; payroll transmission; Judgement CJEU European Commission v. Spanish Kingdom; Judgement CJEU Albany.

Citation: Ojeda Avilés, Antonio. (2020). Remarks on the Decision of the National Commission on Markets and Competition, of September 18, 2020, referred to the Framework Agreement for Stowage. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 171-184.





Sumario

1. Antecedentes: la nueva disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco de la Estiba
2. El contenido de la resolución de la CNMC: dos críticas sustantivas y una adjetiva
 - 2.1. La subrogación colectiva en el proceso de sustitución de las SAGEP
 - 2.2. La pretendida doctrina restrictiva de la Unión Europea
 - 2.3. La cuantía de la sanción por falta muy grave y su método de cálculo

1. Antecedentes: la nueva disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco de la Estiba

El 6 de julio de 2017, una comisión negociadora constituida *ad hoc* para modificar la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco de la Estiba (AME) llegó a un acuerdo unánime para establecer el *iter* de las salidas empresariales de las Sociedades Anónimas de Gestión de la Estiba Portuaria (SAGEP), unas intermediarias cualificadas que habían llegado a detentar considerables facultades de contratación y organización de las alrededor de 6.000 personas estibadoras que operan en los puertos del Estado para las empresas concesionarias de las labores de carga, descarga y trasbordo de mercancías contempladas por la Ley de Puertos del Estado 2/2011 en su [artículo 130](#). No bien [se publicó en el BOE](#), la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) abrió una exhaustiva información reservada que culminó en noviembre con un expediente sancionador contra quienes participaron en aquella comisión.

La reforma consistía en el establecimiento de un cauce para compaginar las salidas empresariales de las SAGEP con la estabilidad en el puesto de trabajo de las personas estibadoras pertenecientes a estas, de modo que las empresas salientes habrían de asumir el porcentaje de personas estibadoras equivalente a su importancia en el puerto, medido en capital accionario de la SAGEP que poseyera hasta el momento. La Dirección de Competencia de la CNMC entendía que se pretendía una transmisión forzosa de personal desde la SAGEP a las referidas empresas, lo cual suponía una restricción a la libertad de contratación que violaba la libertad de competencia muy gravemente, al punto de que proponía a la Sala de Competencia del mismo organismo gravísimas sanciones contra la comisión negociadora por un total de 7.154.000 euros. 3 años más tarde, la Sala de Competencia de la CNMC dictó [resolución, de 18 de septiembre de 2020 \(expte. S/DC/0619/17\)](#), en donde confirmaba la existencia de falta muy grave, si bien rebajaba a una multa *simbólica (sic)* el importe de la sanción, por cuanto las partes habían comenzado a negociar el [V AME](#) con clara voluntad de sujetarse a las orientaciones recibidas.

En el intermedio se había promulgado además el [Real Decreto-Ley 9/2019](#) cuyo [artículo 4](#) establecía un recorrido muy similar, cuando no idéntico, al acordado por las partes negociadoras, pues determinaba la subrogación de las personas estibadoras en la plantilla de las empresas portuarias que optaran por salir de las SAGEP en los 3 años que iban desde mayo de 2017 a mayo de 2020. En dicho artículo, las partes negociadoras de los diversos convenios de la estiba recibían una amplia autorización legal para determinar el «mecanismo subrogatorio» –entiéndase procedimiento– a utilizar, siempre dentro del esquema del [artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) y de los principios de transparencia, objetividad y equidad. Introducía además una subrogación automática entre la SAGEP y los nuevos Centros Portuarios de Empleo (CPE) en el caso de que la primera decidiera *transformarse (sic et simpliciter)* en CPE.

Tales indicaciones abiertas y el amplio límite trienal, pese al cambio de panorama en favor de las empresas de trabajo temporal (ETT), claramente permitían a las partes negociadoras mantener su apuesta subrogatoria sin apenas cambios, aunque entre ellas había cundido el pánico por las sanciones propuestas por la Dirección de Competencia, como lo evidenciaban los sucesivos borradores de modificación de la adicional y de redacción del V AME. A nivel individual de empresas estibadoras, por su parte, solo una de ellas, perteneciente a un grupo español¹, optó por abandonar la SAGEP del puerto de Sagunto alegando diversos argumentos; las demás, y unánimemente las no españolas, decidieron mantenerse en el organigrama, a pesar de que una de las tres patronales de la estiba, PIPE –Plataforma de Inversores en Puertos Españoles–, había denunciado el sistema² y que otra de ellas, ASOPORT –Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias–, no había participado en la negociación de la disposición adicional séptima. En diversos momentos y circunstancias habían expresado una y otras su interés por la fórmula de conversión de la SAGEP en CPE y de subrogación contractual de una en otra.

2. El contenido de la resolución de la CNMC: dos críticas sustantivas y una adjetiva

Considero la [resolución de la CNMC](#) como dotada de una base jurídica precaria, tanto sustantiva como formalmente, por los argumentos que expondré a continuación. La CNMC no acaba de desprenderse de su argumentario mercantil a la hora de encarar los problemas laborales, y los razonamientos esgrimidos en su decisión lo confirman. Hace tiempo que el derecho del trabajo se desprendió del derecho civil, pero lucha ahora, sobre todo a nivel

¹ Intersagunto Terminales, SA (IST), del Grupo Alonso. Otra estibadora de Vilagarcía de Arousa había comunicado su interés en separarse, sin otros datos: [resolución de la CNMC](#) citada, hecho 3 en página 31. Hay otro numeral 3 en página 29. Grupo Alonso mantiene en el puerto de Sagunto la filial para el suministro eléctrico portuario, que en 2020 ha obtenido sentencia favorable del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana por el deficiente suministro que le proporcionaba el puerto de Valencia, el cual provocó dos cortes de luz en septiembre y octubre de 2015. La sentencia ha condenado a la Autoridad Portuaria del puerto de Valencia a indemnizar con 4,4 millones de euros a dicha empresa: [Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana \(Sala de lo Contencioso-Administrativo\) de 12 de mayo de 2020 \(rec. 15/2018\)](#). En su [página web](#), IST se autocalifica como «la terminal polivalente más moderna del Arco Mediterráneo Español» para la prestación de servicios como empresa estibadora, pero las polivalencias podrían justificar su argumento de que no encontraba utilidad en seguir perteneciendo a la SAGEP.

² PIPE dirige un escrito de fecha 6 de julio de 2017 al Ministerio de Trabajo y a la CNMC alertando de la suscripción del acuerdo que comentamos: [resolución de la CNMC](#) (pp. 53-54). Solo días más tarde, la Dirección de Competencia de la CNMC abrió el expediente informativo origen de la sanción. Desde su propio nacimiento, la confederación PIPE se ha negado a entrar en la negociación colectiva y ha mostrado una actitud afín a la rupturista del Ministerio de Fomento de la etapa en que se dicta el [Real Decreto-Ley 4/2017, no convalidado por el Congreso](#), y el subsiguiente [8/2017](#), que incorpora un anexo al texto legal donde hallamos ya la referencia a la subrogación por negociación colectiva, en una concesión forzada del ministerio dirigida a lograr la convalidación parlamentaria.

internacional, por desprenderse de los fundamentos de su hermano mayor, el derecho mercantil, que lo precedió en la vía de alejamiento del derecho común y a cuya sombra ha ido madurando la autonomía de la legislación laboralista, sin por ello lograr un completo distanciamiento. La CNMC, como también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), adolecen aún de resabios en su mirada, por más que hayan recorrido un largo camino hasta llegar a su posición actual de respeto –aunque sea formal– a los postulados laborales. Uno de ellos, quizá el más importante, consiste en considerar prioritaria en todo caso la libertad de comercio, que se sobreentiende como un trasunto de las libertades fundamentales, incluso cuando entran a considerar el ámbito de las relaciones entre el trabajo humano y la organización empresarial.

La crítica que sigue va dirigida a los dos pilares sustantivos de la resolución, a saber, el rechazo a lo que denomina «subrogación forzosa» del personal de las SAGEP en las nuevas figuras de intermediación y la interpretación restrictiva que a su entender plantea el TJUE respecto de las excepciones a la libre competencia. Y junto a los dos pilares sustantivos, el presente análisis considerará también la distorsión realizada en materia de sanciones de la CNMC con base en unos criterios asimismo discutibles.

2.1. La subrogación colectiva en el proceso de sustitución de las SAGEP

La CNMC es taxativa a la hora de condenar lo que entiende como una restricción de la libre competencia, cual es el hecho de obligar a las «empresas salientes» a recibir personas estibadoras en función del porcentaje de capital que tuvieran en la SAGEP. Todavía más cuando se tratara de una conversión de la SAGEP en CPE. Ello se demuestra, según ella, en la desventaja competitiva sufrida por una empresa del puerto de Sagunto que decidió separarse, con boicots directos e indirectos que le generaron pérdidas económicas ([resolución citada](#), p. 45). La CNMC se basa para su condena en el régimen de libertad de contratación instaurado por el [Real Decreto-Ley 8/2017](#), contra el cual chocaría frontalmente una subrogación forzosa de personal como la pretendida en la modificación del IV AME. Y, en efecto, el referido real decreto-ley suprime la relación laboral especial de la estiba portuaria y aplica a las nuevas intermediarias la legislación de las ETT, por la que las empresas estibadoras tienen o deben tener libertad para acudir a la intermediaria que deseen, cuando no a contratar directamente.

Cierto es que el régimen de la estiba había llegado a depender de las organizaciones sindicales tanto en las contrataciones de personal como en el régimen de las «manos» o equipos y en las ventajas sociales, notoriamente de formación profesional. A través de la negociación colectiva, las personas estibadoras disponían de turnos de trabajo cortos que con frecuencia eran doblados cada día en los periodos de actividad, y formaban unos equipos demasiado rígidos con un mínimo de integrantes quizá excesivo. Claro que la patronal firmaba al alimón esos convenios, y en las SAGEP de cada puerto –sociedades anónimas de titularidad empresarial, no se olvide– las colocaciones y los asuntos laborales eran dejados prácticamente en manos de sus respectivos comités de empresa. Una amplia disponibilidad quizá debida

a que, por otro lado, las personas estibadoras estaban obligadas a responder de inmediato al requerimiento de actividad, que dependía aleatoriamente de las mareas y de las llegadas de los barcos, por lo que las empresas consideraban que había un equilibrado *quid pro quo*.

En el plano internacional, sin embargo, la mecanización y posterior automatización de las tareas de estiba habían dibujado un nuevo escenario de grúas, personas conductoras de sofisticados vehículos y muelles semiautomatizados, operados a veces desde larga distancia, que había permitido un relajamiento –o si se quiere, liberalización– de los regímenes de trabajo tan difícilmente conseguidos y tan propensos a desviaciones innecesarias. Uno tras otro, numerosos países han ido abandonando normativas estrictas para dar paso a la contratación *ad libitum*. Fórmulas alternativas, como los muelles propios de las empresas con personal asimismo propio, nuevos transportes gigantes de mercancías y modernos sistemas de *roll-on, roll-off*, dejaban espacio para un régimen menos estricto.

En cuanto al concreto problema de la estabilidad en el empleo, requiere de algunas precisiones adicionales. Se trata de empleos intensivos de unas cuantas horas o pocos días, consistentes en una actividad muy delicada, y las empresas prefieren conocer a las personas operarias antes que confiar sus mercancías a personal desconocido contratado al albur de su disponibilidad en el momento. De ahí el sistema SAGEP (desde 2010), antes precedido del APIE –Agrupación Portuaria de Interés Económico– (desde 2003), antes del SEED –Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba– (1986) y antes aún del OTP –Organización de Trabajos Portuarios– (desde 1943), creados para terminar con la precariedad y la inestabilidad laboral resultante. Lo que ahora cambia es que la electrónica y la telemática permiten en nuestros días no solo contratar personas estibadoras virtualmente por mera conexión con el móvil de la persona operaria, sino ejecutar las operaciones en el muelle con muy pocas personas especialistas, con las cuales las empresas pueden entenderse directamente. Al cabo, solo el anclaje en las bodegas es manual, pero incluso tal actividad se aprovecha de una amplia mecanización en los grandes portacontenedores.

Pues bien, la denominada por la CNMC como «subrogación forzosa de personal» tiene que ver con la estabilidad en el empleo o, si se quiere, desde la perspectiva contraria, con la precariedad en el empleo. La SAGEP no solo intermediaba, sino que servía de colchón amortiguador para los casos de desempleo, abonando a la persona estibadora una prestación similar a la de la Seguridad Social por los periodos de inactividad. La subrogación «forzosa» de la disposición adicional séptima pretende transferir las plantillas de personas estibadoras, bien a las empresas salientes que los contraten, en función de su participación accionarial de la SAGEP a la que pertenecían, o bien a las nuevas agencias intermediarias que adopten la forma de CPE, es decir, una ETT dedicada exclusivamente a los servicios portuarios ([art. 4 RDL 9/2019](#)).

De este modo, la CNMC llega al meollo del asunto: el acuerdo de la disposición adicional séptima limita la competencia, por lo que es ilícito y debe ser sancionado. Acude en principio a un párrafo de la [Sentencia del Tribunal Supremo \(TS\) \(Sala de lo Contencioso-Administrativo\) de 8 de marzo de 2016 \(rec. 1666/2013\)](#), a tenor del cual se trata de cláusulas «cuyo designio final [...] es tratar de perjudicar los intereses de empresas no estibadoras al

restringirles la posibilidad de desarrollar sus actividades de prestación de servicios portuarios complementarios, así como los derechos de los trabajadores pertenecientes a empresas no estibadoras». Pero la referida sentencia aludía a una antigua intervención de la CNMC (entonces, Comisión Nacional de la Competencia) de 2009 en la que condenó una aplicación extensiva del IV AME que pretendía incluir en su ámbito a las empresas de servicios complementarios, lo cual excedía del ámbito propio de la estiba, una condenable invasión *ultra vires* que lesiona el principio de correspondencia. Solo por lo irrefragable de su afirmación puede entenderse el acogimiento de esa sentencia del TS en el tema que nos ocupa.

Más adelante, la CNMC se centra ya en el problema de la subrogación:

Las conductas analizadas tienen como efecto impedir una competencia efectiva en el mercado por diversos motivos: suponen, por un lado, una limitación injustificada de la libertad de organización de la empresa al establecer condiciones de subrogación que no cumplen las exigencias de transparencia, objetividad y equidad; la intervención de la comisión paritaria, por sí misma, teniendo en cuenta su composición –en la que se hallan representados los competidores de la empresa que debe asumir la subrogación–, es contraria a dichos principios; además, según se desprende de los hechos acreditados, la asignación de los trabajadores subrogados en el único caso en que se aplicó dicho procedimiento, el de la empresa IST, se hizo en tales condiciones que generó una desventaja competitiva en la empresa saliente, con el consiguiente desincentivo para todas las demás ([resolución CNMC](#), p. 45).

Para la persona lectora habituada a la legislación laboral, ese párrafo representa todo lo contrario a lo que postula la normativa sobre convenios colectivos, anclada en el [artículo 37 de la Constitución](#). En concreto del [artículo 82, apartado 3, del ET](#), cuando dice que los convenios «obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». La CNMC habla de «limitación injustificada» contra la libertad de organización de las empresas, siendo así que aquella ha venido adoptada en el ámbito de un instrumento colectivo con eficacia *erga omnes*; alude al hecho de que la comisión negociadora represente a la competencia de la empresa que debe asumir la subrogación, siendo así que la patronal ANESCO –Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Centros Portuarios de Empleo– tiene una representatividad del 100 % de la parte empresarial y que su implantación fáctica entre las empresas de la estiba es con mucho la mayoritaria tanto entre las empresas estibadoras, como en las SAGEP portuarias más importantes³. Y menciona el caso de una única empresa desvinculada de

³ En la [resolución de la CNMC](#) (p. 9) figura la representatividad aludida de ANESCO del 100 % empresarial, y que está integrada por 36 empresas estibadoras y las SAGEP de Barcelona, Valencia, Algeciras, Tenerife y Las Palmas. Las escisiones de PIPE y ASOPORT le restaron la práctica unanimidad de que disfrutaba antes de 2013, pero continúa con la adhesión de las navieras más importantes, como Boluda, Noatum, TTI Algeciras (CMA), etc.

una SAGEP y obligada a la subrogación, como si un único caso pudiera crear un paradigma y, lo que es peor, como si los daños sufridos –un boicot primario y otros secundarios⁴– fueran imputables al sistema y no a las medidas de presión laboral, por más discutibles que podamos entenderlas en el caso.

No puede entenderse cómo la CNMC no ha entrado a considerar las evidentes similitudes que existen entre la dicha subrogación forzosa y la sucesión de plantillas que tiene desde hace tiempo carta de naturaleza en el derecho del trabajo con base en el [artículo 44 del ET](#), muy citado por otra parte en los Reales Decretos-Leyes [8/2017](#) y [9/2019](#), así como en los propios convenios colectivos en los que tan superficialmente para su atención el organismo. La que se denomina «sucesión de plantillas» cuenta con una larga tradición en nuestro país, especialmente en los convenios de las contratas de limpieza y de seguridad, donde es habitual el precepto de que, cuando una empresa de limpieza o vigilancia pierda un encargo, la que ocupe su lugar ha de asumir la totalidad o una parte significativa del personal de aquella. Detrás tiene una abultada doctrina del Supremo que la reconoce y aplica el [artículo 44 del ET](#), como se sabe, hallándose centrado el debate actual en saber si también a esa nuda sucesión de plantillas –con un mínimo capital fijo– se le aplica el concreto aspecto de transmisión de las deudas de la contratista saliente o no⁵.

Seguramente hay dos razones para semejante e imperdonable olvido. A saber:

- a) Por una parte, el mecanismo de asignación de personal a las empresas dimisionarias puede desorientar, porque adopta un criterio distributivo aparentemente mercantil y muy distante al habitual en las sucesiones de plantilla del derecho del trabajo.

En este sentido, la CNMC alude a la falta de transparencia, objetividad y equidad en el criterio de transmisión de plantilla. Lo habitual consiste en que todo el personal de limpieza, por ejemplo, adscrito a la contrata, pase íntegramente a la nueva contratista. Aquí, la disposición adicional séptima que comentamos contemplaba la subrogación obligatoria de plantilla «en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad». Las SAGEP se formaban como sociedades anónimas de empresas estibadoras cuyas acciones se repartían entre ellas en proporción al número medio anual de personas estibadoras utilizadas por cada una⁶, con un mínimo que afectaba a todas por igual. De ahí que utilizar como referencia objetiva las acciones de cada una no parecía ni arbitrario ni opaco, aunque sí extraño desde el punto de vista que comentamos.

⁴ Vid. [resolución comentada](#) (pp. 31 a 36), sobre las presiones sufridas por la empresa IST.

⁵ Vid. Sentencia del TJUE (STJUE) de 11 de julio de 2018 (asunto C-60/17, Somoza Hermo).

⁶ Artículo 134.2 de la [Ley 33/2010](#), de creación de las SAGEP: el 50 % del capital se distribuirá proporcionalmente entre el número de titulares de licencias de prestación del servicio de manipulación de mercancías. El restante 50 % se distribuirá entre dichos titulares en función del grado de utilización temporal de la plantilla, medido en volumen de facturación.

- b) Por otra parte, el trabajo de la estiba tiene poco que ver con la estabilidad y continuidad de otros trabajos donde ha proliferado la subrogación de plantillas, si recordamos los ejemplos de la limpieza y la vigilancia de edificios.

Las personas estibadoras se movilizan al llegar un carguero al puerto, con horarios no siempre previsibles, tanto por el clima variable, como por los altibajos de las mareas. Tampoco es igual un portacontenedores 3E que un mercante clásico en cuanto al volumen a trasbordar. Por ende, parecería como si fuera imposible determinar objetivamente un número de personas operarias estable que pudiera considerarse fijo y transmisible. Digamos, por tanto, que la aparente heterogeneidad conserva un determinado compás o ritmo, que permite tanto la fijación de cuotas accionariales, como de cuotas de plantilla, en función de las necesidades de personal que acreditara la empresa estibadora. El Real Decreto-Ley 9/2019, artículo 4, suprime la referencia al capital detentado por cada estibadora, pues la obligación de pertenencia a las nuevas entidades intermediarias ha desaparecido, y deja a los convenios colectivos la determinación del criterio de asignación para las que abandonaran, o cuando hubieran optado por disolver la SAGEP, o cuando hubieran resuelto convertir la SAGEP en un CPE. Seguramente el criterio consistirá ahora en seguir el promedio de personas estibadoras utilizado por cada empresa en el año anterior a su salida, disolución o transformación.

A la altura de 2020, una vez transcurrido el periodo transitorio de 3 años concedido por el [Real Decreto-Ley 9/2019](#), ¿podemos continuar silenciando las fuertes analogías de las subrogaciones en la estiba con las sucesiones de plantilla tan conocidas, aceptadas y contempladas por la jurisprudencia del TS? ¿Cómo es posible que una resolución de la CNMC como la analizada mantenga la calificación de gravísimo atentado contra la libertad de contratación de las fórmulas comentadas? ¿Cómo puede ser que ignore el motivo por el que un convenio pueda obligar a todas las empresas y personas trabajadoras del sector, cual es el de venir apoyado por la mayoría de unas y otras a través de sus representaciones, y, en el caso de la estiba, por una mayoría superlativa de unas y otras? El argumento de que lo han negociado las empresas competidoras de quienes tienen que sufrir la subrogación no se sostiene porque todos deben atenerse a él.

2.2. La pretendida doctrina restrictiva de la Unión Europea

La [STJUE de 11 de diciembre de 2014 \(C-576/13\)](#), en el caso Comisión Europea contra Reino de España, configura otro pilar argumentativo en el texto de la [resolución de la CNMC](#), así como en los Reales Decretos-Leyes [8/2017](#) y [9/2019](#), al punto de que parece como si el Gobierno español se hubiera visto obligado a dictarlos por mandato del tribunal. Y ciertamente que su condena del sistema SAGEP es inequívoca, aun cuando muy limitada respecto a los aspectos rechazados como contrarios a la normativa europea: condena al modelo por algo tan etéreo como «hacer menos atractivo el ejercicio de la actividad portuaria a las

empresas comunitarias» en los puertos españoles, por la vía de imponerles cuatro obligaciones innecesarias y gravosas, que venían exigidas también a las empresas españolas: la obligación de pertenecer a las SAGEP del puerto donde operaran, la de financiarlas en proporción a sus gastos, la de contratar prioritariamente al personal de la misma y la de mantener como fijo al personal de ella que atendiera a un 25 % de la actividad permanente. Ese menor atractivo bastaba para considerar infringida la libertad *de establecimiento (sic)* de la Unión, pues el Estado español podía obtener los objetivos de interés general de la actividad portuaria con fórmulas menos restrictivas de las que citaba *ad exemplum* el uso de ETT.

Pero de lo anterior hay poco en las normas citadas y en la [resolución de la CNMC](#) que comentamos. En el caso de la última, sostiene que la Unión Europea condena al sistema español por alterar *la libre competencia*, no la libertad de establecimiento, para pasar muy por encima de la [Sentencia de 2014 \(resolución CNMC, pp. 16-17\)](#) y recalcar en argumentos, tomados preferentemente de la [Sentencia Albany de 21 de septiembre de 1999 \(C-67/96\)](#), para defender que la disposición adicional séptima viola tanto la legislación española, como la comunitaria, en materia de libertad de competencia ([resolución comentada](#), pp. 39 a 43, 49 y 50).

El punto de partida para la afirmación consiste en fijar dos asertos: uno, que la obligatoriedad de subrogación del personal de estiba fijada por convenio colectivo es contraria a la libre competencia; y dos, que el mero hecho de venir contemplada en un convenio colectivo no exceptúa a tal obligatoriedad de una condena por ilegalidad.

La primera afirmación la deriva tanto de la [Ley de defensa de la competencia](#), como del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), por impedir, restringir o falsear la competencia, y en verdad que una tal transmisión *ex convenio* podría considerarse como colusoria en la mayoría de los países europeos, donde la eficacia subjetiva de tales instrumentos abarca solo a las personas afiliadas, de donde un convenio no puede obligar a las no afiliadas, pues estaríamos ante pactos en perjuicio de terceras personas⁷; en España, sin embargo, un convenio obliga *per se* a todas las personas trabajadoras y empresas de su ámbito funcional siempre que las firmantes de aquel ostenten la mayoría de la representación en ambos bancos: como indica el [artículo 165.1 b\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#), en la lesividad de los convenios «no se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación».

La segunda afirmación aparece más elaborada en la [resolución de la CNMC](#) cuando proclama tener el respaldo de la Unión Europea para su condena. Parte de que, si bien lo establecido en los convenios colectivos queda al margen de los mandatos de la libre competencia, no todo el contenido convencional se beneficia de esta salvaguarda, sino solo la parte más claramente perteneciente al marco laboral «como salarios y condiciones de trabajo», dentro

⁷ Como veremos a continuación, la [Sentencia Albany](#) y varias otras del TJUE contemplan convenios cuya eficacia ha sido extendida *erga omnes* por la autoridad laboral por reunir sus partes negociadoras una representatividad mayoritaria. De ahí que se interroguen si tal extensión administrativa se ajusta a los pedimentos de la libre competencia, lo que consideran afirmativamente.

de la cual no estaría obviamente la subrogación de plantillas. Es esta una parte bastante confusa de la resolución, pues acude a diversas fuentes comunitarias, en especial a las opiniones de la Comisión Europea, a la famosa [Sentencia Albany](#) y al [informe del abogado general Jacobs a la misma](#), y parece como si no hubiera uniformidad en los asertos de todos ellos.

La CNMC pretende demostrar que la Unión Europea otorga un trato privilegiado a los convenios colectivos, pero solo para lo que podríamos llamar «condiciones de trabajo directas», como el salario o las vacaciones, aunque solo encuentra esta limitación en la opinión de Jacobs, que ni siquiera consigue convencer al TJUE en el caso que informaba, Albany; un tema muy espinoso de un plan de pensiones declarado obligatorio para todo el sector textil holandés, ante la protesta de una empresa que cotizaba a un plan mejor. Jacobs, jurista de reconocido prestigio, defendía que la excepción para los convenios solo operaba respecto a las condiciones de trabajo, como hemos visto más arriba, pero de forma muy matizada: tales condiciones quedan absolutamente exceptuadas, mientras que las demás deben venir analizadas por las autoridades de la competencia para determinar si no hay soluciones menos agresivas que cumplan con los pedimentos de la libre elección⁸. La [Sentencia Albany](#) prefiere plantear desde el inicio que los objetivos de política social no pueden quedar comprometidos por la aplicación de la libre competencia, y analiza si la afiliación obligatoria al fondo de pensiones es elemento necesario, o no, para dichos objetivos, concluyendo afirmativamente (párr. 63), porque constituye un elemento del sistema neerlandés de protección social que contribuye a la gestión del servicio público de Seguridad Social⁹.

La CNMC debería haber leído con más atención la [Sentencia Albany](#), porque no solo ella declara exceptuada de las normas de competencia una obligación general de semejante tipo –el plan de pensiones sectorial–, con poco que ver con las condiciones de trabajo. Una amplia serie de sentencias del TJUE ha mantenido antes o después la misma opinión para planes de pensiones en otros sectores y países, como, por ejemplo, las Sentencias [Brentjens](#), [Laval und Partneri](#) o [Drijvende Bokken](#), y otras, por su parte, han declarado que la decisión de atenuar la «agresividad» del carácter forzoso mediante otras medidas más suaves compete a los Estados, como hacen las referidas a los casos [Duphar](#), [Poucet](#) y [Pistre](#) o [Sodemare](#), además de en [Albany](#).

Asimismo, la Comisión Europea, en sus alegaciones a la cuestión prejudicial planteada por la CNMC, se aleja de lo que esta entiende ser la doctrina europea en la materia, pues

⁸ Pero al cabo entendía en sus conclusiones que el plan de pensiones objeto del litigio quedaba también exceptuado. Toda la cuestión tiene más matices que omito por razón de la brevedad de este comentario, pero pueden verse *in extenso* en las páginas 189 a 198 de Ojeda Avilés, Antonio. (2019). *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos-Leyes 8/2017 y 9/2019*. Wolters Kluwer-La Ley.

⁹ En Países Bajos, como en Alemania y otros países, la generalidad de un convenio colectivo se obtiene mediante una «declaración de eficacia general» (*algemeenverbindlicherklärung*) del Gobierno a instancias de las organizaciones más representativas del sector. El sistema español de eficacia general, basado en la representatividad mayoritaria según las elecciones a representaciones unitarias, suscita un gran interés en otros países europeos en los últimos años.

recuerda las [conclusiones del abogado general Wahl en el asunto FNV Kunsten](#): pertenecen al núcleo de la negociación colectiva –y son, por ende, excluibles de los pedimentos de la libre competencia– cuestiones como el salario, la jornada, las vacaciones, las pensiones, los seguros médicos o la asistencia sanitaria; por el contrario, no pertenecen a ese núcleo y «deben sujetarse a la libre competencia las cuestiones que únicamente afectan a las condiciones de empleo o trabajo de forma indirecta, cuando lo acordado no produce un efecto inmediato y significativo en sus condiciones laborales o de trabajo».

La conclusión a la que llega la CNMC tras esos alegatos europeos causa sorpresa: no puede considerarse, afirma, que la subrogación convencional de plantillas tenga por objeto mejorar directamente las condiciones de trabajo de las personas estibadoras, sino que discrimina a unas frente a otras y a unas empresas frente a otras. Más adelante, y siguiendo siempre una parte de las afirmaciones del abogado general Jacobs, considera que el criterio determinante para exceptuar un contenido convencional de la libre competencia sería el ver si se refiere al contenido de la relación laboral entre empresas y personas trabajadoras, o si, por el contrario, va más allá «y afecta directamente a las relaciones entre empresarios y terceros, como los clientes, los proveedores, los empresarios competidores o los consumidores» ([resolución CNMC](#), p. 50).

La estiba tiene el estigma de la precariedad en las colocaciones, y el objetivo de las grandes movilizaciones en el pasado fue acabar con ella mediante la *decasualization* de los contratos breves y aleatorios, buscando la estabilidad en el empleo. Decir que el objetivo de la estabilidad en el empleo no pertenece al núcleo básico de lo laboral supone olvidar, por ejemplo, el gran bloque legislativo dedicado en nuestro país, como en tantos otros, a la protección contra el despido injustificado y las amplias cautelas del ET sobre los despidos por crisis.

2.3. La cuantía de la sanción por falta muy grave y su método de cálculo

En el apartado quinto de los fundamentos de derecho de la [resolución comentada](#), la Sala de Competencia de la CNMC procede a determinar el grado de incumplimiento con las normas de la competencia y la cuantía de la sanción. A su juicio, la estiba es una actividad capital para la competitividad de la economía española, y la infracción es susceptible de afectar a la totalidad del mercado de servicios en los puertos del Estado, lo que «se ha verificado» al imponer a las empresas salientes la obligación de subrogar a un número de personas trabajadoras en su plantilla, lo que las sitúa en desventaja competitiva frente a quienes no tuvieran vinculación con la SAGEP. También se han verificado, agrega, beneficios ilícitos de unas empresas estibadoras al uniformizar la conducta de todas las empresas competidoras en tema de mano de obra.

La sala concluye que debe confirmar la petición de la Dirección de Competencia al calificar como muy graves las conductas. Ahora bien: el único medio de prueba aportado, salvo

error u omisión, es el reiterado boicot sufrido por la única empresa estibadora que decidió excluirse de una SAGEP, a cuyas desventuras dedica la resolución varios apretados folios¹⁰. La resolución no aclara cómo viene realizado el proceso de obtener beneficios ilícitos por los firmantes de la disposición adicional séptima al uniformizar la conducta de todas las empresas, tanto propias como competidoras, y tampoco aclara por qué subrogar en plantilla a las personas trabajadoras que ya utilizaba la saliente cuando formaba parte de la SAGEP supone una desventaja competitiva.

Aunque directamente no afecta a la sanción contra la disposición adicional séptima del IV AME, es preciso recordar que el [V AME](#) –revisado tres veces por la CNMC y pendiente de registro y publicación– modifica el método de cálculo del personal a transferir a la empresa saliente, y en lugar de determinarlo conforme a la proporción de capital accionarial de ella en la SAGEP, habla de asumir el número de personas estibadoras vinculadas directamente a la actividad de la empresa estibadora, conforme al personal utilizado el año anterior por esa firma¹¹.

Respecto a la cuantía concreta de la sanción, la CNMC acude al [artículo 63.1 de la Ley de defensa de la competencia](#) para centrar el cálculo en el volumen de negocios total de la empresa infractora, sobre el cual puede aplicar hasta un 10 % como importe de la multa. Pero la patronal ANESCO y los sindicatos firmantes no son empresas mercantiles al uso. ¿Cómo determinar su volumen de negocio? Inicialmente, el importe de la multa se concretó en 6.190.000 euros para la patronal firmante, a UGT y CC. OO. 300.000 euros a cada una, a CIG 200.000, etc., lo que parece una abultada cuantía, indicativa de que pudieron tenerse en cuenta posiblemente parámetros referidos a los ingresos de las empresas afiliadas a la patronal, como si de un grupo de empresas se tratara. En el caso de los sindicatos, tal parece ser la consideración errónea utilizada, pues las multas se adecuan a la implantación nacional de los firmantes, y, por ejemplo, los de mayor multa recibida vienen a ser los afiliados a las confederaciones mayoritarias en el territorio nacional, mientras que el sindicato mayoritario en la estiba, la coordinadora, protagonista de la negociación, solo viene sancionada con 4.000 euros.

No todo está bien si bien acaba. La CNMC ha manifestado un amplio desconocimiento del significado de los convenios colectivos y del mundo laboral, y ha utilizado sesgadamente sentencias comunitarias que inequívocamente equilibran los principios mercantiles con los laborales en aplicación del derecho originario. Si se nos permite revisar doctrinalmente la base jurídica de la [resolución de septiembre de 2020](#), nuestra condena sería también benigna: leer de nuevo la [Sentencia Albany](#) y sacar conclusiones.

¹⁰ [Resolución de la CNMC](#) (pp. 31 a 36). No es fácil determinar ese empleo necesario, pues las personas estibadoras sirven al mismo tiempo a todas las empresas, y no a una sola, salvo el caso de autoprestación de la mercantil, que no entra en el caso. El [V AME](#) no lo aclara, aunque por el número de jornadas prestadas puede deducirse.

¹¹ Proyecto de [V AME](#), artículo 37.2, letra b). Se trata del concepto de «empleo necesario» acreditado respecto a la «empresa saliente». Agradecemos a FUNESPOR –Fundación de Estudios Portuarios– la disponibilidad del documento, aún no publicado en el BOE.