

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL

12040 *Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional relativa al IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba.*

Visto el fallo de la Sentencia núm. 127/2021, de fecha 31 de mayo de 2021, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el procedimiento n.º 73/2020 sobre impugnación de Convenios, seguido por la demanda de la organización empresarial Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias (ASOPOINT) contra la organización empresarial Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO) y los sindicatos Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar, FESMC-UGT, FSC-CC.OO., ELA, LAB y CIG, siendo parte el Ministerio Fiscal,

Y teniendo en consideración los siguientes

Antecedentes de hecho

Primero.

En el «Boletín Oficial del Estado», de 30 de enero de 2014, se publicó la resolución de la entonces Dirección General de Empleo, de 17 de enero de 2014, en la que se ordena inscribir en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de este centro directivo y publicar en el «Boletín Oficial del Estado», el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba (Código de Convenio n.º: 99012545011993).

Segundo.

En el «Boletín Oficial del Estado», de 18 de julio de 2017, se publicó la resolución de la entonces Dirección General de Empleo, de 7 de julio de 2017, en la que se ordena inscribir en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de este centro directivo y publicar en el «Boletín Oficial del Estado», el acuerdo, de 6 de julio de 2017, de modificación del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, mediante la incorporación de una nueva disposición adicional, identificada como séptima.

Tercero.

En el «Boletín Oficial del Estado», de 13 de marzo de 2018, se publicó la resolución de la entonces Dirección General de Empleo, de 7 de marzo de 2018, en la que se ordena inscribir en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de este centro directivo y publicar en el «Boletín Oficial del Estado», el acuerdo parcial, de 20 de diciembre de 2017, de modificación del artículo 19 del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

Cuarto.

En el «Boletín Oficial del Estado», de 13 de marzo de 2018, se publicó la resolución de la entonces Dirección General de Empleo, de 7 de marzo de 2018, en la que se ordena inscribir en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de este centro directivo y publicar en el «Boletín Oficial del Estado», el acuerdo parcial, de 30 de enero de 2018, de modificación de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

Quinto.

El 1 de junio de 2021 tuvo entrada en el registro general del Departamento la sentencia antecitada de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en cuyo fallo se acuerda declarar la nulidad de pleno derecho de las siguientes disposiciones del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria: Artículo 6, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13; artículo 7; artículo 8; artículo 9; artículo 10, apartados 1, 4, 5 y 6; artículo 11, en sus referencias a la relación laboral especial; artículo 12, apartado 2; artículo 18, apartado 1; artículo 19, apartado 1.e), del IV Acuerdo –modificado por acta de 20 de diciembre de 2017 (BOE de 13 de marzo de 2018)– y de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo que fue introducida por acuerdo suscrito por los codemandados y cuya publicación se ordena por Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, y, posteriormente, modificada parcialmente por nuevo acuerdo suscrito por las mismas partes publicado por Resolución de 7 de marzo de 2018.

Fundamentos de Derecho

Primero y único.

De conformidad con lo establecido en el artículo 166.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, cuando la sentencia sea anulatoria, en todo o en parte, del Convenio colectivo impugnado y este hubiera sido publicado, también se publicará en el boletín oficial en que aquel se hubiere insertado.

En consecuencia, esta Dirección General de Trabajo resuelve:

Primero.

Ordenar la inscripción de dicha Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 31 de mayo de 2021, recaída en el procedimiento n.º 73/2020 sobre impugnación de Convenios y relativa al IV para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de este centro directivo.

Segundo.

Disponer su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 7 de julio de 2021.–La Directora General de Trabajo, Verónica Martínez Barbero.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia doña Marta Jaureguizar Serrano

Sentencia n.º: 127/2021

Fecha de juicio: 18 de febrero de 2021.

Fecha Sentencia: 31 de mayo de 2021.

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS 0000073 /2020.

Proc. Acumulados:

Materia: IMPUG. CONVENIOS.

Ponente: EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA.

Demandante/s: ASOCIACIÓN ESTATAL DE EMPRESAS OPERADORAS PORTUARIAS (ASOPORT)

Demandado/s: ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES, COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR, EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA, LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA, FESMC-UGT, FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO), MINISTERIO FISCAL.

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA.

Breve Resumen de la Sentencia: Impugnación de Convenio colectivo. La AN declara la nulidad de pleno derecho de las siguientes disposiciones del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria: artículo 6, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13; -artículo 7; -artículo 8; -artículo 9; -artículo 10, apartados 1, 4, 5 y 6; - artículo 11, en sus referencias a la relación laboral especial; - artículo 12, apartado 2; -artículo 18, apartado 1; -artículo 19, apartado 1.e), y de la -disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco (que fue introducida por acuerdo suscrito por los codemandados y cuya publicación se ordena por Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, y, posteriormente, modificada parcialmente por nuevo acuerdo suscrito por las mismas partes publicado por Resolución de 7 de marzo de 2018), por contravenir el RD-ley 9/2019, el RD ley 8/2017, el artículo 49 del TFUE y las Sentencias del TJUE de 11 de diciembre de 2014 y 11 de febrero de 2021.

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL.

GOYA 14 (MADRID).

Tfno: 914007258 Correo electrónico:

Equipo/usuario: CEA.

NIG: 28079 24 4 2020 0000074.

Modelo: ANS105 SENTENCIA.

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000073 /2020.

Procedimiento de origen: /

Sobre: IMPUG. CONVENIOS.

Ponente Ilmo/a. Sr/a: EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA

Sentencia 127/2021

ILMO/A. SR./SRA.PRESIDENTE: D.ª EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA.

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D. RAMÓN GALLO LLANOS.

D.^a RAQUEL VICENTE ANDRES.

En MADRID, a treinta y uno de mayo de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000073 /2020 seguido por demanda de ASOCIACION ESTATAL DE EMPRESAS OPERADORAS PORTUARIAS (ASOPORT) (letrado D. Jordi Puigbo Oromi) contra ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES, COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR (letrado D. Víctor Manuel Diaz), EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (no comparece), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (no comparece), CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA(letrado D. Carlos Arroyo Pecharroman), FESMCUGT (letrado D. Desiderio Martín Jorredo), FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO) (letrada D.^a Rosa González Rozas), MINISTERIO FISCAL sobre IMPUG.CONVENIOS. Ha sido Ponente el Ilmo./a. Sr./a. D./ña. EMILIA RUIZ-JARABO QUEMADA.

Antecedentes de hecho

Primero.

Según consta en autos, el 28 de febrero de 2020 se presentó demanda por la ASOCIACIÓN ESTATAL DE EMPRESAS OPERADORAS PORTUARIAS (ASOPORT), representada por Joaquim Coello Brufau, en su condición de Presidente, contra, ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES (ANESCO), COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR, FESMC-UGT, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG),LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB), EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO), CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CCOO), siendo parte, el MINISTERIO FISCAL, sobre, IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO.

Segundo.

La Sala designó ponente señalándose el día 27 de mayo de 2020 para los actos de conciliación y, en su caso, juicio.

Por Diligencia de Ordenación de 11 de mayo de 2020, se acordó, Dada cuenta, el anterior escrito presentado por el letrado D. VICTOR M. DIAZ DOMINGUEZ, actuando en nombre y representación de COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR en el que solicita la suspensión de los actos señalados para el 27 de mayo de 2020. Se acuerda la suspensión solicitada y nuevo señalamiento el día 20 de octubre de 2020.

El 20 de octubre de 2020, se acordó la suspensión en los actos señalados señalándose nueva fecha de juicio el día 26 de noviembre de 2020.

Por Diligencia de Ordenación de 25 de noviembre de 2020, se acordó, el anterior escrito presentado por D. VICTOR M. DÍAZ DOMÍNGUEZ en nombre y representación de COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR solicitando la suspensión de los actos señalados el día 26 de noviembre de 2020 al encontrarse en

situación de baja por IT. Se acuerda la suspensión solicitada y nuevo señalamiento el día 8 de junio de 2021.

Por diligencia de ordenación de 27 de noviembre de 2020, se acordó, por presentado el anterior escrito en el día de la fecha por el letrado D. JORDI PUIGBÓ OROMÍ en nombre y representación de ASOCIACION ESTATAL DE EMPRESAS OPERADORAS PORTUARIAS (ASOPOINT) solicitando la suspensión de los actos señalados el día 8 de junio de 2021 por los motivos contenidos en el mismo, únase a los autos de su razón, y Se acuerda la suspensión solicitada y nuevo señalamiento el día 18 DE FEBRERO de 2021.

Tercero.

Llegado el día señalado tuvo lugar la celebración del acto del juicio en el que la parte demandante, se afirmó y ratificó en su demanda en la que solicita que se admita la demanda y, en virtud de su contenido, previo recibimiento del pleito a prueba, la estime íntegramente, en el sentido de:

(i) declarar la nulidad de pleno derecho en los términos que resultan de la fundamentación jurídica precedente, por contravenir el RD-ley 9/2019, el RD ley 8/2017, el artículo 49 del TFUE y la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, de las siguientes disposiciones del IV Acuerdo Marco:

- artículo 6, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13, del IV Acuerdo Marco; - artículo 7 del IV Acuerdo Marco; - artículo 8 del IV Acuerdo Marco;
- artículo 9 del IV Acuerdo Marco;
- artículo 10, apartados 1, 4, 5 y 6, del IV Acuerdo Marco;
- artículo 11 del IV Acuerdo Marco, en sus referencias a la relación laboral especial;
- artículo 12, apartado 2, del IV Acuerdo Marco;
- artículo 18, apartado 1, del IV Acuerdo Marco; - artículo 19, apartado 1.e), del IV Acuerdo Marco; - disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco.

ii) declarar la nulidad de pleno derecho de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco por vulnerar el principio de igualdad ex artículo 14 de la CE.

No comparecen estando citados en legal forma EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA, LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK.

La parte demandada Coordinadora estatal de trabajadores del mar (CETM), alega falta de legitimación activa. Alega falta de acción. La demanda carece de objeto y, en cuanto al fondo, se opone a la demanda, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

UGT, se opone a la demanda. Alega falta de 'legitimación activa, falta de acción y defecto legal en modo de proponer la demanda. Se adhiere a lo manifestado por CETM.

CCOO, se opone a la demanda. Se adhiere a lo manifestado por los codemandados.

CIG, se opone a la demanda. Se adhiere a lo manifestado por los codemandados.

ANESCO, alega falta de legitimación activa, falta de acción y, en cuanto al fondo, se adhiere a lo manifestado por los codemandados, todo ello en los términos que resultan del acta de juicio y de la grabación de la vista oral.

Cuarto.

Recibido el pleito a prueba, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.

Quinto.

En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, debido a la complejidad de las cuestiones planteadas en el presente procedimiento.

Resultado y así se declaran, los siguientes

Hechos probados

Primero.

El 14 de mayo de 2017 entró en vigor el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052).

En la exposición de motivos se recoge: «La modificación legislativa supone suprimir, en su mayor parte, el actual régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías que se recoge en el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. De este modo, se derogan expresamente una serie de artículos del citado texto refundido, y se modifican algunos otros cuya proyección normativa debe permanecer, pero adaptada a la nueva situación.

Ahora bien, aunque se consagra el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías, es preciso el establecimiento de un proceso transitorio de tres años que permita un tránsito ordenado, facilitando que los trabajadores de las SAGEP conserven sus derechos laborales preexistentes en el nuevo escenario de libertad competitiva. A tal fin, se asegura el pleno respaldo financiero de la Administración portuaria a las operaciones precisas para la nueva configuración del sector.

Durante el periodo transitorio, podrán subsistir las SAGEP y a fin de que puedan financiarse en la medida necesaria en cada caso y momento, se establece asimismo la obligación para las empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías de requerir el concurso de los trabajadores procedentes de aquellas en un porcentaje decreciente con el transcurso del tiempo, que comienza con un setenta y cinco por ciento, para las actividades que hasta el momento se venían realizando con dicho personal.

Concluido el periodo transitorio, las SAGEP podrán continuar desarrollando su actividad, en régimen de libre competencia, siempre que cumplan los requisitos establecidos con carácter general para las empresas de trabajo temporal introdujo dos libertades básicas en el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías: la libertad de contratación de personal y la libertad de pertenencia a la SAGEP.»

La disposición adicional primera del RD-ley 8/2017, establece:

«1. En el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en el mismo y en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Transcurrido dicho plazo, las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan lo previsto en el párrafo precedente, restrinjan la libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías o de los servicios comerciales, o limiten la competencia, serán nulas de pleno derecho.»

Segundo.

Habiendo transcurrido el plazo de un año antes señalado sin que se adoptasen los ajustes necesarios en los convenios colectivos de aplicación, la disposición adicional

primera del RD-ley 8/2017 fue modificada por la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, en los siguientes términos: «1. En el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor del real decreto al que se refiere la disposición final tercera, apartado segundo, del presente Real Decreto-ley, las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en el mismo y en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

Tercero.

La disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (en adelante, RD-ley 9/2019) derogó la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y la disposición adicional primera del RD-ley 8/2017; y a través de la disposición adicional segunda reguló lo siguiente sobre la normativa convencional del sector de la estiba portuaria:

«Disposición adicional segunda. Normativa convencional.

1. En el plazo máximo de nueve meses desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley, las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en el mismo, en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, y en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

2. Transcurrido dicho plazo, las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan lo previsto en el párrafo precedente serán nulas de pleno derecho.»

El RD-ley 9/2019 se publicó en el BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2019, y en virtud de lo dispuesto en la Disposición final cuarta entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», esto es, el 31 de marzo de 2019, de tal manera que el plazo de nueve meses señalado en su disposición adicional segunda expiró el pasado 31 de diciembre de 2019.

Cuarto.

En la fecha de interposición de la presente demanda, el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (en adelante, IV Acuerdo Marco) sigue vigente sin que haya sido adaptado al RD-ley 9/2019, al RD-ley 8/2017 ni al artículo 49 del TFUE. (descriptor 8)

Quinto.

La disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco -que fue introducida por acuerdo suscrito por los codemandados y cuya publicación se ordena por Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, y, posteriormente, modificada parcialmente por nuevo acuerdo suscrito por las mismas partes publicado por Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo- introdujo la siguiente previsión convencional:

«Disposición adicional séptima.

1. Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se subrogarán el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad. En

consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables.

En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores tendrán derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP.

Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición adicional.

2. El sistema de asignación de los trabajadores de la SAGEP a los que se ofrecerá, de acuerdo con el apartado anterior, la incorporación voluntaria a la empresa estibadora que se separe de aquella en virtud de lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se deberá regir por los siguientes principios:

(i) El ejercicio del derecho de separación de cualquier socio de las SAGEP se debe producir dentro de la más estricta neutralidad en relación con la situación anterior a la separación y evitando, en particular, que la posición competitiva de las empresas que ejerzan dicho derecho se vea perjudicada tras su separación.

(ii) El número de trabajadores a subrogar se determinará mediante la estricta aplicación de la regla de proporcionalidad en función del porcentaje de participación de la empresa estibadora en el capital social de la SAGEP.

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

La información sobre la distribución por categorías y especialidades de trabajadores empleada por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación se considerará estrictamente confidencial para el resto de empresas y solo será conocida por los gestores de la SAGEP, que asumirán un compromiso de reserva sobre la información facilitada.

(iv) Para garantizar la neutralidad de la medida para las empresas que se separen y, en su caso, las que permanezcan, y las condiciones de trabajo individual y colectivas indicadas en el apartado 1 anterior, la empresa que haya decidido su separación, la SAGEP y la Representación Legal de los Trabajadores deberán tener en consideración el nivel de ocupación del personal objeto de subrogación y, a tal efecto, podrán acordar la subrogación de los trabajadores a tiempo parcial entre las mismas, en proporción al nivel de ocupación entre las empresas en el periodo de doce meses indicado en el apartado anterior.

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

(vi) Lo dispuesto en los apartados (ii) a (v) anteriores se aplicará siempre y cuando la empresa que haya decidido su separación, la correspondiente SAGEP y la Representación de los Trabajadores no acuerden otros criterios diferentes o complementarios, que habrán de ser, necesariamente, respetuosos con lo establecido en el apartado (i) anterior. La decisión así adoptada deberá someterse al informe previo de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, conforme a lo establecido en el apartado 1 anterior.

3. La presente disposición adicional tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017.»

Sexto.

El contenido de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco motivó la incoación de expediente sancionador de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con referencia S/DC/0619/17 por una presunta infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Séptimo.

En fecha 12 de junio de 2019, la CNMC acordó elevar cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y, simultáneamente, la suspensión del procedimiento sancionador hasta obtener respuesta de dicho órgano.

El TJUE ha dictado S 16-9-2020, n.º C-462/19 declarando: procede declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial planteada por la CNMC.

Octavo. *Illegalidad del acuerdo marco de 2008 por ser contrario a la normativa de competencia.*

1. El 10 de septiembre de 2008, ANESCO, ostentando la representación empresarial, de un lado, y COORDINADORA, LAB y CIG, ostentando la representación social, de otro, suscribieron el IV Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector de la Estiba Portuaria (en adelante, el Acuerdo Marco de 2008).

2. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó resolución de 24 de septiembre de 2009 por la que se declaraba acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la entonces Ley 16/1989, de 16 de julio, de Defensa de la Competencia, así como del artículo 81 del entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, llevada a cabo en el sector de la estiba por la patronal ANESCO y las entidades sindicales COORDINADORA, CIG y LAB. Imponer a la Asociación ANESCO una multa sancionadora de 901.518,16 € (novecientos un mil quinientos dieciocho euros con dieciséis céntimos) por la infracción cometida; Se acordó imponer al sindicato CETM una multa sancionadora de 168.000 € (ciento sesenta y ocho mil euros) al sindicato CIG una multa de 3.900 € (tres mil novecientos euros) y al sindicato LAB una multa sancionadora de 3.000 € (Tres mil euros) por la misma conducta. Instar a ANESCO, CETM, CIG y LAB a que en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras equivalentes que puedan obstaculizar la prestación por otras empresas de los servicios complementarios en los puertos españoles. (Descriptor 5, cuyo contenido, se da íntegramente por reproducido)

3. Después de presentarse un nuevo IV Acuerdo Marco, mediante escrito de 20 de enero de 2014 la Dirección de Competencia declaraba:

La nueva redacción del Acuerdo salva las observaciones efectuadas en el ámbito personal y funcional en materia de defensa de la competencia a las versiones anteriores del mismo. Sin embargo, persisten las dudas respecto al procedimiento de ingreso y selección de personal, y a su adscripción a las tareas portuarias.

La Dirección de Competencia estimó que el sistema de ingreso y promoción previsto podría resultar restrictivo de la competencia en tanto que los argumentos esgrimidos por ANESCO resultaban insuficientes para mantener las restricciones, lo que conduciría a un encarecimiento de los costes de la estiba, deteriorándose de esta forma la competitividad del sector.

Noveno. Ilegalidad del acuerdo marco de 2008 por ser contrario a la normativa laboral y pérdida de su condición de convenio colectivo estatutario.

1. En octubre de 2008, la Abogacía del Estado, en nombre y representación de la Dirección General de Trabajo, del Ente Público Puertos del Estado y de la Autoridad Portuaria de Gijón, interpuso demanda de impugnación de convenio colectivo frente a la Audiencia Nacional al entender que el Acuerdo Marco de 2008 conculcaba, en sus artículos 2.1.1; 2.1.2; 2.2; 3.2.3; 3.2.5; 3.2.6; 3.2.7; 3.2.10 y 6, lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de la Constitución Española (en adelante, CE), en relación con el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, y los artículos 73, 74, 75 y 85, así como la disposición adicional séptima, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general.

CC.OO. y UGT se adhirieron a las alegaciones del Abogado del Estado y adicionalmente solicitaron la anulación de los artículos 5; 6.3.1; 6.9.3; 14; 18.4, a), e), f) y g); 19 y 20.2 del Acuerdo Marco de 2008.

2. El 1 de junio de 2009 se dictó sentencia por esta Sala en los procedimientos 177/2008, 211/2008, 223/08 y 1/09 acumulados seguidos por demanda de la DIRECCION GENERAL DE TRABAJO, FEDERACION DE COMUNICACION Y TRANSPORTE DE CC.OO., FEDERACION ESTATAL DE TRANSPORTES COMUNICACIONES Y MAR DE U.G.T. y SESTICAR, S.A. contra ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES ANESCO, COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA CIG y SINDICATO LAB sobre impugnación de convenio colectivo, cuyo Fallo es el siguiente:

Que estimando la excepción de falta de legitimación activa de SESTICAR, SA, alegada por ANESCO, COORDINADORA y CIGA, declaramos que dicha mercantil no está legitimada para impugnar el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

Que desestimamos la excepción de falta de legitimación activa del ENTE PÚBLICO PUERTOS DEL ESTADO y la AUTORIDAD PORTUARIA DE GIJÓN, declarando su plena legitimación para impugnar el acuerdo antes dicho en su calidad de denunciantes del mismo ante la Autoridad laboral.

Que estimando la demanda de oficio, defendida por el ABOGADO DEL ESTADO, en nombre y representación de la DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, del ENTE PÚBLICO PUERTOS DEL ESTADO y la AUTORIDAD PORTUARIA DE GIJÓN, se declara la nulidad de los artículos 2.1.1; 2.1.2; 2.2; 3.2.3; 3.2.5; 3.2.6; 3.2.7; 3.2.10 y 6 del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, que pierde de este modo, su naturaleza estatutaria, manteniendo exclusivamente naturaleza de pacto extraestatutario entre sus firmantes y aquellos otros que se adhiera libremente a lo acordado, salvo en los preceptos que han sido declarados ilegales por vulnerar la legalidad vigente (artículos 3.2.3; 3.2.5; 3.2.6; 3.2.7; 3.2.10 y 6 del IV Acuerdo).

Que, estimando parcialmente la demanda de impugnación de convenios colectivos, interpuesta por CCOO y UGT, se declara la nulidad de los artículos concordados con la demanda, interpuesta por el Abogado del Estado, así como los artículos 5; 6.3.1 y 6.9.3. - Se declara, así mismo, la nulidad de los artículos 18.4.a) y f); 19 y 20.2 del IV Acuerdo en su dimensión estatutaria, sin perjuicio de su vigencia como pacto o convenio extraestatutario, cuya fuerza de obligar se limita, por consiguiente, a firmantes y adheridos voluntariamente al acuerdo, absolviéndoles de los restantes pedimentos de las demandas. (Descriptor 6)

Décimo. *La aprobación del IV acuerdo marco.*

1. Por Resolución de 17 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. (código de convenio n.º 99012545011993), que fue suscrito, con fecha 29 de julio de 2013, de una parte, por la organización empresarial Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), en representación de las empresas del sector, y de otra por las organizaciones sindicales Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar, UGT, CC.OO. y CIG, en representación del colectivo laboral afectado. (BOE jueves 30 de enero de 2014) (Descriptor 8). Este es el Acuerdo que es objeto de impugnación parcial en la presente demanda.

2. El 2 de octubre de 2017, ANESCO denunció el IV Acuerdo Marco, que vencía el 31 de diciembre de 2017, y desde entonces su contenido íntegro se encuentra vigente, de conformidad con lo previsto en su artículo 4, hasta que se alcance acuerdo para su sustitución o hasta que se dicte Laudo en el procedimiento arbitral ad hoc previsto en el artículo 20 de la misma norma convencional.

Decimoprimer. *La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014.*

1. El 14 de noviembre de 2013, la Comisión Europea interpuso recurso frente al TJUE solicitando que se declarase que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 del TFUE.

La reclamación de la Comisión Europea tenía su origen en la normativa española, que desde el año 1986 obligaba con carácter general a las empresas estibadoras que operaban en los puertos españoles de interés general a formar parte de una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (en adelante, SAGEP) también denominada en el IV Acuerdo Marco como Organización de Empresas de Estiba (en adelante, OEE)-. Dicha normativa también les impedía recurrir libremente al mercado laboral para contratar personal propio, salvo en los supuestos en los que los trabajadores propuestos por la SAGEP no fuesen idóneos o suficientes. Las obligaciones cuyo contenido eran objeto de recurso estaban reguladas en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de 5 de septiembre de 2011 (en adelante, la Ley de Puertos).

2. El 11-12-2014 el TJUE dictó sentencia ECLI:EU:C:2014:2430 en la que DECLARA QUE EL REINO DE ESPAÑA HA INCUMPLIDO LAS OBLIGACIONES QUE LE INCUMBEN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 49 TFUE.

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, procede considerar que la restricción a la libertad de establecimiento que resulta del régimen portuario español objeto del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión constituye una restricción que va más allá de lo que resulta necesario para alcanzar los objetivos perseguidos y que, por consiguiente, no está justificada.

Por lo tanto, debe considerarse fundado el recurso por incumplimiento.

En consecuencia, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de

mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado.

Es decir, El TJE consideró que el Reino de España había incumplido el artículo 49 del TFUE al imponer las siguientes obligaciones a las empresas de otros Estados miembros que desearan desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general:

- (i) inscribirse en una SAGEP obligatoriamente para poder operar en el sector y participar en el capital de ésta; y
- (ii) contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por la SAGEP, y a un mínimo de tales trabajadores con carácter permanente (Descriptor 9)

3. A propósito de la obligación de participación en el capital de las SAGEP, el artículo 143 de la Ley de Puertos, en su apartado primero, establecía que «todas las empresas que deseen prestar el servicio portuario de manipulación de mercancías y obtengan la correspondiente licencia deberán, en su caso, integrarse como partícipes en el capital de la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios.».

4. En relación con la participación, el apartado segundo del mismo artículo 143 determinaba qué porcentaje de participación le correspondía a cada titular de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en la SAGEP en los siguientes términos:

«El capital social inicial de la SAGEP se fijará en los Estatutos de la Sociedad que se aprueben en el momento de su constitución, distribuyéndose entre los titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en vigor en ese momento en el puerto, que no estén exentos de participación en la citada sociedad mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, de acuerdo con los siguientes criterios:

1.º El 50 por ciento del capital se distribuirá proporcionalmente entre el número de titulares de licencias de prestación del servicio de manipulación de mercancías. 2.º El restante 50 por ciento se distribuirá entre dichos titulares en función del grado de utilización temporal de la plantilla, medido en volumen de facturación.»

5. En el marco del control de la ejecución de la Sentencia del TJUE, la Comisión Europea requirió al Reino de España para que le informase acerca de las medidas adoptadas para ejecutar dicha sentencia y que, con anterioridad al 20 de septiembre de 2015, adoptase las medidas necesarias para cumplir con el fallo de la Sentencia del TJUE.

6. Tras recibir las alegaciones del Reino de España y no observándose el cumplimiento de la Sentencia del TJUE, la Comisión Europea interpuso recurso ante el Tribunal solicitando la imposición de sanciones pecuniarias al Reino de España por incumplimiento de la antedicha sentencia.

7. El TJUE, en respuesta al recurso interpuesto por la Comisión Europea, dictó sentencia de 13 de julio de 2017 (asunto C-388/16) en la que, declarando el incumplimiento de España de las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, condenó al Reino de España a pagar una cantidad a tanto alzado de 3 millones de euros. (Descripción 10).

Decimosegundo. *El primer intento de adaptación de la normativa española a la sentencia del TJUE: El Real Decreto-ley 4/2017.*

1. La Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2014 tuvo su primera respuesta legislativa, con el Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modificaba el

régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (en adelante, el RD-ley 4/2017), publicado en el BOE de 25 de febrero de 2017.

2. El RD-ley 4/2017, que tenía por objeto dar cumplimiento a la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, establecía la libertad de contratación de trabajadores portuarios para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, previo cumplimiento de una serie de requisitos formativos. Página 18 de 64

3. El nuevo texto normativo también introducía una nueva figura: el Centro Portuario de Empleo (en adelante, CPE), una suerte de empresa de trabajo temporal específica para el servicio portuario de manipulación de mercancías.

4. El RD-ley 4/2017 concedía un año de plazo a patronal y sindicatos para adaptar la normativa convencional al nuevo marco normativo y al artículo 49 del TFUE, bajo la amenaza de nulidad de todas aquellas disposiciones contrarias a éstos.

5. Asimismo, se concedía a las SAGEP un periodo transitorio de tres años, periodo a partir del cual aquéllas debían optar por extinguirse o continuar su actividad como empresas de trabajo temporal o como CPE.

6. Durante este periodo transitorio de tres años, las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías –excepto aquellas con autorización para la auto prestación–, debían cubrir con trabajadores de la SAGEP, como mínimo, el 75% de las actividades integradas en el servicio portuario de manipulación de mercancías y las actividades comerciales sin la consideración de servicio portuario de manipulación de mercancías durante el primer año; siendo dicho porcentaje del 50% durante el segundo año y del 25% durante el tercer año.

El RD-ley 4/2017 no fue convalidado por las Cortes, y su vigencia apenas se mantuvo hasta el 24 de marzo de 2017, fecha en la que el BOE publicó la Resolución de 16 de marzo de 2017, del Congreso de los Diputados, por la que se ordenaba la publicación del Acuerdo de derogación del RD-ley 4/2017, en tanto que dicho texto normativo no había sido convalidado por el Congreso de los Diputados.

Decimotercero. *El principio de acuerdo en el sector de la estiba de 29 de marzo de 2017.*

El 29 de marzo de 2017, ANESCO, por un lado, y los integrantes de la Comisión negociadora de COORDINADORA, UGT y CC.OO., por el otro, alcanzaron un principio de acuerdo en el seno de las negociaciones llevadas a cabo a raíz de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (en adelante, el Principio de Acuerdo de 29 de marzo de 2017) (Descripción 11)

Decimocuarto. *La adaptación normativa definitiva a la sentencia del TJUE: El RDL 8/2017.*

El 13 de mayo de 2017 se publicó en el BOE el RD-ley 8/2017, de 12 de mayo. 52. El RD-ley 8/2017, destacando, a los efectos de la presente litis: la regulación expresa de la libertad de contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y la no obligatoriedad para las sociedades titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías de participar en empresas para la puesta a disposición de trabajadores portuarios (artículo 2);

La creación de los CPE para el empleo de trabajadores portuarios y su cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (artículo 4);

La concesión de un plazo máximo de un año para que la normativa convencional se adapte al nuevo marco normativo (disposición adicional primera);

El establecimiento de un periodo transitorio de tres años para que (i) las SAGEP se extingan o muten a CPE o ETTs (disposición transitoria primera) y (ii) las sociedades titulares de la licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías cubran su actividad con un porcentaje mínimo determinado de personal de las SAGEP, 75% el

primer año, 50% el segundo y 25% el tercero (disposición transitoria segunda); y la derogación expresa del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET), que consideraba relación laboral de carácter especial la de los estibadores portuarios (disposición derogatoria única), derogando la relación laboral especial de la estiba. A partir de entonces sólo existirá relación laboral ordinaria en la estiba.

Decimoquinto. *La actividad sindical posterior a la publicación del Real Decreto-ley 8/2017.*

1. La alteración del marco normativo en el sector de la estiba, y el plazo concedido a patronal y sindicatos para ajustarse a las nuevas disposiciones, a raíz de la aprobación del RD-ley 8/2017, dio inicio a un periodo de negociaciones entre sindicatos y patronal.

2. Coincidiendo con la publicación del RD-ley 8/2017, las organizaciones sindicales COORDINADORA, FESMC-UGT, CCOO, CIG y CGT formularon preaviso de huelga, con afectación a la totalidad de las empresas estibadoras, a las SAGEP. (Descriptor 12)

3. La huelga, iniciada el 5 de junio de 2017 y con sucesivos paros intermitentes, estuvo acompañada de diversas reuniones de negociación entre los Sindicatos y ANESCO.

4. El 13 de junio, los Sindicatos elaboraron un documento titulado «Bases para la Negociación», en el que se proponía, entre otras cuestiones, la garantía en el empleo al 100% de los trabajadores actuales de las SAGEP. (Descriptor 13)

5. Los Sindicatos presentaron con posterioridad un documento de adhesión, cuyo contenido incluía la mayoría de las propuestas iniciales de los Sindicatos, en realidad se trataba de un documento que los Sindicatos elaboraron y entregaron a las empresas estibadoras para su firma a condición de evitar la huelga. La propuesta incluía una cláusula de cierre que supeditaba el resultado final de las negociaciones al estricto cumplimiento de la legalidad vigente (Descriptor 14)

6. Por Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el Acta de modificación del IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, mediante la incorporación de una nueva disposición adicional, identificada como séptima, Acta que fue suscrita con fecha 6 de julio de 2017, de una parte por la organización empresarial Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO) en representación de las empresas del sector, y de otra por las organizaciones sindicales Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar, UGT, CC. OO. y CIG en representación de los trabajadores. La Dirección General de Empleo resuelve:

Primero. Ordenar la inscripción de la citada Acta en el correspondiente Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo con funcionamiento a través de medios electrónicos de este centro directivo, con notificación a la Comisión Negociadora.

Segundo. Disponer su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (BOE de 18 de julio de 2017) (Descriptor 15).

Decimosexto. *La modificación del IV Acuerdo marco con la incorporación de una nueva disposición adicional séptima que impone la subrogación de los trabajadores de la SAGEP a aquellas empresas que se separen de la SAGEP.*

1. El 6 de julio de 2017, ANESCO, en representación de las empresas del sector, y COORDINADORA, UGT, CC.OO., ELA, LAB, y CIG, en representación de los trabajadores, acordaron modificar el IV Acuerdo Marco en el sentido de incorporar una nueva disposición adicional séptima al texto convencional.

El acuerdo alcanzado se plasmó en Acta de 6 de julio de 2017, que fue registrada y publicada por medio de Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, publicada en el BOE de fecha 18 de julio de 2017.

2. Por acuerdo unánime de la representación empresarial y por mayoría (96,601%) de la representación sindical, se acuerda incorporar una nueva disposición adicional al IV-ASE, identificada como séptima, con el siguiente tenor literal:

«Disposición adicional séptima.

Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se subrogarán el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad. En consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables.

En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores tendrán derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP.

Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición adicional. La presente Disposición adicional tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017» (BOE 18 de julio de 2017, descripción 15).

De esta manera se incorporaba al IV Acuerdo Marco la petición sindical: la garantía de la totalidad de empleo a través de la subrogación del personal.

3. Por Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el Acuerdo parcial de modificación del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. (código de convenio n.º 99012545011993), acuerdo parcial que ha sido suscrito, de una parte, por la asociación empresarial ANESCO, en representación de las empresas del sector, y, de otra, por las organizaciones sindicales Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), UGT, CC.OO. y CIG, en representación de los trabajadores afectados (BOE de 13 de marzo de 2018)

Como consecuencia de las modificaciones acordadas, la disposición adicional séptima del IV Acuerdo tendrá la siguiente redacción:

«Disposición adicional séptima.

1. Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto ley 8/2017, se subrogarán el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad. En

consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables.

En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores tendrán derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP.

Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición adicional.

2. El sistema de asignación de los trabajadores de la SAGEP a los que se ofrecerá, de acuerdo con el apartado anterior, la incorporación voluntaria a la empresa estibadora que se separe de aquella en virtud de lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se deberá regir por los siguientes principios:

(i) El ejercicio del derecho de separación de cualquier socio de las SAGEP se debe producir dentro de la más estricta neutralidad en relación con la situación anterior a la separación y evitando, en particular, que la posición competitiva de las empresas que ejerzan dicho derecho se vea perjudicada tras su separación.

(ii) El número de trabajadores a subrogar se determinará mediante la estricta aplicación de la regla de proporcionalidad en función del porcentaje de participación de la empresa estibadora en el capital social de la SAGEP.

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

La información sobre la distribución por categorías y especialidades de trabajadores empleada por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación se considerará estrictamente confidencial para el resto de empresas y solo será conocida por los gestores de la SAGEP, que asumirán un compromiso de reserva sobre la información facilitada.

(iv) Para garantizar la neutralidad de la medida para las empresas que se separen y, en su caso, las que permanezcan, y las condiciones de trabajo individual y colectivas indicadas en el apartado 1 anterior, la empresa que haya decidido su separación, la SAGEP y la Representación Legal de los Trabajadores deberán tener en consideración el nivel de ocupación del personal objeto de subrogación y, a tal efecto, podrán acordar la subrogación de los trabajadores a tiempo parcial entre las mismas, en proporción al nivel de ocupación entre las empresas en el periodo de doce meses indicado en el apartado anterior.

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

(vi) Lo dispuesto en los apartados (ii) a (v) anteriores se aplicará siempre y cuando la empresa que haya decidido su separación, la correspondiente SAGEP y la Representación de los Trabajadores no acuerden otros criterios diferentes o complementarios, que habrán de ser, necesariamente, respetuosos con lo establecido en el apartado (i) anterior. La decisión así adoptada deberá someterse al informe previo de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, conforme a lo establecido en el apartado 1 anterior.

3. La presente disposición adicional tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017.» (Descriptor 16)

4. Con motivo de la subrogación convencional de la disposición adicional séptima, las partes firmantes acordaron también modificar el artículo 19 del IV Acuerdo Marco, que regula la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, al objeto de atribuirle funciones propias específicas relacionadas con la subrogación de personal.

Dicho acuerdo, de 20 de diciembre de 2017, también fue registrado y publicado por Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, y publicado en el BOE de 13 de marzo de 2018. (descriptor 17) (Resolución de 7 de marzo de 2018 de la Dirección General de Empleo publicada en el BOE, por la que se modifica el artículo 19 del IV Acuerdo Marco.)

Decimoséptimo. La respuesta de la CNMC a la subrogación convencional introducida en la disposición adicional séptima del IV acuerdo marco.

1. El 3 de noviembre de 2017, la Dirección de Competencia de la CNMC tras la investigación realizada, observó indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, por lo que, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC acordó la incoación de expediente sancionador, con referencia núm. S7DC/0619/17, contra ANESCO, COORDINADORA, UGT, CC.OO., CIG, LAB y ELA por la adopción, en fecha 6 de julio de 2017, del Acuerdo de modificación del IV Acuerdo, que supondría la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE consistente en una restricción de la libertad de contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y de la libertad de las empresas titulares de la licencia para la prestación de dicho servicio de participar o no en sociedades cuyo objeto social sea la puesta a disposición de los citados trabajadores.

2. El 12 de junio de 2018, la Dirección de Competencia de la CNMC formuló Pliego de Concreción de Hechos con las siguientes conclusiones: A la vista de todo lo actuado y de conformidad con el artículo 33.1 del RDC, se considera que la conducta consistente en la adopción, en el seno de la Comisión Negociadora del IV Acuerdo, de los acuerdos de modificación del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, en particular aquellos de fecha 6 de julio de 2017 y 30 de enero de 2018, por los que se impone la obligación de subrogar el personal estibador a las empresas que opten por separarse de la SAGEP, constituye una restricción injustificada a la libertad de contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y de la libertad de las empresas titulares de la licencia para la prestación de dicho servicio de participar o no en sociedades cuyo objeto social sea la puesta a disposición de los trabajadores, prohibida por el artículo 1 de la LDC, así como en el artículo 101 del TFUE. Son responsables de dicha infracción la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), la

Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (C.C.O.O.), Confederación Intersindical Galega (CIG), Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB) y Eusko Langileen Alkartasuna (ELA) (Descriptor 18)

3. El 15 de marzo de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó remitir a la Comisión Europea determinada información sobre la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE y, simultáneamente, acordó la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente. (copia de la comunicación de la CNMC, Descriptor 19)

4. El 12 de junio de 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó remitir al TJUE una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del artículo 101 del TFUE determinante para la decisión que debe adoptarse en el expediente sancionador, y acordó simultáneamente la suspensión del procedimiento sancionador. De manera particular, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC plantea al TJUE la interpretación del artículo 101 del TFUE para determinar si la subrogación Página 28 de 64 convencional de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco puede considerarse subsumible en la prohibición del párrafo primero del artículo 101 del TFUE. (Descriptor 20).

El TJUE ha dictado S. 16-9-2020, n.º C-462/19 declarando: procede declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial planteada por la CNMC. (Descriptor 126).

5. Resolución de la CNMC en el expediente relativo al IV Acuerdo Marco.

Tras conocer la Sentencia del TJUE, la CNMC acordó levantar la suspensión del procedimiento sancionador referenciado y, en fecha 18 de septiembre de 2020, resolvió el citado expediente declarando expresamente que la subrogación obligatoria en supuestos de separación de las SAGEP tiene como efecto impedir una competencia efectiva en el mercado por diversos motivos:

Suponen, por un lado, una limitación injustificada de la libertad de organización de la empresa al establecer condiciones de subrogación que no cumplen las exigencias de transparencia, objetividad y equidad; la intervención de la Comisión Paritaria, por sí misma, teniendo en cuenta su composición -en la que se hallan representadas los competidores de la empresa que debe asumir la subrogación- es contraria a dichos principios; además, según se desprende de los hechos acreditados, la asignación de los trabajadores subrogados en el único caso en que se aplicó dicho procedimiento, el de la empresa IST, se hizo en tales condiciones que generó una desventaja competitiva en la empresa saliente, con el consiguiente desincentivo para todas las demás (ver punto 9 de los hechos probados).(Descriptor 127)

La misma Resolución afirma que las exigencias y condicionantes establecidos en el régimen de subrogación previstos en la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco constituyen una discriminación de los operadores que pretenden separarse de las SAGEP y que esta conducta excede del ámbito propio de la negociación colectiva, que supone un acuerdo entre operadores con clara incidencia en la competencia.

Lo anterior sirve a la CNMC para declarar que se deduce que la modificación del IV Acuerdo Marco «persigue obstaculizar la finalidad liberalizadora prevista en el propio Real Decreto-ley 8/2017 y, en última instancia, en la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014.»

La Resolución de la CNMC además reconoce expresamente como hecho acreditado la actuación generalizada de la parte social contra el grupo de empresas al que pertenece la mercantil IST, desde que ésta comunicase su decisión de separación de la SAGEP, al objeto de impedir su separación y generarle una desventaja competitiva mediante la reducción del rendimiento de los trabajadores cedidos por las correspondientes SAGEP y, en consecuencia, mantener el statu quo anterior y perpetuar la distorsión del mercantil que el TJUE exigía eliminar (pág. 45 de 59).

A resultas de lo anterior, la CNMC Declara acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del TFUE en los términos establecidos en el FD 3.º

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

Imponer a las entidades declaradas responsables las multas que en la resolución se contienen. Instar a las entidades infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en dicha Resolución.

Decimoctavo. *La modificación de la disposición adicional primera del RD-ley 8/2017 por la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.*

1. A su entrada en vigor, la disposición adicional primera del RD-ley 8/2017 concedía un plazo máximo de un año para que las normas convencionales se adaptasen al propio RD ley 8/2017 y al artículo 49 del TFUE, declarándose expresamente nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones convencionales que incumplieran lo anterior.

2. El segundo apartado de la disposición adicional primera del RD-ley 8/2017, además, reconocía el derecho de los trabajadores a rescindir su contrato de trabajo cuando la modificación de las normas convencionales les causara un perjuicio sustancial. La rescisión debía ir acompañada de la indemnización prevista en el artículo 41 del TRLET.

3. La disposición final cuadragésima tercera de la ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del estado para el año 2018 modificó la disposición adicional primera del RD ley 8/2017, cuyo redactado quedó de la siguiente manera:

«Disposición adicional primera. *Normativa convencional.*

1. En el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor del real decreto al que se refiere la disposición final tercera, apartado segundo, del presente Real Decreto-ley, las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en el mismo y en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Transcurrido dicho plazo, las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan lo previsto en el párrafo precedente, restrinjan la libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías o de los servicios comerciales, o limiten la competencia, serán nulas de pleno derecho.»

Decimonoveno. *La modificación del RD-Ley 8/2017 operada por el RD-Ley 9/2019. El 31 de marzo de 2019 entró en vigor el RD-ley 9/2019.*

1. El 31 de marzo de 2019 entró en vigor el RD-ley 9/2019, que manifiesta tener por objeto consolidar el marco de liberalización del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

Para ello, ha introducido una serie de modificaciones en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (en adelante, LETT), al incorporar en dicha norma un nuevo Capítulo V dedicado íntegramente a los CPE (artículo 2); y ha reconocido expresamente las facultades de organización y dirección de las empresas titulares de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías en su condición de empleadoras, previendo de manera particular la facultad de designar al personal necesario para realizar cada una de las actividades portuarias (artículo 3).

2. Especial mención merece el impacto que el RD-ley 9/2019 ha causado en el RD-ley 8/2017, en tanto que ha modificado su artículo 3.1, y ha derogado de manera expresa el apartado 2 de la disposición final tercera y el anexo I del citado RD-ley 8/2017.

3. Y en línea con lo anterior, el RD-ley 9/2019 derogó la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 -que, como ya se ha puesto de manifiesto, había modificado el plazo de adaptación de la norma convencional- e introdujo un nuevo plazo de adaptación de la norma convencional en los siguientes términos:

«Disposición adicional segunda. *Normativa convencional.*

1. En el plazo máximo de nueve meses desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley, las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en el mismo, en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, y en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2. Transcurrido dicho plazo, las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan lo previsto en el párrafo precedente serán nulas de pleno derecho.»

El plazo de nueve meses concedido por la disposición adicional segunda del RD-ley 9/2019 finalizó el pasado 31 de diciembre de 2019.

Vigésimo. *Borrador de un nuevo acuerdo marco en el sector de la estiba.*

1. En noviembre de 2019, ANESCO, en representación de las empresas estibadoras y CPE, y COORDINADORA, UGT, CC.OO. y CIG, en representación del personal del sector de la estiba, llegaron a un principio de acuerdo en el contenido de un nuevo convenio colectivo del sector (el V Acuerdo Marco). (descriptor 21 y 101, cuyo contenido, se da íntegramente por reproducido).

D. José Luis Romero Castaño y D. Manuel Cabellos Sánchez presentaron escrito a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social solicitando el registro depósito y publicación del V Acuerdo después del control de legalidad laboral, lo remita a la CNMC a través del procedimiento previsto en el convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y la Comisión nacional de la competencia ante 25 de enero de 2010. (Descriptor 99), sin que conste su publicación.

2. En el marco del proceso de control de legalidad de dicho convenio colectivo, en fecha 20 de diciembre de 2019, la CNMC realizó una serie de observaciones acerca de la adecuación del contenido del V Acuerdo Marco a las normas de competencia, en virtud del Convenio de colaboración suscrito el 25 de enero de 2010 entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la entonces vigente Comisión Nacional de Competencia (hoy, CNMC).

3. De entre las observaciones de la CNMC destaca la relativa a la obligación de contratación por parte de las empresas estibadoras de determinado personal de los CPE en casos de disolución total del CPE o separación de una empresa estibadora de dicho CPE.

A criterio de la CNMC, dicha obligación «constituye una restricción de la libertad de contratación y dificulta la salida de una entidad de puesta a disposición de trabajadores».

La CNMC también considera que con la imposición de cargas de salida a las empresas estibadoras se restringe la libertad de contratación y pone en riesgo la competencia en igualdad de condiciones entre los CPE y las empresas de trabajo temporal, lo que además «puede situar en desventaja competitiva a las empresas estibadoras integrantes de un CPE frente a empresas terceras que pueden optar sin someterse a las limitaciones señaladas».(Descriptor 22, cuyo contenido, se da íntegramente por reproducido)

4. Dichas observaciones de ilegalidad puestas de manifiesto por la CNMC y el Ministerio de Trabajo no han sido subsanadas u sustituidas por nuevo acuerdo entre las

partes, por lo que, por el momento, la negociación del V Acuerdo Marco se encuentra bloqueada y en ultraactividad el IV Acuerdo Marco.

5. El pasado 10 de noviembre de 2020, la CNMC volvió a pronunciarse por tercera vez acerca del contenido del V Acuerdo Marco y emitió «INFORME RELATIVO A LA SOLICITUD DEL MINISTERIO DE FOMENTO EN RELACIÓN CON EL BORRADOR DE V ACUERDO MARCO PARA LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR DE LA ESTIBA PORTUARIA», de 10 de noviembre de 2020. (Descriptor 172, cuyo contenido, se da por reproducido).

6. El Informe de la CNMC, de 10 de noviembre de 2020, ha sido dictado al amparo del artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, atendiendo a la su facultad de participar en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.

7. El Informe ha sido emitido después de que, con fecha 29 de septiembre de 2020, se presentase ante el Registro de convenios y acuerdos colectivos (REGCON) del Ministerio de Trabajo y Economía Social una nueva versión (la tercera) del V Acuerdo Marco, toda vez que las dos versiones anteriores, también sometidas al criterio de la CNMC, presentaban serias y reiteradas infracciones legales en materia de defensa de la competencia. (Descriptor 173)

8. Las partes firmantes incorporaron una condición suspensiva en virtud de la cual «no se considerará adoptado por las partes, no producirá ninguna clase de efectos y no entrará en vigor hasta que la CNMC no emita su análisis» y siempre que dicho análisis no exprese «reservas sobre la compatibilidad con la normativa aplicable en materia de defensa de la competencia de alguna disposición del V Acuerdo la CNMC».

Las principales conclusiones del informe de la CNMC en relación con este nuevo texto son las siguientes:

(i) Artículo 6: Dado que el V Acuerdo Marco obliga a las empresas estibadoras y CPE a compartir información comercial y operativa sensible, la CNMC considera que la mera referencia al deber de sigilo no basta para asegurar su efectivo cumplimiento, sino que debe acompañarse de una «medida de verificación y garantía de cumplimiento para prevenir cualquier utilización anticompetitiva de dicha información».

(ii) Artículo 12: En relación con las limitaciones a la contratación temporal de trabajadores, la CNMC se remite a lo manifestado en sus anteriores Informes.

(iii) Artículo 13: En los informes de 8 de mayo y 28 de julio de 2020, la CNMC ha advertido sobre el establecimiento de un sistema de distribución del trabajo, obligatorio para las empresas estibadoras del CPE, que otorgue preferencia al personal del CPE frente a otros modelos de prestación del servicio. Las modificaciones introducidas en la última versión del VAME no resuelven dicha situación. Por tanto, nos remitimos a lo ya señalado a este respecto en el informe de 28 de julio.

(iv) Artículo 18: El Informe de 10 de noviembre de 2020 sostiene Debe advertirse de que si la obligación de puesta a disposición de información, medios y sistemas de trabajo se realizara tan solo a favor de los CPE se produciría un riesgo sobre la competencia efectiva en la medida en que la preferencia de los CPE implique una expulsión (actual o potencial) de competidores reales o potenciales no amparada por la Ley.

Por otro lado, la puesta a disposición de información implica también un riesgo de difusión de información comercialmente sensible.

(v) Artículos 34 a 37 y disposición transitoria única en el nuevo redactado, el V Acuerdo Marco. La CNMC informa: Los artículos 34 a 36 no han sido objeto de modificación en el borrador ahora analizado.

Si se incluyen modificaciones en el artículo 37, en cuyo párrafo primero se recoge que la empresa estibadora saliente y la dirección del CPE realizarán la autoevaluación de las eficiencias de la recolocación de personal y que, tanto la elaboración como el

acceso a la autoevaluación, preservarán la necesaria confidencialidad de los datos individuales de las empresas estibadoras y, en particular, los relativos al volumen de actividad económica estimada en el futuro.

Asimismo, prevé que, en caso de discrepancia entre la empresa saliente y el CPE afectado, se encargará a un tercero independiente la realización de un informe sobre las eficiencias de la recolocación y subrogación de personal. De esta forma, en los casos en los que la autoevaluación o el informe del tercero independiente no acrediten las eficiencias de la recolocación o subrogación convencional de todo o parte del personal, la empresa saliente no estará obligada a la recolocación del personal afectado.

La CNMC ha venido afirmando en sus informes previos que el sistema descrito puede solo considerarse conforme a derecho en la medida en que se acrediten y justifiquen caso por caso sus eficiencias y la asunción voluntaria de las obligaciones que del mismo se derivan, bajo la óptica de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE y la jurisprudencia que los interpreta.

El hecho de que la versión del VAME objeto del presente informe haya introducido en el artículo 37 referencias a la «autoevaluación de eficiencias» en el momento de la salida de una empresa del CPE no garantiza el cumplimiento de las exigencias de autoevaluación a que se había hecho referencia en los informes anteriores de la CNMC ya que las mismas son preceptivas respecto de todo el sistema y no solo respecto del mecanismo de salida.

Los potenciales efectos negativos de un acuerdo sobre la competencia deben verificarse desde la entrada en vigor del mismo para evitar la generación de efectos restrictivos de la competencia no compensables por las eventuales eficiencias generadas.

En segundo lugar, en el art. 37, el análisis de eficiencias previsto se plantea respecto «de la recolocación de personal para las partes». Sin embargo, como indica la Comisión Europea en sus Directrices sobre la aplicación del artículo 81.3 del Tratado (actual artículo 101.3 TFUE):

«49. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos. Esto significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes [...]»

En tercer lugar, como recuerda la Comisión Europea, «para que el apartado 3 del artículo 81 [actual artículo 101 TFUE] sea aplicable, los efectos procompetitivos derivados del acuerdo deben superar a los anticompetitivos, debe verificarse cuál es el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias y alegadas y cuál es el valor de las mismas».

La sistemática que recomienda la Comisión Europea para el análisis de eficiencias consiste en que «... todas las mejoras de eficiencia alegadas deberán justificarse, de modo que puedan verificarse los puntos siguientes: a) la naturaleza de las eficiencias; b) el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias; c) la probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada y d) cómo y cuándo se obtendrá cada supuesta eficiencia».

En cuarto lugar, debe recordarse que la identificación de eficiencias es solamente una de las cuatro condiciones que deben verificarse de modo cumulativo para que un acuerdo restrictivo de la competencia sea admisible. Las otras tres condiciones son que debe reservarse a usuarios de los servicios una participación equitativa en el beneficio resultante; que las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos, y que el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

El análisis de tales condiciones requiere una ponderación, como se ha señalado, de los posibles efectos negativos y positivos en cada caso concreto, como se advertía en el informe de 28 de julio por esta CNMC, lo que implica un análisis de los potenciales efectos restrictivos del acuerdo y de la indispensabilidad objetiva de las concretas cláusulas del acuerdo para asegurar las eficiencias que se acrediten en la provisión temporal de trabajadores en cada caso concreto, así como de la reserva de una parte equitativa de los beneficios a los consumidores y usuarios de los servicios y la no

eliminación de la competencia, todo ello en relación a la concreta situación competitiva y su afectación por el acuerdo en cada mercado.

En otro orden de cuestiones, la nueva redacción de la disposición transitoria ha añadido al régimen previsto anteriormente que, a solicitud de la empresa estibadora saliente -comunicada en el plazo inicial de 30 días- y siempre que se motiven con claridad las circunstancias objetivas concurrentes, un tercero independiente nombrado de común acuerdo por las partes afectadas, podrá ampliar el plazo de materialización de la salida hasta un máximo de 6 meses.

Esta modificación no altera el plazo para comunicar la intención de salir, que se mantiene en 30 días, por lo que se reitera la valoración realizada por la CNMC en el informe de 28 de julio.

Por otra parte, no cabe evaluar favorablemente un procedimiento de elección del tercero independiente como el determinado que no concreta ni acota temporalmente su designación ni establece un cauce para llevarla a cabo, ni un sistema de determinación de la persona indicada, puesto que la ausencia de designación corre solamente en contra de los intereses de la empresa saliente, de modo que puede existir un conflicto de interés por el CPE en la designación.

Asimismo, deberían establecerse cautelas para asegurar la independencia del tercero respecto de los intereses de las partes y la introducción de consideraciones de competencia en la resolución del posible conflicto, así como la posibilidad de que dicho tercero independiente prorrogue el plazo de materialización de la salida efectiva de la empresa.

(vi) Artículos 53 a 55: En cuanto a la formación y prácticas no laborales, la CNMC sostiene que debe recalarse de nuevo, como ya hicieron los informes anteriores de la CNMC, que cualquier modo de ejercer tales funciones que supongan, directa o indirectamente, un tratamiento desigual entre empresas, la atribución de exclusividades, o la creación de dificultades para el acceso a la actividad, o favorezca el alineamiento de comportamientos comerciales entre empresas o cualquier otra restricción de la competencia, puede ser objeto de investigación y, en su caso, sanción por infracción de la normativa de competencia.

Por ello, el texto del AM debería recoger expresamente que el ejercicio de estas funciones debe respetar la normativa de competencia e introducir sistemas para evitar la aparición de tales riesgos. Asimismo, cualquier función que suponga el apoyo a empresas o el otorgamiento de fondos debe asegurar la igualdad de trato a cualquier empresa legalmente capacitada para realizar las actividades de que se trate en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

En cuanto a la designación de tutores para las prácticas (artículo 55), la CNMC considera que, debe valorarse positivamente que se haya previsto el compromiso colectivo de nombramiento de tutores. Sin embargo, tal compromiso puede quedar fácilmente vacío de trascendencia práctica, por lo que debe preverse un procedimiento concreto y acotado temporalmente para la designación de tutores, de modo que se asegure que, en la práctica, no se producirán situaciones de falta de designación. (Descriptor 172).

Vigésimo primero.

Por Resolución de la Dirección General de Empleo se anuncia la constitución de la asociación empresarial denominada «Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias» (ASOPORT) (BOE 30 de septiembre de 2017) (Descriptor 24 y 217).su presidente es D. JOAQUIN COELLO BRUFAU. Los estatutos aparecen unidos al descriptor 5, cuyo contenido, se da por reproducido.

Los miembros de ASOPORT son 47 licencias de servicio portuario de estiba para la manipulación de mercancías, comprendidas en 15 grupos empresariales, representa dos en la Junta Directiva de la Asociación.

En el sistema portuario español hay 142 licencias de estiba (en 2017), y ASOPORT representa más del 30% del sector.

ASOPORT, a través de sus asociados, está presente en 22 de las 28 Autoridades Portuarias del sistema portuario español.

Las 47 licencias de la Asociación han realizado en 2017 un total de 19189 jornales en el sistema portuario español.

ASOPORT, a través de sus asociados, representa por tanto en cada puerto:

A Coruña: 100%, Almería: 64%, Avilés: 69%, Bilbao: 13%, Cádiz: 17%, Castellón: 55%, Ferrol: 100%, Gijón: 60%, Huelva: 44%, Málaga: 75%, Marín: 77%, Melilla: 10%, Motril: 33%, Pasajes: 49%, Sagunto: 57%, Santander: 40%, Sevilla: 19%, Tarragona: 60%, Valencia: 1%, Vigo: 1%, Vilagarcía: 29% (Descriptor 23).

En la reunión del Comité ejecutivo de ASOPORT de 16 de enero de 2020, se aprobó la conveniencia de interponer la presente demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para determinar de forma expresa las cláusulas contrarias a derecho del IV Acuerdo Marco. (Descriptor 223).

Vigésimo segundo. *Del informe de Puertos del Estado (observatorio de puertos españoles) sobre la evolución del sector de la estiba portuaria.*

Los datos obtenidos por dicho informe son del 56% de las SAGEP/CPE (página 16). De las 36 SAGEP existentes, se han disuelto o estaban en proceso de disolución 5 de ellas en Galicia (que contrataban apenas unas decenas de estibadores) y el resto, en cumplimiento del mandato legal, se han transformado en CPE.

Evolución del número de empresas que participan del capital en los CPE frente a las antiguas SAGEP: en cuanto a su transformación en CPE, en general (salvo en los casos de Valencia, Alicante y Lanzarote), no ha habido cambios en las empresas que constituían el capitán de las antiguas SAGEPs y que ahora forman parte de los CPE en los que se han transformado, ni tampoco en cuanto a su porcentaje de participación.

No hay constancia de ningún CPE de nueva creación que no deriven de una SAGEP. Se sigue el esquema de un CPE por puerto. Es decir, la misma situación que antes de la STJUE de diciembre de 2014. La mayor parte de los estibadores siguen empleados en las SAGEP (ahora CPE), en términos similares en los que se ha venido prestando el servicio de la estiba en España en los últimos decenios; es decir, hay un único proveedor de mano de obra por puerto (antes denominados SAGEP y ahora CPE) a quien las empresas titulares de licencia de manipulación de mercancía solicitan los estibadores necesarios. Efectivamente, según resulta de los datos reflejados en la página 22 del documento analizado, a 31 de diciembre de 2019, los CPE tenían empleados a 6.103 estibadores (más 153 trabajadores de estructura), y existían otros 279 estibadores en las SAGEP que todavía no se habían transformado (más 21 de estructura). Es decir, un total de 6.556 empleados (estibadores y de estructura) en las SAGEP/CPE. Las ETT que operan en los puertos españoles (recordemos que las ETT ya operaban incluso con anterioridad a la STJUE) tienen 293 trabajadores. La relación es de 1 trabajador de ETT por cada 23 de las SAGEP/CPE. Los trabajadores contratados directamente por empresas estibadoras son 614 en todos los puertos estatales y este número incluye no sólo empresas estibadoras sino otras empresas. La relación es de 1 a diez: 1 trabajador propio de las empresas estibadoras (incluyendo estas otras empresas sin licencia) por cada 10 de las SAGEP/CPE. (página 27 del citado documento) (Descripción 217).

Vigésimo tercero.

Se dan por reproducidos los acuerdos para la transformación de la SAGEP en centro portuario de empleo de las empresas estiba doradas del puerto de Bilbao y de Bilboestiva SAGEP (doc.1 aportado en el acto del juicio)

Vigésimo cuarto.

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

El Real Decreto-ley 8/2017, en su disposición transitoria primera, permite a las empresas accionistas de las SAGEP ejercer su derecho a separarse de la misma, en un plazo de seis meses, de manera individual y voluntaria, sin más condicionamientos que la venta de sus acciones al resto de accionistas que decidan continuar en ella. Sin embargo, en el IV Acuerdo se introdujeron una serie de obligaciones adicionales como la imposición a las empresas de la subrogación del personal estibador de la SAGEP tal como se ha indicado.

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

Según informa Puertos del Estado, en el Puerto de Vilagarcía de Arosa, la empresa GARCÍA REBOREDO HERMANOS, S.L. habría comunicado su interés de separarse de la SAGEP, pero sin que se tenga información de su efectiva tramitación⁵². Igualmente, y también de acuerdo a la información proporcionada por Puertos del Estado, las empresas socias de las SAGEP de Ferrol, Coruña y Marín, han anunciado su intención de disolverlas, si bien no se ha adoptado aún ningún acuerdo al efecto.

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

Los motivos alegados por IST fueron la insuficiencia del servicio prestado por SESASA; la incompatibilidad entre las especialidades de los estibadores requeridas por IST para su operativa y la organización de asignación de especialidades de la SESASA; el incumplimiento de los pactos alcanzados en 2011 con el Comité de Empresa 55, y la inseguridad jurídica y laboral de cara al futuro, dada las diferencias de los plazos concesionales con otros socios de la SAGEP.

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

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

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

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

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

El propio organismo Puertos del Estado informó a la Dirección de Competencia de la situación sufrida por NISA MARÍTIMA.

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

A resultas de dicha denuncia, el 9 de enero de 2018, Puertos del Estado dirigió un requerimiento de información, al amparo del artículo 125.1 del TRLPEMM, a las

Autoridades Portuarias de los Puertos afectados por los hechos denunciados. En respuesta a dichos requerimientos, las Autoridades Portuarias de Valencia y Las Palmas confirmaron el descenso del rendimiento en aquellas operaciones en que estaban implicadas empresas del GRUPO ALONSO, coincidiendo con la comunicación de la decisión de IST de su abandono de la SAGEP del Puerto de Sagunto. La Autoridad Portuaria de Las Palmas informó también de la apertura de expedientes disciplinarios a los trabajadores responsables. La Autoridad Portuaria de Tenerife contestó que no tenía nada que manifestar al respecto. La Autoridad Portuaria de Barcelona manifestó que los bajos rendimientos denunciados estaban justificados por la necesaria aplicación de medidas de higiene y seguridad en el trabajo.

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

El 21 de noviembre de 2017 remitió su solicitud de separación de SESASA a la CPSE.

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

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

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

IST ha denunciado que, a petición del sindicato CETM, se mantuvieron varias reuniones informales en las que solicitó que IST retirara su decisión de separarse de la SAGEP.

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

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

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

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

IST ha manifestado que la efectiva incorporación de 19 trabajadores más a su plantilla, en condiciones de jornada laboral completa todo el año y sin flexibilidad, no responde a sus necesidades operativas y supone un sobredimensionamiento de su plantilla. La separación se llegó a hacer efectiva. (Descriptor 127)

Se han cumplido las previsiones legales.

Fundamentos de Derecho

Primero.

En cuanto a los hechos declarados probados, se obtienen de los documentos que en ellos se indica, dando con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 97.2 de la LRJS.

Segundo.

Se solicita que se dicte sentencia por la que,

(i) se declare la nulidad de pleno derecho en los términos que resultan de la fundamentación jurídica precedente, por contravenir el RD-ley 9/2019, el RD ley 8/2017, el artículo 49 del TFUE y la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, de las siguientes disposiciones del IV Acuerdo Marco:

Artículo 6, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13, del IV Acuerdo Marco; artículo 7 del IV Acuerdo Marco; artículo 8 del IV Acuerdo Marco; artículo 9 del IV Acuerdo Marco; artículo 10, apartados 1, 4, 5 y 6, del IV Acuerdo Marco; artículo 11 del IV Acuerdo Marco, en sus referencias a la relación laboral especial; artículo 12, apartado 2, del IV Acuerdo Marco; artículo 18, apartado 1, del IV Acuerdo Marco; artículo 19, apartado 1.e), del IV Acuerdo Marco; disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco.

(ii) declarar la nulidad de pleno derecho de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco por vulnerar el principio de igualdad ex artículo 14 de la CE.

Frente a tal pretensión no comparecen estando citados en legal forma EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA y LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK.

COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR, alegó las excepciones de falta de legitimación activa y falta de acción y, en cuanto al fondo se opone a la demanda. En noviembre de 2019, los sujetos legitimados para la negociación, ANESCO (por la parte empresarial) y CETM, UGT, CC.OO y CIG (por la parte sindical) alcanzaron un principio de acuerdo del V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. Las partes legitimadas para la negociación tienen negociado el texto del V Acuerdo con derogación expresa del convenio colectivo en vigor objeto del presente procedimiento, para su adaptación definitiva a las modificaciones legales. En relación a la supuesta nulidad de los artículos específicamente impugnados del IV Acuerdo Marco, procede declararnos conforme a derecho, solicitando, en definitiva, la desestimación íntegra de la demanda.

UGT, se adhiere a la excepción de falta de legitimación activa alegada por CETM y a sus manifestaciones, alega la excepción de falta de legitimación activa en relación a la acción de tutela de derechos fundamentales y de falta de acción y en cuanto al fondo, se opone a la demanda la disposición adicional séptima y el artículo 19.1.e) han perdido vigor y en cuanto a la legalidad del resto de los preceptos impugnados en cuestión jurídica, si bien entiende que los preceptos deben integrarse en el ámbito jurídico para evitar vacíos normativos.

CC.OO, se adhiere a lo manifestado por los codemandados y, se opone a la demanda.

CIG, se adhiere a lo manifestado por los codemandados y se opone a la demanda.

ANESCO, alega la excepción de falta de legitimación activa para el ejercicio de la acción de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas y la excepción de falta de acción en relación con las normas impugnadas relativas a la relación laboral especial del personal estibador y las relativas a las SAGEP, porque se pide la nulidad de las normas que no están vigentes. En relación con la disposición adicional 7.^a y el artículo 19.2 del IV ASE, alega falta de acción. En cuanto al fondo, se opone a la demanda por ser plenamente válidos y eficaces los preceptos impugnados, sin que la

DA 7.ª del IV ASE, vulnera el principio de igualdad. Finalmente manifiesta en relación a la resolución de 18 de septiembre de 2020 de la CNMC que no es firme.

El Ministerio Fiscal en su informe solicitó la estimación de la demanda y la nulidad de los apartados especificados en la demanda por ser contrarios al artículo 3 del Real Decreto ley 9/2019 a la STJUE de 11 de diciembre de 2014 y a las resoluciones de la CNMC.

Tercero.

Es regla general de nuestro ordenamiento jurídico procesal laboral la de que todas las cuestiones e incidentes que se propongan se plantearán en el acto de juicio y se resolverán en la sentencia definitiva, decidiendo en primer lugar, las que puedan obstar al pronunciamiento de fondo sobre la cuestión principal y habiéndose alegado por CETM, UGT, CCOO y ANESCO las excepciones de falta de legitimación activa y falta de acción, procede su previo análisis, señalando al efecto que la STS de 4-3-2019, rec. 187/2017, se ha pronunciado en relación a esta excepción en procedimiento de impugnación de convenio en los siguientes términos:

«(...) En lo que ahora nos ocupa, la legitimación para impugnar por ilegalidad o lesividad un convenio colectivo se ha restringido legalmente (artículo 165 LRJS) a unos concretos sujetos y, constitucionalmente, se ha considerado que tal limitación es conforme con el art. 24 CE "en la medida en que existen sujetos colectivos que encarnan el interés común y que representan legalmente a los incluidos en el ámbito del convenio" [STC 89/2001, de 2 de abril] y, además, es "proporcionada a los límites que el derecho a la negociación colectiva y el carácter vinculante de los Convenios justifica que se impongan" [STC 88/2001, de 2 de abril]. Y ello porque los intereses particulares de quienes se encuentran en el ámbito del Convenio tienen vías procesales en las que combatir los concretos actos en los que se aplica [STC 56/2000 de 28 de febrero] pudiendo incluso interesar que el órgano jurisdiccional entre a valorar la posible nulidad de las cláusulas cuya ilegalidad se propugna [STC 56/2000, de 28 de febrero]. Igualmente, esta Sala recuerda que "la limitación de la legitimación activa para instar el control abstracto de los convenios colectivos no supone el establecimiento de obstáculos innecesarios o excesivos de acceso a la jurisdicción y es una medida razonable y proporcionada porque responde a la finalidad de "promoción de la estabilidad del convenio" (STS 10 febrero 1992, rec. 1048/91, que a su vez invoca STC 47/1988 (EDJ 1988/363), cuyo fund. jur. 4.º establece esa doctrina; también, STS 15 febrero 1993, rec. 715/1991, citada antes)." [STS 14/04/2000, R. 982/1999].

d) Como recordaba la STS de 28 de octubre de 2004, RCU 1943/2003, en los niveles de relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, cabe diferenciar tres niveles,

"a) Uno primero consistente en un interés genérico y abstracto en preservar la aplicación del derecho en un determinado sentido, pero sin que ello influya en la esfera de intereses propios de quien lo ejercita, que queda fuera del ámbito de la legitimación pues nadie, ni tampoco un Sindicato, puede comparecer en un proceso "como un guardián abstracto de la legalidad".

b) Un segundo nivel calificado por el interés en defender un derecho que sí atañe de forma directa al ámbito de actuación de la persona física o jurídica que actúa, puesto que la solución que se dé al pleito afecta a la esfera de derechos que le son propios, en cuyo caso estamos ante la defensa de un interés legítimo y por ello legitimador.

c) Un tercer nivel, que es el propio de la legitimación en su sentido tradicional que es el que manifiesta quien se atribuye la condición de titular del derecho subjetivo que se halla discutido en el pleito".

Dicha sentencia analiza la legitimación de un Sindicato, en tanto ostentan la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios y que la LOLS y el art. 17 LPL le reconocía y que entendemos trasladable al caso en tanto que dichas organizaciones,

al igual que la empresariales, tiene en aquel precepto procesal el mismo tratamiento. Pues bien, partiendo de la doctrina constitucional y en atención al principio de tutela judicial efectiva, sostiene aquella sentencia que de esos tres niveles de actuación dichas organizaciones "se hallan legitimados para actuar y defenderse en juicio los Sindicatos que se hallan en relación con el objeto del proceso en cualesquiera de los dos niveles últimos citados, quedando excluido el primero por cuanto la defensa del derecho en general constituye un objeto demasiado vago y abstracto como para obtener su actuación por medio del proceso judicial".

Sigue razonando que "La legitimación del segundo nivel citado deviene de la existencia de un "vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada" - Sic 210/1994, de 11 de julio - traducido en la existencia de un interés en sentido propio derivado de aquella conexión, "interés que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esto es, tiene que existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines y actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate" (Sic 89/2003, de 19 de mayo)". Estaríamos, según dice la propia sentencia, en la existencia de un "interés legítimo".

e) En términos constitucionales, se ha dicho respecto de la legitimación activa, en relación con el interés legítimo que "se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real. Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3) " [STC 139/2010, de 21 de diciembre]. Esto es, la legitimación se focaliza, como sigue diciendo el TC, en relación con las organizaciones sindicales, en la existencia de un interés legítimo, identificado con " la noción de interés profesional o económico; concepto este que ha de entenderse referido en todo caso a un interés en sentido propio, cualificado o específico, y que doctrinal y jurisprudencialmente viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esto es, tiene que existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate (SSTC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5; y 24/2001, de 29 de enero, FJ 5)" [STC 148/2014, de 22 de septiembre].

f) Por último, en orden a la carga de la prueba sobre la legitimación, se ha dicho que la misma corresponde a la parte demandante que está interesada, a tenor del art. 217.2 de la LEC [STS 106/2018, de 7 de febrero].»

3. En la aplicación de estos preceptos y bajo los criterios constitucionales, así como los jurisprudenciales, antes referidos, se debe concluir en que los demandantes deben ser alguno de los sujetos que, identificados por el artículo 165 LRJS el artículo 165 LRJS, representen los intereses de un colectivo, debiendo mediar, además, un interés de los mismos en la concreta pretensión, como señala la STS de 23 de marzo de 1994, R. 2256/1992, al decir que "el calificativo "interesados" cobra una indiscutible importancia a los efectos de determinar cuáles son las entidades o representaciones sobre los que se asienta la legitimación que comentamos: sólo puede reconocerse ésta a las que ostenten esa condición".

Esto es, ese interés no solo se configura como un interés colectivo de quienes se representan sino que debe existir un vínculo especial y concreto entre dicho sujeto que al ser persona jurídica se vincularía a sus fines, actividad, etc.—y el objeto del debate en el pleito de que se trate, "vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o

beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001, de 15 de enero...y 24/2001, de 29 de enero... (SSTC 164/2003 y 112/2004)" [STS 16/12/2016, R. 124/2007].

Más específicamente y en relación con las Asociaciones empresariales se ha dicho que, a tenor del precepto legal antes citado, no todas las asociaciones empresariales están legitimadas activamente, sino solo aquellas en las que concurra la cualificación de "interesadas". Y Así se ha reconocido interés "en sentencia de 15 de febrero de 1993 (recurso 715/91), que ha indicado que "está desde luego interesada en la impugnación por quedar sus representados incluidos en el campo de aplicación del Convenio y por afectar el mismo a las posibilidades de negociación estatutaria de la propia demandante". En esta línea. la sentencia de 15 de octubre de 1996 (recurso 1883/95), reconoce legitimación activa "a aquellas Asociaciones de empresas interesadas en la impugnación por estar sus representados incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio" [STS 14/04/2000, R. 982/1999 y 15/03/2004, R. 60/2003].

Igualmente se ha apreciado que existe interés "por quedar sus representados incluidos en el campo de aplicación del Convenio y por afectar el mismo a las posibilidades de negociación estatutaria de la propia demandante", con cita de las SSTs 15/02/1993 -rco 715/1991 -; 15/03/2004 -rco 60/2003 -; y 22/03/17 -rco 127/2016 [STS 106/2018, de 7 de febrero].

Todo ello, dentro del marco legal en el que se configuran las asociaciones empresariales, como derecho fundamental que se reconoce en el art. 7 de la CE, como organizaciones que contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios. Esto es, la asociación se constituye en la rama de actividad que estima conveniente para la defensa de sus intereses respectivos, tal y como reconoce el art. 1.1 de la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de Asociación Sindical, y el art. 1 del Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.»

En el caso que nos ocupa, la Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias (Asoport) impugna el IV acuerdo marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. (código de convenio n.º 99012545011993), que fue suscrito con fecha 29 de julio de 2013, de una parte, por la organización empresarial Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), en representación de las empresas del sector, y de otra por las organizaciones sindicales Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar, UGT, CC.OO. y CIG, en representación del colectivo laboral afectado, y publicado en el BOE de 30 de enero de 2014.

La Asociación demandante, ASOPORT está afectada por el referido Acuerdo Marco, pero no fue firmante del mismo, puesto que se constituyó con posterioridad a la suscripción del acuerdo, (BOE 30 de septiembre de 2017). Su pretensión se centra en la impugnación de los artículos artículo 6, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13, artículos 7, 8, 9,10, apartados 1, 4, 5 y 6, artículo 11, en sus referencias a la relación laboral especial; artículo 12, apartado 2, artículo 18, apartado 1, artículo 19, apartado 1.e), del IV Acuerdo Marco; y disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco.

Debiendo ser desestimada la excepción de falta de legitimación activa porque ha quedado acreditado que:

Los miembros de ASOPORT son 47 licencias de servicio portuario de estiba para la manipulación de mercancías, comprendidas en 15 grupos empresariales, representa dos en la Junta Directiva de la Asociación.

En el sistema portuario español hay 142 licencias de estiba (en 2017), y ASOPORT representa más del 30% del sector, ASOPORT, a través de sus asociados, está presente en 22 de las 28 Autoridades Portuarias del sistema portuario español.

Las 47 licencias de la Asociación han realizado en 2017 un total de 191819 jornales en el sistema portuario español.

ASOPORT, a través de sus asociados, representa por tanto en cada puerto:

A Coruña: 100%, Almería: 64%, Avilés: 69%, Bilbao: 13%, Cádiz: 17%, Castellón: 55%, Ferrol: 100%, Gijón: 60%, Huelva: 44%, Málaga: 75%, Marín: 77%, Melilla: 10%, Motril: 33%, Pasajes: 49%, Sagunto: 57%, Santander: 40%, Sevilla: 19%, Tarragona: 60%, Valencia: 1%, Vigo: 1%, Vilagarcía: 29% (Descriptor 23).

En la reunión del Comité ejecutivo de ASOPORT de 16 de enero de 2020, se aprobó la conveniencia de interponer la presente demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para determinar de forma expresa.

Las empresas de ASOPORT realizan diferentes actividades que se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco (artículos 1 y 2). Concorre, por tanto, el interés legalmente exigido pues, como se avanzó, la acreditación del interés legítimo y, por consiguiente, la condición de asociación empresarial interesada se obtiene, como es el caso, cuando los representados por el sujeto demandante están incluidos en los ámbitos funcional y personal del convenio colectivo impugnado, estando legitimada para plantear la acción de impugnación de convenio en la que se alega nulidad de determinados preceptos por vulneración de derechos fundamentales, sin que se está ejercitando un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, sino de impugnación de convenio colectivo regulado en los artículos 163 a 165 LJS.

Cuarto.

La excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda alegada por UGT no puede tener favorable acogida y ello porque bajo la vigencia de la LPL, desde antiguo la jurisprudencia (STS 6/3/1984, RJ 1984/1521) subrayó que la misma carece de cualquier virtualidad y resulta inaceptable en el proceso laboral toda vez que los arts. 80 y 81 de la ley adjetiva, excluyen su aceptación, en cuanto establecen y obligan al juez de instancia a que advierta previamente si la demanda cumple las exigencias formales previstas en el Art. 80 LPL.

En idéntico sentido, la Sala Cuarta del TS en Sentencia de 14 febrero 2007 (RCUD 93/2006) con cita de la del TC 25/91 de 11 de febrero (RTC 1991\25) señala que la aplicación del apartado primero del artículo 80 de la Ley de Procedimiento Laboral (EDL 1995/13689) no permite el juego de la excepción de defecto legal en el modo de presentar la demanda, sino que en su caso sería causa de nulidad de las actuaciones que debería llevar a retrotraerlas al momento de la presentación de la demanda, cuestión que por ser de orden público ha de ser apreciada incluso de oficio por los Tribunales.

El indicado criterio jurisprudencial continúa siendo aplicable tras la entrada en vigor de la LRJS que, en cuanto a este aspecto procesal, conserva el diseño de la norma anterior, y, en el nuevo art. 81, como consecuencia de las nuevas funciones de los LAJ en la nueva oficina judicial, les atribuye la de comprobar que la demanda satisfaga los requisitos procesales legalmente exigidos, con necesaria advertencia a las partes para que subsanen los defectos apreciados y dación de cuenta al Juez o Tribunal a cuya decisión corresponde la inadmisión preliminar, manteniendo y reforzando, tal y como se indica en su Exposición de Motivos, el principio tradicional rector del proceso laboral de garantizar la subsanación de los presupuestos formales que pudieran impedir un pronunciamiento sobre el fondo ya respondan a omisiones, imprecisiones o defectos en la demanda, falta de capacidad o representación, inadecuación de procedimiento con transformación de oficio del procedimiento seguido según el proceso que deba seguirse, litisconsorcio pasivo necesario o cualquier otra causa obstativa de orden procesal.

Una vez presentada la demanda, lo que la parte que la formula ha de enumerar de forma clara y concreta los hechos sobre los que verse la pretensión actuada y todos aquellos que resulten imprescindibles, según la legislación sustantiva, para resolver las cuestiones planteadas (Art. 80.1 c LRJS), la ley procesal laboral proscribía la posibilidad de que en el juicio oral el demandante pueda variar esencialmente los elementos configuradores de la acción ejercitada, introduciendo alteraciones sustanciales en los

hechos y los fundamentos que la sustentan o en el contenido de la pretensión deducida, que debieron quedar establecidos en el suplico de la demanda (Art. 80.1.d), disponiendo a tal efecto, en el Art. 85.1, que en el momento de ratificación o ampliación de la demanda no podrá el actor hacer en ella variación sustancial y en el Art. 87.4, referente a la fase de conclusiones, que las mismas se formularán sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir indicados en la demanda.

Las normas mencionadas tienen la finalidad de evitar la indefensión de los demandados, cuyos medios de defensa podrían quedar cercenados, quebrantando el principio de igualdad de armas en el proceso, si se permitiese al demandante cambiar radicalmente en el acto del plenario su pretensión, habiendo señalado la Jurisprudencia que se introduce una modificación de tal naturaleza e intensidad cuando la misma afecte de forma decisiva a la pretensión ejercitada o a los hechos en que ésta se fundamenta, aportando un elemento de innovación esencial en la delimitación del objeto del proceso, susceptible a su vez de generar para la demandada una situación de indefensión (SSTS 15/11/12, RJ 2311; 10/04/14, Rec. 154/13; 30/04/14, Rec. 213/13)

En la demanda origen del procedimiento a la que la presente sentencia se refiere, se especifican los hechos, las causas y los motivos de dichas pretensiones, sin que la demanda haya producido indefensión porque los demandados han podido conocer cabal y adecuadamente cual iba a ser la posición del demandante pudiendo preparar con igualdad de armas su defensa en el plano alegatorio y el probatorio como así lo corrobora la intervención de los letrados en el acto del juicio que desplegaron su actividad probatoria como tuvieron por conveniente. Debiendo decaer la excepción propuesta de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Quinto.

Igual suerte desestimatoria ha de correr la excepción de falta de acción alegada por los letrados de CETM, ANESCO y UGT, a la que se adhirieron CC.OO y CIG en la que se argumenta que, las normas impugnadas del IV Acuerdo Marco de la estiba portuaria no están en vigor, al haberse dictado la sentencia del TJUE de 11/12/2014, cuya ejecución se materializó mediante los Reales Decretos leyes 8/2017 y 9/2019 que establecieron un nuevo régimen jurídico por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, habiendo alcanzado las partes un principio de acuerdo (V ASE), a lo que se opone la parte actora por considerar que existe acción para reclamar lo solicitado en demanda. Lo que se defiende en la demanda es la nulidad de determinados preceptos del IV Acuerdo Marco, no bastando una mera interpretación de sus preceptos. Así lo ha entendido legislador que hasta en cuatro ocasiones (RDL 4/2017, RDL 8/2017, Ley de Presupuestos Generales de 2018 y RDL 9/2019) fijó un plazo para que la normativa convencional se adaptara al nuevo marco normativo, transcurrido el cual los preceptos contrarios a dichas normas se declaran nulos de pleno derecho. Y así lo sostiene también la CNMC que en su Resolución de 18 de septiembre de 2020 declaró expresamente la ilegalidad de la disposición adicional séptima, solicitando a la Sala la declaración de nulidad de los preceptos citados en demanda. Por tanto, esta pretensión forma parte del fondo del asunto, y en tal sentido deberá ser analizada sin que proceda descartarla en fase de excepción procesal.

Sexto.

En los últimos años se han sucedido una serie de hitos legislativos, normativos y jurisprudenciales en el sector de la estiba en España que han modificado el régimen de

la estiba portuario y que han venido a incidir en la norma convencional estatal del sector de la estiba portuaria.

1. El 14 de noviembre de 2013, la Comisión Europea interpuso recurso frente al TJUE solicitando que se declarase que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 del TFUE.

La reclamación de la Comisión Europea tenía su origen en la normativa española, que desde el año 1986 obligaba con carácter general a las empresas estibadoras que operaban en los puertos españoles de interés general a formar parte de una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (en adelante, SAGEP) también denominada en el IV Acuerdo Marco como Organización de Empresas de Estiba (en adelante, OEE)-. Dicha normativa también les impedía recurrir libremente al mercado laboral para contratar personal propio, salvo en los supuestos en los que los trabajadores propuestos por la SAGEP no fuesen idóneos o suficientes. Las obligaciones cuyo contenido eran objeto de recurso estaban reguladas en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de 5 de septiembre de 2011 (en adelante, la Ley de Puertos).

2. El 11-12-2014 el TJUE dictó sentencia ECLI:EU:C:2014:2430 en la que DECLARA QUE EL REINO DE ESPAÑA HA INCUMPLIDO LAS OBLIGACIONES QUE LE INCUMBEN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 49 TFUE.

Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, procede considerar que la restricción a la libertad de establecimiento que resulta del régimen portuario español objeto del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión constituye una restricción que va más allá de lo que resulta necesario para alcanzar los objetivos perseguidos y que, por consiguiente, no está justificada.

Por lo tanto, debe considerarse fundado el recurso por incumplimiento.

En consecuencia, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado.

Es decir, El TJE consideró que el Reino de España había incumplido el artículo 49 del TFUE al imponer las siguientes obligaciones a las empresas de otros Estados miembros que desearan desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general:

- (i) inscribirse en una SAGEP obligatoriamente para poder operar en el sector y participar en el capital de ésta; y
- (ii) contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por la SAGEP, y a un mínimo de tales trabajadores con carácter permanente (Descriptor 9).

3. A propósito de la obligación de participación en el capital de las SAGEP, el artículo 143 de la Ley de Puertos, en su apartado primero, establecía que «todas las empresas que deseen prestar el servicio portuario de manipulación de mercancías y obtengan la correspondiente licencia deberán, en su caso, integrarse como partícipes en el capital de la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios».

4. En relación con la participación, el apartado segundo del mismo artículo 143 determinaba qué porcentaje de participación le correspondía a cada titular de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en la SAGEP en los siguientes términos:

«El capital social inicial de la SAGEP se fijará en los Estatutos de la Sociedad que se aprueben en el momento de su constitución, distribuyéndose entre los titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en vigor en ese momento en el puerto, que no estén exentos de participación en la citada sociedad mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, de acuerdo con los siguientes criterios:

1.º El 50 por ciento del capital se distribuirá proporcionalmente entre el número de titulares de licencias de prestación del servicio de manipulación de mercancías. 2.º El restante 50 por ciento se distribuirá entre dichos titulares en función del grado de utilización temporal de la plantilla, medido en volumen de facturación.»

5. En el marco del control de la ejecución de la Sentencia del TJUE, la Comisión Europea requirió al Reino de España para que le informase acerca de las medidas adoptadas para ejecutar dicha sentencia y que, con anterioridad al 20 de septiembre de 2015, adoptase las medidas necesarias para cumplir con el fallo de la Sentencia del TJUE.

6. Tras recibir las alegaciones del Reino de España y no observándose el cumplimiento de la Sentencia del TJUE, la Comisión Europea interpuso recurso ante el Tribunal solicitando la imposición de sanciones pecuniarias al Reino de España por incumplimiento de la antedicha sentencia.

7. El TJUE, en respuesta al recurso interpuesto por la Comisión Europea, dictó sentencia de 13 de julio de 2017 (asunto C-388/16) en la que, declarando el incumplimiento de España de las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, condenó al Reino de España a pagar una cantidad a tanto alzado de 3 millones de euros.

8. El 14 de mayo de 2017 entró en vigor el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13.

El 18 de mayo de 2017, el Congreso de los Diputados convalida el Real Decreto ley 8/2017.

9. La modificación del RD-ley 8/2017 operada por el RD-ley 9/2019 de 80. El 31 de marzo de 2019 entró en vigor el RD-ley 9/2019.

El 31 de marzo de 2019 entró en vigor el RD-ley 9/2019, que manifiesta tener por objeto consolidar el marco de liberalización del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

El 10 de abril de 2019.–Resolución de 3 de abril de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto ley 9/2019

Para ello, ha introducido una serie de modificaciones en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (en adelante, LETT), al incorporar en dicha norma un nuevo Capítulo V dedicado íntegramente a los CPE (artículo 2); y ha reconocido expresamente las facultades de organización y dirección de las empresas titulares de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías en su condición de empleadoras, previendo de manera particular la facultad de designar al personal necesario para realizar cada una de las actividades portuarias (artículo 3).

2. Especial mención merece el impacto que el RD-ley 9/2019 ha causado en el RD-ley 8/2017, en tanto que ha modificado su artículo 3.1, y ha derogado de manera expresa el apartado 2 de la disposición final tercera y el anexo I del citado RD-ley 8/2017.

3. Y en línea con lo anterior, el RD-ley 9/2019 derogó la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 -que, como ya se ha puesto de manifiesto, había modificado el

plazo de adaptación de la norma convencional- e introdujo un nuevo plazo de adaptación de la norma convencional en los siguientes términos:

«Disposición adicional segunda. *Normativa convencional.*

1. En el plazo máximo de nueve meses desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley, las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en el mismo, en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, y en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2. Transcurrido dicho plazo, las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan lo previsto en el párrafo precedente serán nulas de pleno derecho»

4. La disposición adicional primera determina la necesidad de que el Ministerio de Fomento (actual Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) remita anualmente a la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos un informe que recoja la evolución de la liberalización del sector de la estiba. En particular, dicho informe deberá reflejar la evolución del empleo y los flujos de entrada y salida de trabajadores a la estiba, la contratación dentro y fuera de los centros portuarios de empleo, las condiciones laborales, las magnitudes básicas del sector de formación de estibadores y el impacto de todo ello sobre la competitividad portuaria española.

10. La modificación del IV Acuerdo marco con la incorporación de una nueva disposición adicional séptima que impone la subrogación de los trabajadores de la SAGEP a aquellas empresas que se separen de la SAGEP.

1. El 6 de julio de 2017, ANESCO, en representación de las empresas del sector, y COORDINADORA, UGT, CC.OO., ELA, LAB, y CIG, en representación de los trabajadores, acordaron modificar el IV Acuerdo Marco en el sentido de incorporar una nueva disposición adicional séptima al texto convencional.

El acuerdo alcanzado se plasmó en Acta de 6 de julio de 2017, que fue registrada y publicada por medio de Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, publicada en el BOE de fecha 18 de julio de 2017.

2. Por acuerdo unánime de la representación empresarial y por mayoría (96,601%) de la representación sindical, se acuerda incorporar una nueva disposición adicional al IV-ASE, identificada como séptima, con el siguiente tenor literal:

«Disposición adicional séptima.

Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se subrogarán el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad. En consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables.

En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores tendrán

derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP.

Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición adicional. La presente Disposición adicional tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017.» (BOE 18 de julio de 2017, descripción 15).

De esta manera se incorporaba al IV Acuerdo Marco la petición sindical: la garantía de la totalidad de empleo a través de la subrogación del personal.

3. Por Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el Acuerdo parcial de modificación del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. (código de convenio n.º 99012545011993), acuerdo parcial que ha sido suscrito, de una parte, por la asociación empresarial ANESCO, en representación de las empresas del sector, y, de otra, por las organizaciones sindicales Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), UGT, CC.OO. y CIG, en representación de los trabajadores afectados (BOE de 13 de marzo de 2018).

Como consecuencia de las modificaciones acordadas, la disposición adicional séptima del IV Acuerdo tendrá la siguiente redacción:

«Disposición adicional séptima.

1. Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto ley 8/2017, se subrogarán el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad. En consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables.

En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores tendrán derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP.

Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición adicional.

2. El sistema de asignación de los trabajadores de la SAGEP a los que se ofrecerá, de acuerdo con el apartado anterior, la incorporación voluntaria a la

empresa estibadora que se separe de aquella en virtud de lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se deberá regir por los siguientes principios:

(i) El ejercicio del derecho de separación de cualquier socio de las SAGEP se debe producir dentro de la más estricta neutralidad en relación con la situación anterior a la separación y evitando, en particular, que la posición competitiva de las empresas que ejerzan dicho derecho se vea perjudicada tras su separación.

(ii) El número de trabajadores a subrogar se determinará mediante la estricta aplicación de la regla de proporcionalidad en función del porcentaje de participación de la empresa estibadora en el capital social de la SAGEP.

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

La información sobre la distribución por categorías y especialidades de trabajadores empleada por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación se considerará estrictamente confidencial para el resto de empresas y solo será conocida por los gestores de la SAGEP, que asumirán un compromiso de reserva sobre la información facilitada.

(iv) Para garantizar la neutralidad de la medida para las empresas que se separen y, en su caso, las que permanezcan, y las condiciones de trabajo individual y colectivas indicadas en el apartado 1 anterior, la empresa que haya decidido su separación, la SAGEP y la Representación Legal de los Trabajadores deberán tener en consideración el nivel de ocupación del personal objeto de subrogación y, a tal efecto, podrán acordar la subrogación de los trabajadores a tiempo parcial entre las mismas, en proporción al nivel de ocupación entre las empresas en el periodo de doce meses indicado en el apartado anterior.

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

(vi) Lo dispuesto en los apartados (ii) a (v) anteriores se aplicará siempre y cuando la empresa que haya decidido su separación, la correspondiente SAGEP y la Representación de los Trabajadores no acuerden otros criterios diferentes o complementarios, que habrán de ser, necesariamente, respetuosos con lo establecido en el apartado (i) anterior. La decisión así adoptada deberá someterse al informe previo de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, conforme a lo establecido en el apartado 1 anterior.

3. La presente disposición adicional tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017.» (Descriptor 16)

4. Con motivo de la subrogación convencional de la disposición adicional séptima, las partes firmantes acordaron también modificar el artículo 19 del IV Acuerdo Marco, que regula la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, al objeto de atribuirle funciones propias específicas relacionadas con la subrogación de personal.

Dicho acuerdo, de 20 de diciembre de 2017, también fue registrado y publicado por Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, y publicado en el BOE de 13 de marzo de 2018. (descriptor 17) (Resolución de 7 de marzo de 2018 de la

Dirección General de Empleo publicada en el BOE, por la que se modifica el artículo 19 del IV Acuerdo Marco.)

11. En la fecha de interposición de la demanda, el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria sigue vigente, si bien, algunos de sus preceptos, han decaído, al resultar de aplicación el principio de jerarquía normativa en aplicación del cual, tal como se ha interpretado de forma pacífica por la Sala IV del Tribunal Supremo, la posición del Convenio Colectivo en el sistema de fuentes es el de subordinación jerárquica a la Ley y, por tanto, aquél debe someterse a las leyes y normas de mayor rango jerárquico y no al revés, incluso aunque la norma legal sea posterior o sobrevenida.

La STS de 18.01.2000, rec. 4982/1999, argumenta: "La Sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7087), afirmaba que "tradicionalmente se ha sostenido que del carácter normativo del convenio colectivo deriva su sometimiento a las normas de rango superior, dentro del cuadro de las fuentes del Derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1988, de 10 octubre [RTC 1988, 177]. Que la norma paccionada ha de sujetarse al derecho necesario establecido por la ley, de rango superior en la jerarquía normativa (Sentencia del mismo Tribunal 58/1985, de 30 abril [RTC 1985, 58]. La primacía de Ley sobre el convenio deriva de la sumisión de éste a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla (Sentencia del mismo Tribunal 210/1990, de 20 diciembre [RTC 1990, 210]).

El artículo 37.1 de la Constitución no se vulnera por la entrada en vigor de una Ley que repercute sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes. Aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente en la Constitución (artículo 37.1), de esta misma se deriva la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio, como se desprende de su artículo 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley. Como dijo la citada Sentencia 58/1985 (RTC 1985, 58), "la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva".»

Séptimo.

Como ya hemos anticipado, la disposición adicional segunda del RD-ley 9/2019, establece:

«1. En el plazo máximo de nueve meses desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley, las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en el mismo, en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, y en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

2. Transcurrido dicho plazo, las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan lo previsto en el párrafo precedente serán nulas de pleno derecho.»

Y la Disposición derogatoria única del RD-ley 9/2019:

«Quedan derogados:

1.º El apartado 2 de la disposición final tercera, y el anexo I del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, dando cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052).

2.º La disposición final cuadragésima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.»

No exige de pronunciamiento judicial alguno acerca de la nulidad de las normas convencionales contrarias a aquél, al RD-ley 8/2017 y al artículo 49 del TFUE, en tanto que reconoce expresamente su nulidad de pleno derecho.

Ahora bien, en aras de la seguridad jurídica, interesa un pronunciamiento expreso de esta Sala a fin de evitar dudas acerca del alcance y de la aplicación de determinadas disposiciones del IV Acuerdo Marco. Se interesa que esta Sala se pronuncie sobre aquellas disposiciones del IV Acuerdo Marco que contravengan el RD-ley 9/2019, en el RD-ley 8/2017, el artículo 49 del TFUE y la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, y las declare nulas de pleno derecho, expulsándolas expresa y definitivamente del ordenamiento jurídico, debiendo pronunciarse la Sala sobre los preceptos impugnados, máxime teniendo en cuenta el tiempo transcurrido sin que conste que la nueva versión el V AME se hayan adaptado a las instrucciones precisas de la CNMC en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, para adecuar la norma convencional a la regulación en materia de defensa de la competencia.

Solicita la parte demandante la declaración de nulidad de pleno derecho, por contravenir el RD-ley 9/2019, el RD-ley 8/2017, el artículo 49 del TFUE y la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, de las siguientes disposiciones del IV Acuerdo Marco: artículo 6, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13, artículo 7, 8, 9, artículo 10, apartados 1, 4, 5 y 6, artículo 11 del IV Acuerdo Marco, en sus referencias a la relación laboral especial; artículo 12, apartado 2, artículo 18, apartado 1, artículo 19, apartado 1.e) y disposición adicional séptima del IV.

Conviene recordar que en el presente procedimiento no debe ni puede entrarse en el examen de las circunstancias concretas de la evolución de la liberalización del sector de la estiba y la transformación del régimen de la estiba, sino que el conocimiento de la Sala se ve circunscrito únicamente a examinar en abstracto si el contenido de los preceptos concretos del IV Acuerdo Marco denunciados como ilegales se ajustan a los cánones de legalidad, por ello las afirmaciones que se contienen en el escrito de demanda que no sean de orden abstracto, no pueden influir en el proceso de impugnación del convenio, pues se estaría descendiendo a casos concretos ajenos a la generalidad del precepto y más propios de la reclamación por vía ordinaria y ante el orden jurisdiccional que fuera competente. No es objeto del procedimiento de impugnación de convenio el análisis de la evolución del empleo y los flujos entrada y salida de trabajadores a la estiba, la contratación dentro y fuera de los centros portuarios de empleo, las condiciones laborales, las magnitudes básicas del sector de la formación de estibadores y el impacto de todo ello sobre la competitividad portuaria española.

Por tanto, hay que tener en cuenta que en el presente caso no nos encontramos ante una demanda de conflicto colectivo, sino ante una demanda de impugnación de convenio colectivo, demanda que no tiene por objeto cuestionar ante el órgano judicial la interpretación o aplicación que deba hacerse del Convenio Colectivo y de los preceptos legales aprobados con posterioridad convenio, sino solicitar que se deje sin efecto un determinado precepto del mismo por ser contrario a la legalidad vigente.

Límites a la normativa convencional: Artículo 49 del TFUE, RD-ley 8/2017, RD-ley 9/2019 y concordantes 109.

La disposición adicional segunda del RD-ley 9/2019 establece que serán nulas de pleno derecho todas las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan lo dispuesto en el RD-ley 9/2019, en el RD-ley 8/2017 y en el artículo 49 del TFUE.

A estas normas debe añadirse como límite para la normativa convencional, el fallo de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C576/13, en la medida en que tanto el RD-ley 8/2017 como el RD-ley 9/2019 tienen por objeto dar cumplimiento a aquella Sentencia.

El artículo 49 del TFUE, prohíbe expresamente las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, y reconoce de manera expresa que la libertad de establecimiento comprenderá, entre otras facultades, la constitución y gestión de empresas.

La Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 consideró que el marco normativo español del sector de la estiba contravenía el artículo 49 del TFUE al imponer a las empresas que desearan desarrollar la actividad portuaria de manipulación de mercancías las siguientes obligaciones: a) participar en el capital de una SAGEP; y b) contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha SAGEP, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente.

El RD-ley 8/2017, por su parte, consagra de manera expresa la libre contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (artículo 2.1), y la no obligación de participar en empresa alguna para prestar el servicio de manipulación de mercancías (artículo 2.2).

El RD-ley 9/2019 reconoce al titular de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías el libre ejercicio de las facultades de dirección, organización y control de la actividad laboral de los trabajadores portuarios en los términos previstos en el artículo 20 del TRLET, tanto en su condición de empleador, como en aquellos casos en que la contratación de los trabajadores portuarios se haya realizado por medio de CPE o ETT (artículo 3.1.).

El RD-ley además regula de manera expresa que entre las facultades de dirección y organización se encuentra la de designar al personal necesario para realizar cada una de las actividades portuarias (artículo 3.2), lo que supone interdicción de limitaciones a facultad organizativa de la empresa.

Octavo. Disposiciones del IV Acuerdo Marco contrarias al artículo 49 del TFUE, a la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, a las disposiciones del TFUE, al RD-ley 8/2017 y al RD-ley 9/2019.

Con carácter general, deben declararse contrarias a la normativa de referencia todas aquellas disposiciones del IV Acuerdo Marco en las que se contienen referencias y un trato diferenciado entre la relación laboral común y la relación laboral especial, toda vez que la relación laboral especial del personal estibador, prevista originariamente en el artículo 2.1.h) del TRLET, fue derogada expresamente por el RD ley 8/2017, de forma que decae la necesidad de realizar cualquier regulación diferenciada.

Asimismo, merecen la declaración de nulidad todas aquellas disposiciones del IV Acuerdo Marco que conceden una posición preeminente a las SAGEP (denominadas en el IV Acuerdo Marco, OEE) sobre las empresas estibadoras. El IV Acuerdo Marco fue negociado y acordado sobre la premisa de un único OEE (SAGEP) por puerto y también sobre la premisa que obligaba a las empresas estibadoras a participar en el capital de las OEE y a utilizar exclusivamente el personal estibador de la OEE del puerto correspondiente. Con la entrada en vigor del RD-ley 8/2017, primero, y del RD ley 9/2019, después, y la consecuente liberalización del sector de cesión temporal de personal estibador y la creación de los Centros Portuarios de Empleo (en adelante CPE), algunas de las disposiciones más significativas del IV Acuerdo Marco debieron ser revisadas para adaptarlas al nuevo marco normativo.

Habiendo finalizado el plazo concedido por la disposición adicional segunda del RDley 9/2019 (En el plazo máximo de nueve meses desde la entrada en vigor del presente real decreto-ley, las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a lo dispuesto en el mismo, en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, y en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2. Transcurrido dicho plazo, las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan lo previsto en el párrafo precedente serán nulas de pleno derecho) para adaptar las normas convencionales sin que tal adaptación haya tenido lugar, las mismas deben declararse nulas de pleno derecho por contrarias a la normativa de referencia en virtud de la disposición adicional segunda del RD-ley 9/2019.

Debemos precisar por tanto que, las normas impugnadas relativas a la relación laboral especial del personal estibador y las relativas a las SAGEP, no están vigentes al haber sido derogadas por la disposición derogatoria única del RDL 8/2017.

Noveno.

Pasando a analizar los concretos preceptos impugnados del IV Acuerdo Marco,

1. Se solicita la declaración de nulidad de pleno derecho del artículo 6, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12, y 13.

«Artículo 6. Niveles de ocupación e ingresos en plantillas.

6.1 Nivel óptimo de empleo y nivel de ocupación.

Los ingresos de nuevos trabajadores en las plantillas de las OEE y la contratación de estos por las empresas indicadas en el ámbito personal, para realizar las actividades del ámbito funcional del presente convenio, se producirá en función de la aplicación de los siguientes criterios:

a) Se entenderá por nivel óptimo de empleo de los estibadores sujetos a Relación Laboral Especial, el 100 % de la jornada mínima mensual obligatoria pactada, computada a nivel de cada Puerto, anualmente, y a rendimiento habitual.

b) Al objeto de determinar el nivel de ocupación, en orden a la consecución del objetivo de nivel óptimo de empleo se computarán los turnos realizados por cualquier trabajador en la actividad a rendimiento habitual, con aplicación de la polivalencia y movilidad pactadas en este Acuerdo. Asimismo, se tendrá en cuenta –si no hubieran sido cubiertas por personal con posterioridad– las peticiones realizadas a la OEE que no hayan sido atendidas por falta de personal. De no concurrir en el Puerto las indicadas condiciones de polivalencia y movilidad, se computará –en las operaciones portuarias efectuadas– el tiempo de trabajo a rendimiento habitual dentro del turno, cualquiera que sea la denominación o cómputo que la normativa específica del Puerto otorgue al tiempo contratado.

El cómputo será realizado anualmente en cada Puerto, y, en atención al trabajo de los estibadores portuarios con Relación Laboral Especial en activo. Se deducirán los períodos de bajas o jornadas no realizadas por las causas de suspensión del contrato de trabajo, sin superar, a estos efectos, el 4 % anual.

c) El nivel de ocupación de los trabajadores de nuevo ingreso en cualquiera de los grupos profesionales se computará a los efectos previstos en los apartados anteriores.

6.2 Procedimiento de Ingresos de personal.

6.2.1 Condiciones Generales: Los ingresos de nuevos trabajadores se producirán conforme a las disposiciones legales de aplicación.

6.2.2 Propuesta de ingreso: La propuesta de ingreso se podrá efectuar:

1. Por la OEE.
2. Por la representación legal de los trabajadores.

La propuesta deberá ir acompañada de un informe que contendrá, además de los datos referenciados en el artículo 6.1 y 6.3.1 del presente acuerdo, aquellos otros de especial relevancia.

Ambas partes están obligadas a reunirse en cada puerto, a aportar los datos que sobre la materia obren en su poder y a negociar de buena fe en la consecución de un acuerdo. La OEE vendrá obligada a facilitar los datos que obren en su poder a la representación legal de los trabajadores y a las empresas afectadas en cada puerto. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal podrá requerir los referidos datos a la

OEE y, en su caso, a las empresas, que estarán obligados a facilitarlos en el plazo máximo de un mes.

6.2.3 Categorías profesionales de ingreso: El ingreso de nuevo personal se producirá por el Grupo 0 (Auxiliar), o a través de trabajadores de nuevo ingreso en los restantes grupos profesionales regulados en el artículo 12 del presente Acuerdo siempre que se hayan agotado las posibilidades de promoción profesional y, en consecuencia, resulte total y absolutamente imposible la formación profesional de trabajadores de la plantilla del puerto de categorías inferiores que deseen optar al ascenso. En tal caso, la propuesta de ingreso deberá acreditar la concurrencia de las indicadas circunstancias.

6.2.4 Nuevos ingresos y derecho a la promoción profesional: El régimen de ingreso regulado, no condicionará el derecho de promoción preferente de los trabajadores de los Grupos I, II, III y IV, con base en las especialidades profesionales y formación acreditadas. A tal efecto, las empresas, por medio de la OEE están obligadas a facilitar los medios necesarios para posibilitar la formación profesional que garantice el derecho de promoción profesional.

6.2.5 Nuevos ingresos por motivos excepcionales: La Comisión Paritaria Sectorial Estatal podrá informar sobre el ingreso de trabajadores, previa audiencia de las representaciones empresarial y de los trabajadores del puerto afectado, aun cuando el nivel de ocupación del Puerto no exceda del establecido en el art. 6.1 anterior, cuando concurren circunstancias que afecten a las condiciones de trabajo, formación profesional de la plantilla, medidas de adecuación de la plantilla en previsión de jubilaciones o bajas, introducción de nuevas tecnologías, tráfico del Puerto u otra circunstancia que la justifique.

6.3 Condiciones de los nuevos ingresos.

6.3.1 Modalidades de contratación: La incorporación de nuevos trabajadores portuarios a la plantilla del puerto, tanto en el Grupo 0 (Auxiliar), como de nuevo ingreso en los grupos profesionales I, II y III, se producirá por medio de la OEE mediante la contratación de trabajadores de relación laboral especial por tiempo indefinido, bajo las modalidades a tiempo completo o parcial. Los trabajadores deberán reunir los requisitos de habilitación profesional y superar las pruebas mínimas de ingreso establecidas en el presente Acuerdo y, en su caso, las convenidas entre las empresas y la representación de los trabajadores en cada puerto.

La modalidad de contratación a tiempo parcial deberá realizarse por un mínimo del 20 % de la jornada ordinaria equivalente en el mismo período de referencia. Los trabajadores contratados a tiempo parcial con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual, podrán realizar un número de horas complementarias que no podrá exceder del 60 % de las horas ordinarias contratadas.

Las horas complementarias requeridas en cada jornada no podrán ser inferiores al número de horas correspondientes al turno ordinario de trabajo en el puerto (6, 8 o 12 horas). En todo caso, la suma de las horas ordinarias y de las complementarias no podrá exceder el límite legal del trabajo a tiempo parcial dispuesto en la legislación vigente.

El personal contratado a tiempo parcial se incorporará a la OEE como personal habilitado en el grupo profesional correspondiente a la contratación e intervendrá como auxiliar suplente de los trabajadores a tiempo completo. Así, la asignación de trabajo y, en su caso, la realización de horas complementarias se realizará conforme se disponga en el sistema de nombramiento establecido al efecto en el puerto, en atención a la condición de suplencia del personal a tiempo completo disponible.

Los trabajadores a tiempo parcial tendrán preferencia para cubrir las necesidades del servicio a tiempo completo de acuerdo a la actividad del puerto.

6.3.2 Modelo de contrato: El contrato de trabajo en el sector se concertará por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores y demás legislación específica conforme al modelo aprobado en el III Acuerdo Sectorial con las adaptaciones al presente texto previa supervisión de la CPSE.

6.3.3 Período de Prueba: Por ser necesaria una precisa, eficaz y supervisada formación profesional, el contrato estará sometido a un período de prueba consistente en la realización efectiva de 132 turnos. Las empresas y la representación de los trabajadores y, en su caso, la comisión de formación del puerto, podrán enviar a la OEE informes sobre la formación y el trabajo de cada uno de los trabajadores sometidos a prueba, así como sobre cualquier otro aspecto que a juicio de los informantes sea pertinente exponer para una valoración y juicio más objetivo. La Incapacidad Temporal, las licencias y la maternidad o adopción, interrumpirán el cómputo del período de prueba.

6.4 Reclamación de ingreso: La eventual demanda de los trabajadores o de las empresas, o de los representantes legales de ambos, ante los órganos jurisdiccionales competentes en reclamación de la condición de trabajador de la plantilla y, en consecuencia, del reconocimiento individual o colectivo de nuevo ingreso, requerirá la reclamación previa ante la Comisión Paritaria Sectorial Estatal que resolverá en la sesión del mes siguiente a su presentación. La ausencia de resolución expresa en el plazo de un mes supondrá la desestimación de la solicitud y dejará expedita la vía jurisdiccional.

6.5 Resoluciones de ingresos:

6.5.1 Los ingresos de trabajadores deberán responder de manera sustancial a la necesidad de cobertura de vacantes que se produzcan en los Grupos 0 Auxiliar y en los correspondientes a los Grupos I, II, III y IV establecidos en el presente Acuerdo.

Tanto el Grupo 0 Auxiliar, como las tareas a desempeñar por el mismo, se establecerán a través de la negociación colectiva de cada Puerto.

En todo caso deberá de ser tenido en cuenta para abrir el proceso de nuevo ingreso en los grupos profesionales I, II, III y IV, el grado de consecución de la saturación en el empleo de los grupos superiores en relación a los inferiores, debiéndose estar también a este respecto a los criterios pactados de movilidad y polivalencia dentro de y entre los grupos, así como al nivel óptimo de empleo.

6.5.2 Los trabajadores del Grupo 0 Auxiliar existentes en el Puerto, si en el mismo su actividad se encontrase en el ámbito de aplicación del respectivo Convenio Colectivo por haber establecido éste las condiciones y la regulación de sus tareas, tendrán la opción de cubrir las vacantes existentes en el grupo superior, siempre y cuando poseyeran la formación y aptitud profesional necesaria para acceder a tal desempeño.

6.5.3 La Comisión Paritaria Sectorial Estatal será el órgano competente para emitir los informes sobre los antes citados ingresos, entendiéndose por tales los correspondientes al Grupo 0 Auxiliar, cuando se efectúen las actividades correspondientes a este grupo en el Puerto de que se trate y existan en el mismo las demandas de empleo referidas a los grupos I, II, III y IV establecidos en el presente Acuerdo.

La Comisión Paritaria Sectorial Estatal fundará su decisión atendiendo a las necesidades de empleo y tendrá en cuenta las exigencias de formación y aptitud requeridas para cada puesto de trabajo a los que opten los nuevos ingresados.

6.5.4 Las partes acuerdan que deberá ser resuelta cualquier denuncia de intrusismo que afecte a la composición de tareas y por lo tanto a la situación del empleo en el Puerto y a la saturación de actividad en el mismo, de manera previa a la incorporación de nuevos trabajadores.

6.6 Movilidad Funcional de los Trabajadores del Grupo 0 (Auxiliar): Los trabajadores integrados en este grupo realizarán sus actividades en régimen de movilidad funcional en el seno del propio grupo para realizar actividades descritas en el artículo 3.

Excepcionalmente, cuando no exista personal disponible de los otros grupos profesionales haciendo uso de la movilidad y polivalencia y agotadas las posibilidades de realización de jornada de 12 horas o de reenganche, el personal del Grupo 0 que posea la formación y cualificación necesarias, aunque se esté en proceso de formación, podrá ser nombrado en régimen de polivalencia funcional para la realización de tareas de los grupos superiores I y II. Asimismo, el personal Auxiliar podrá realizar las tareas del grupo

profesional III que –por su simplicidad y previa la adecuada formación– se identifiquen y convengan detalladamente mediante acuerdo colectivo en cada puerto. Los criterios y sistemas de nombramientos deberán ser acordados en cada puerto entre la representación legal de los trabajadores y la OEE.

6.7 Categorías profesionales de ingreso (período de formación):

6.7.1 Con independencia de la modalidad contractual indefinida a tiempo completo o parcial, los trabajadores ingresarán, con carácter general, por el Grupo profesional 0 (Auxiliar). Cualquiera que sea el grupo de ingreso, los trabajadores deberán realizar las acciones formativas teórico-prácticas que se indiquen y concreten para el referido grupo en el plan de formación de la OEE y cuya duración se determina por las partes firmantes del presente acuerdo en la realización efectiva de 726 turnos de trabajo en un período máximo de 3 años. Al término del proceso de formación el trabajador será sometido a las pruebas objetivas que se establezcan en la OEE de cada puerto.

El plan de formación y el contenido de las pruebas objetivas se aprobará y determinará mediante acuerdo entre la representación legal de los trabajadores y las empresas.

Mientras el trabajador permanezca en el proceso de formación, y hasta tanto no lo culmine paulatinamente con la ejecución ininterrumpida de la tarea en los términos aquí expuestos como único sistema de que pueda desarrollar el trabajo en condiciones normales de rendimiento y productividad mediante la adquisición de manera progresiva de las habilidades necesarias, la retribución será, el 60 % durante los primeros 242, el 70 % durante los segundos 242 y el 80 % durante los terceros 242 de la correspondiente a la retribución íntegra del grupo profesional, tarea o función que se haya realizado. Finalizado el período de formación la retribución por la realización de las tareas asignadas a cada grupo profesional será el 100 % de la establecida en el convenio colectivo.

6.7.2 En el supuesto regulado en el apartado anterior, será causa de extinción del contrato la negativa del trabajador a someterse a las pruebas objetivas que acrediten el resultado de la formación y, en consecuencia, su capacitación profesional y, en su caso, la no superación de las mismas con aprovechamiento.

La OEE comunicará al trabajador el resultado negativo de las pruebas e invocará, al tiempo, tal motivo como causa de extinción de contrato de trabajo.

6.7.3 Mediante la negociación colectiva en cada puerto se podrá reordenar o distribuir la carga salarial y las condiciones de ajuste salarial pactadas en el artículo 6.7.1 ajustándola a las características de cada puerto, siempre y cuando ello no desvirtúe los objetivos previstos. A tal efecto, las partes remitirán los acuerdos alcanzados a la CPSE que verificará su cumplimiento.

6.7.4 A los exclusivos efectos salariales previstos en el apartado 6.7.1 se equiparan como turnos realizados los acreditados por los trabajadores de nuevo ingreso prestados en las actividades del ámbito funcional del presente acuerdo como eventuales de contratación diaria por falta de disponibilidad de plantilla o como trabajadores cedidos mediante ETT.

6.7.5 El ascenso de Grupo o especialidad profesional como promoción interna no se considerará categoría de nuevo ingreso por lo que no estará sujeto a la retribución específica pactada en el artículo 6.7.1 cuando haya transcurrido el tiempo, turnos o condiciones estipuladas.

6.8 Condiciones específicas para el personal de nuevo ingreso:

6.8.1 Las retribuciones del Grupo 0 (Auxiliar) serán las determinadas en el Convenio Colectivo de cada Puerto donde se desarrollen las mismas.

6.8.2 No obstante lo anterior, cuando a consecuencia de la movilidad o de la polivalencia –siempre que fuera preciso por inexistencia coyuntural de trabajadores de los grupos superiores y estuvieran integrados en el correspondiente proceso de formación programado– el personal del Grupo 0 (Auxiliar) desempeñara alguna de las

restantes tareas comprendidas en el ámbito funcional del presente convenio y para aquellas otras que puedan establecerse en el ámbito del Puerto, se les abonará la retribución total correspondiente a las actividades realmente realizadas como si se tratase de trabajadores de nuevo ingreso en los grupos I, II, III y IV por el importe que se determine en el Convenio Colectivo sectorial de aplicación en el Puerto, con la aplicación de los porcentajes a que se refiere el párrafo final del punto 6.7.1.

6.9 Suspensión de los contratos: Los trabajadores del Grupo 0 (Auxiliar) y de nuevo ingreso en los grupos I, II, III y IV, como consecuencia de su condición formativa teórico-práctica, no podrán suspender sus contratos de relación laboral especial para pasar a relación laboral común hasta finalizar la misma y superar las pruebas previstas en el artículo 6.7. A tal fin, las partes se comprometen a respetar íntegramente el proceso de formación.

6.10 Otras condiciones de trabajo: El resto de las condiciones de trabajo para el personal del Grupo 0 Auxiliar y de nuevo ingreso en los restantes grupos profesionales previstos en el artículo 12 del presente Acuerdo, serán las establecidas en los respectivos Convenios Colectivos sectoriales de ámbito inferior, sin que en ningún caso éstos puedan contradecir ninguna de las condiciones de trabajo pactadas expresamente para este grupo en el presente Acuerdo.

6.11 Criterios y medidas para la adecuación de la plantilla: Las partes convienen que es causa para que se analicen y adopten los acuerdos que estimen pertinentes para la adecuación de la plantilla a las necesidades del Puerto (cumplimiento empresarial del compromiso de empleo en las actividades del ámbito funcional del Acuerdo Sectorial y del convenio colectivo, adecuación del tiempo de trabajo a las necesidades operativas del puerto, amortización de puestos de trabajo, despido colectivo, suspensión temporal de los contratos, disminución de retribución, etc.), un descenso de la actividad durante el último año por debajo del 75 % del nivel óptimo de empleo previsto en el artículo 6.1 de este Acuerdo.

La constatación de la actividad del puerto y del nivel de empleo se producirá en la Comisión Paritaria Sectorial Estatal.

En su caso, las medidas de adecuación de la plantilla a las demandas afectarán, prioritariamente, a los trabajadores a tiempo parcial, mediante la reducción del tiempo de trabajo si fuera preciso, a niveles inferiores al 50 % y los integrantes del Grupo 0 (Auxiliar); y, a los trabajadores de nuevo ingreso en los grupos profesionales I, II, III y IV en período de formación, salvo que se pacte por las representaciones de los trabajadores y las empresas otras medidas. Si, finalmente, fuera precisa la extinción de la relación laboral, el personal afectado mantendrá un derecho preferente de reingreso en la plantilla sin realización de las pruebas selectivas formativas, debiendo realizar, no obstante, las pruebas selectivas médicas requeridas.

6.12 Traslados de personal entre OEE y empresas.

Se podrán producir ingresos en las entidades y empresas afectadas por el presente Acuerdo mediante el traslado de personal estibador portuario procedente de otro puerto siempre que sea autorizado por la Comisión Paritaria Sectorial Estatal por iniciativa de la representación legal de las empresas o de los trabajadores del puerto de procedencia.

El traslado podrá ser provisional o definitivo. En caso de traslado provisional se fijará el período inicialmente previsto que, en todo caso, podrá ser prorrogado. La finalización del período de traslado provisional obligará a la entidad del puerto de procedencia a reincorporar al trabajador trasladado a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía antes del traslado.

6.13 Criterios y medidas para la adecuación temporal de la plantilla a la carga de trabajo.

Cuando por la OEE se prevea un descenso de la actividad para el año que se trate que pueda generar un nivel de empleo por debajo del 85 % del nivel óptimo previsto en el artículo 6.1 de este Acuerdo se procederá a implantar un Plan Social de acompañamiento a esta situación, mediante la adopción de las correspondientes medidas de suspensión temporal de los contratos, aplicando preferentemente esos

tiempos a la realización de los pertinentes cursos y labores de formación de los estibadores afectados por las mismas. Salvo causa excepcional apreciada de mutuo acuerdo por la representación sindical de los trabajadores y del OEE, las medidas de suspensión afectarán por igual y de manera rotatoria a todos los estibadores de la plantilla de las OEE cualquiera que sea el modo de adscripción a las empresas (RLC y RLE). A estos efectos se considerará causa suficiente para la suspensión de los contratos la previsión de caída de actividad con base en los datos y proyecciones del puerto que se trate.

Con carácter previo a la adopción de estas medidas deberán agotarse todas las posibilidades de flexibilidad interna, tanto en materia de movilidad funcional como de flexibilidad de jornada que incrementen la ocupación y sean acordadas entre la representación legal de los trabajadores y del OEE.»

Los apartados señalados del artículo 6 del IV Acuerdo resultan contrarios al RD-ley 9/2019, al RD-ley 8/2017, al artículo 49 del TFUE y a la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 en tanto que limitan la facultad de contratación de personal de una empresa estibadora o de un CPE al imponer condiciones o requisitos ajenos a la entidad que ejerce el papel de empleador, así como las facultades de nombramiento del personal o la posibilidad de traslado de un puerto.

El apartado tercero únicamente regula como incorporación posible la efectuada a través de la OEE, de manera que quedaría impedida la contratación de personal estibador de manera libre y directa por parte de las empresas titulares de la licencia de actividad de servicios portuarios de manipulación de mercancías. Y limita asimismo la contratación a través de cualquier ETT.

Estos preceptos contravienen de manera particular el artículo 3 del RD-ley 9/2019 y el artículo 2 del RD-ley 8/2017, que reconocen la libertad de contratación y las facultades de organización y dirección de las empresas titulares de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías. Significando que no se trata de una referencia general a que la facultad de organización y dirección corresponde al empresario, sino una expresa imposición para derogar aquellas limitaciones de la facultad de dirección contenidas en la normativa convencional, en cuanto las mismas conducen a restricciones en la contratación e imponen limitaciones de establecimiento, dificultando el acceso de nuevas empresas en el sector, como advirtió la sentencia del TJUE, ya citada de 11-12-2014.

Estos preceptos también resultan contrarios al artículo 49 del TFUE, pues imponen restricciones a las empresas de otros Estados miembros dedicadas al servicio portuario de manipulación de mercancías que deseen operar en territorio español, que verían imposible acceder a la contratación directa de personal

Resultan también contrarios a los preceptos de referencia los apartados séptimo y noveno del artículo 6, en tanto que añaden al personal estibador requisitos de capacitación adicionales a los recogidos en el artículo 3 del RD-ley 8/2017. Recordemos que el artículo 3 del RD-ley 8/2017 exige como único requisito para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías la obtención del certificado de profesionalidad establecido en el Anexo VIII del Real Decreto 988/2013. Establecen por tanto restricciones al acceso al empleo no derivadas de requerimientos legales profesionales.

Es de aplicación la S. TJUE del 11 de febrero de 2021.

Sentencia: 62019CJ0407 Recurso: C-407/19 y 471/2019, respecto de la validez de determinadas disposiciones de Derecho belga relativas a la organización del trabajo portuario y, en particular, de su conformidad con el Derecho de la Unión. En ella, se cuestionaba a la Sala «si los artículos 45 TFUE, 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual: - el reconocimiento de los trabajadores portuarios corresponde a una comisión administrativa, constituida de forma paritaria por miembros designados por las organizaciones de empresarios y por las organizaciones de trabajadores; - esta comisión decide igualmente, en función de la necesidad de mano de obra, si los trabajadores reconocidos deben integrarse o no en un contingente de trabajadores portuarios;» [...].

El TJUE ha declarado «una normativa en virtud de la cual ese reconocimiento [el reconocimiento de los trabajadores portuarios] lo otorga un órgano administrativo constituido de forma paritaria por miembros designados por las organizaciones de empresas y de trabajadores no resulta necesaria y adecuada para alcanzar el objetivo mencionado [garantizar la seguridad en las zonas portuarias y prevenir los accidentes laborales]» (párrafo 95), toda vez que no se garantiza que los integrantes de dicho órgano dispondrán de los conocimientos necesarios para determinar si un trabajador reúne los criterios de reconocimiento (párrafo 96), y cabe dudar de la imparcialidad de aquéllos, al haber sido «designados por operadores ya presentes en el mercado, en particular por una organización que representa a los trabajadores portuarios ya reconocidos que podrían competir por los puestos de trabajo disponibles con los trabajadores que soliciten su reconocimiento» (párrafo 97) que declara. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

«(...)

2) Los artículos 45 TFUE, 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual:

- el reconocimiento de los trabajadores portuarios corresponde a una comisión administrativa constituida de manera paritaria por miembros designados por las organizaciones de empresarios y por las organizaciones de trabajadores;
- esta comisión decide igualmente, en función de la necesidad de mano de obra, si los trabajadores reconocidos deben integrarse o no en un contingente de trabajadores portuarios, en el bien entendido de que, respecto a los trabajadores portuarios no integrados en este contingente, la duración de su reconocimiento se limita a la duración de su contrato de trabajo, de modo que debe iniciarse un nuevo procedimiento de reconocimiento por cada nuevo contrato que celebren, y no se prevé ningún plazo en el que deba pronunciarse dicha comisión.»

El supuesto fáctico analizado por el TJUE encuentra un paralelismo en el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria y en la posición que la comisión paritaria ostenta en la contratación del personal estibador que se materializa en, entre otras, las siguientes cuestiones:

- Constatación de la actividad del puerto y del nivel de empleo por la comisión paritaria para decidir sobre contratación y antes de implementar cualquier medida de adecuación de plantilla (artículo 6, apartados 11 y 13, del IV Acuerdo Marco).
- Autorización de la comisión paritaria para el traslado de personal estibador de un puerto a otro (artículo 6, apartado 12, del IV Acuerdo Marco).
- Interpretación de las condiciones de subrogación (artículo 19, apartado 1, sección e) del IV Acuerdo Marco en relación con la disposición adicional Séptima).
- Emisión de informe preceptivo antes de la separación de las empresas estibadoras de la SAGEP sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa (disposición adicional séptima, apartado 1, del IV Acuerdo Marco).

En conclusión, el artículo 6 del IV Acuerdo Marco es la plasmación escrita del acceso a un sistema de gestión monopolística de la mano de obra portuaria por la OEE, sistema abiertamente anticompetitivo y expresamente declarado ilegal por la sentencia tantas veces citada del TJUE.

A la vista de cuanto antecede, el artículo 6 del IV Acuerdo Marco resulta nulo de pleno derecho, en particular sus apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13.

2. Se solicita la declaración de nulidad del artículo 7.

«Artículo 7. Procedimiento de selección de personal.

7.1 A fin de cumplir con la obligación establecida en el punto 5 del art. 130 y en el art. 153 de la Ley de Puertos, y demás normas que lo desarrollan, y en atención a la

especial responsabilidad de la OEE como empresa cedente de mano de obra para la realización del servicio público de manipulación de mercancías, la selección y contratación de personal portuario se realizará por la OEE de cada puerto mediante convocatoria en los términos establecidos en el presente convenio y en los de ámbito inferior.

Los trabajadores del ámbito personal del presente convenio que aspiren a integrarse en la OEE deberán superar el examen o pruebas y cumplir los requisitos que determine la ley para adquirir la correspondiente habilitación.

La contratación de trabajadores para las labores portuarias por las empresas afectadas por el presente Acuerdo Marco se realizará en el seno de la OEE de cada puerto y, en todo caso, estará sometido a lo previsto en las disposiciones por las que se regule la habilitación de personal portuario o idoneidad para la realización de las pruebas a las que se refiere el presente Acuerdo. Excepcionalmente, cuando la OEE certifique la inexistencia de personal disponible, las empresas afectadas podrán realizar contratación directa de personal habilitado por un solo turno de trabajo. Obtenida la correspondiente habilitación, la OEE realizará las pruebas o exámenes de ingreso adecuando estas a las características particulares de cada puerto que serán establecidas de mutuo acuerdo entre la representación legal de los trabajadores y las empresas de cada puerto con la participación de la OEE. La superación de estas pruebas será imprescindible para la selección y contratación del trabajador en la OEE, de manera que la obtención de la habilitación profesional correspondiente por la Autoridad competente, no será suficiente para el ingreso en la plantilla.

7.2 Convocatoria: La oferta de puestos de trabajo se publicará en los tablones de anuncios de la OEE dando un plazo mínimo de 10 días para la presentación de las solicitudes.

En dicha oferta deberán constar los requisitos de admisión de candidatos al proceso selectivo, el número de plazas a cubrir y el formulario que deberán presentar ante la OEE.

7.3 Requisitos de admisión al proceso de selección: Los requisitos mínimos imprescindibles para examinar las candidaturas que se presenten, serán:

- Ser mayor de edad.
- Estar en posesión de los títulos previstos legalmente para el ingreso como estibador portuario en las actividades del servicio de manipulación de mercancías o incurso en las excepciones de titulación previstas en la norma. – Permiso de conducir C1 para todos los grupos profesionales.

El incumplimiento de alguno de los requisitos mínimos será causa de exclusión del proceso de selección.

Méritos específicos adicionales para el ingreso directo a los Grupos II, III y IV:

Se podrá valorar, en los términos y con la puntuación que, en su caso, se acuerde entre la representación de las empresas y los trabajadores de cada puerto, las titulaciones adicionales a la requerida para el ingreso, o la posesión de cualquier especialidad profesional oficial. También se podrá valorar la experiencia profesional en actividades similares o la prestación de servicios en el puerto como personal eventual o por medio de empresa de trabajo temporal.

7.4 Pruebas de selección.

Las pruebas de selección para la contratación de personal portuario serán eliminatorias. Es decir, el aspirante deberá superar todas las pruebas para que su candidatura sea considerada apta.

- Pruebas físicas.

Estas pruebas permitirán la apreciación de las habilidades y destrezas de tipo motórico (agilidad, rapidez, coordinación) que se consideran indispensables para el desempeño de los puestos de trabajo que se deben cubrir.

– Pruebas psicotécnicas.

La realización de estas pruebas permitirá la apreciación de los rasgos de aptitud y de carácter considerados básicos para el desempeño de los puestos de trabajo que se desea cubrir.

Para la realización de esta prueba se aplicarán test de:

Inteligencia general.
Aptitudes especializadas.
Personalidad.

– Pruebas médicas.

De realización imprescindible, se llevará a cabo un examen médico completo de los candidatos que hayan realizado las fases anteriores, de forma que se constate el estado de salud de los aspirantes y su adecuación al puesto de trabajo que se desea cubrir.

Estas pruebas consistirán como mínimo en:

Análisis de sangre y orina.
Visual.
Auditivo.
Cardiovascular.
Abuso en el consumo de sustancias psicotrópicas y alcohol.

Concluido este proceso, se procederá a la ordenación de la lista de candidatos que hayan superado las pruebas y con los méritos valorados, comenzando por el que haya obtenido la mayor puntuación y sólo en el número que corresponda a las plazas convocadas.

En el supuesto de que las pruebas hayan sido superadas por un número de candidatos superior al de plazas ofertadas, los aspirantes que hayan obtenido menor valoración serán considerados como "no aptos".

El proceso de selección del personal portuario –que corresponde a la OEE en el ámbito de su poder de organización–, será encargado a una Empresa externa especializada en selección de personal, que entregará los resultados del proceso anteriormente descrito a la OEE, a los efectos de proceder a las correspondientes contrataciones.

Únicamente, en el supuesto de que se acreditase un error material o de hecho determinante de la inclusión o exclusión de un aspirante, los resultados de la selección podrán ser reconsiderados para ese concreto supuesto por la OEE.»

El artículo 7 regula el procedimiento de selección de personal. El apartado primero prevé que la selección y contratación de personal portuario se realizará únicamente por la OEE de cada puerto a fin de cumplir con los artículos 130.5 de la Ley de Puertos -preceptos que fueron derogados expresamente por el RD-ley 8/2017-Parte de un sistema de gestión de la mano de obra: sólo la OEE gestiona el personal estibador y decide acerca de su selección.

La necesaria expulsión de este sistema de nuestro ordenamiento jurídico es consecuencia obligada del rechazo del tribunal europeo de un sistema abiertamente contrario a las libertades básicas de contratación, expresamente reconocidas por el RD-ley 8/2017 y 9/2019.

Continúa el apartado primero diciendo que las pruebas o exámenes de ingreso serán establecidos de mutuo acuerdo por la representación legal de los trabajadores y las empresas de cada puerto, y que su superación será imprescindible para la selección y contratación del trabajador en la OEE, no siendo suficiente para el ingreso la obtención

de la habilitación profesional correspondiente por la autoridad competente. A la vista de lo anterior, el artículo 7 del IV Acuerdo Marco merece ser declarado nulo de pleno derecho, toda vez que, limita la contratación de personal estibador a la OEE (sin prever la contratación a través de las propias empresas estibadoras o a través de CPEs o ETTs), lo que contraviene lo previsto el artículo 3 del RD-ley 9/2019 y el artículo 2 del RD-ley 8/2017, que reconocen la libertad de contratación, y las facultades de organización y dirección de las empresas titulares de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías, así como el artículo 49 del TFUE, pues supone una restricción a la libertad de establecimiento de empresas estibadoras de otros Estados miembros al restringir el acceso de algunas empresas a la contratación imponiendo requisitos de acceso exorbitantes, más allá de la habilitación legal requerida por la ley, de manera que el acceso a la profesión, con grave restricción de la competencia y del acceso de terceros operadores, se debe realizar con intervención de la comisión paritaria, lo que supone la necesaria aceptación por parte de la representación social, lo que claramente cercena la libertad de contratación.

Procede la declaración de nulidad del artículo 7 del IV Acuerdo Marco al exigir al personal estibador la superación de unas pruebas de capacitación a nivel de puerto que exceden de los requisitos previstos en el artículo 3 del RD-ley 8/2017, que, en la práctica, vienen a suponer un control sindical del acceso, pues sin el necesario consentimiento de la representación de los trabajadores no es posible el acceso.

3. El artículo 8 del IV Acuerdo Marco establece:

«Artículo 8. Sistemas de adscripción a las tareas portuarias. Suspensión de la Relación Laboral Especial.

8.1 Los trabajadores contratados por la OEE serán adscritos a las empresas mediante alguno de los siguientes sistemas:

- a) Adscripción por rotación de un turno de trabajo a una empresa según el sistema de nombramiento rotativo convenido en cada puerto.
- b) Adscripción a la empresa por un período superior a un turno por los períodos pactados en convenio o acuerdo colectivo local.
- c) Adscripción a la empresa por tiempo indefinido.

8.2 La aplicación del régimen previsto en el apartado b) precisará el previo acuerdo entre las empresas y la representación de los trabajadores. No será necesario el acuerdo previo (dado que se mantiene la relación laboral especial), cuando la adscripción se realice como consecuencia de la realización de más de un turno diario mediante reenganche o para el turno de 12 horas previsto en el artículo 10.4.4.

En todo caso, el trabajador afectado conservará los derechos económicos de antigüedad en la OEE anteriores a la fecha de suspensión.

En el caso de que se reanudara la Relación Laboral Especial por alguna de las causas previstas legalmente el trabajador no percibirá indemnización alguna de la Empresa reintegrándose en la OEE con las condiciones de trabajo y los derechos económicos de los trabajadores de éste correspondientes a su mismo Grupo Profesional.

En este sentido, la desvinculación por las modalidades de adscripción b) y c) y el retorno al sistema de adscripción indicado en el apartado a) del artículo 8.1 se producirá por cualquiera de las causas de extinción del contrato previsto en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores excepto el despido declarado procedente que extinguirá la relación laboral.

8.3 Dada la estabilidad en la adscripción del trabajador a la empresa que comportan las dos modalidades previstas en los apartados b) y c) anteriores, se computará a los citados trabajadores a los efectos de la determinación del número mínimo de trabajadores en relación laboral.

8.4 El tiempo de trabajo prestado bajo el régimen de Relación Laboral Común con suspensión de la especial, se computará a efectos de antigüedad por la OEE.»

Regula la adscripción del personal de la OEE a las empresas estibadoras.

El sistema de adscripción previsto en dicho precepto se separa de lo dispuesto en el RD ley 9/2019, que lo equipara a la puesta a disposición de personal propia de las ETT. Sólo el régimen previsto en la Ley 14/1994 de Empresas de Trabajo Temporal es posible tras el RD-ley 8/2017 y 9/2019. Además, prevé unos sistemas de adscripción determinados que impiden a las empresas estibadora designar al personal necesario, como expresamente reconoce el artículo 3.2 del RD-ley 9/2019. Toda limitación a la facultad de las empresas estibadoras de decidir sobre el personal estibador que estiman necesario para la realización de su actividad debe ser expulsada del ordenamiento jurídico. No deben admitirse composiciones forzadas de equipos si no son requeridos todos sus miembros por la empresa usuaria. En realidad, el artículo 8, como el 6 y el 7 parte de un sistema de control monopolístico de la mano de obra entre las empresas que operan en el puerto, con exclusión de terceros, pero siempre con el necesario consentimiento de la representación de los trabajadores. Sólo desde este punto de partida se explica el régimen que impone. Adicionalmente, el apartado segundo del artículo 8 exige de acuerdo entre las empresas estibadoras y la representación legal de los trabajadores para la adscripción por un periodo superior a un turno También el apartado segundo, así como el cuarto, incorporan precisiones para la relación laboral especial, que merecen ser suprimidas en consonancia con la derogación de la relación laboral especial del personal estibador.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 8 del IV Acuerdo Marco merece ser declarado nulo de pleno derecho, al contravenir la puesta a disposición del personal de los CPE a las empresas estibadoras regulada en el RD-ley 8/2017, así como por mantener un trato diferenciado para el personal con relación laboral especial de personal estibador, en tanto que dicha relación fue expulsada del ordenador tras la aprobación del RD-ley 8/2017.

4. Se solicita la declaración de nulidad del artículo 9 en el que se establece:

«Artículo 9. Procedimiento de incorporación de trabajadores en Relación Laboral Común.

Las Empresas que deseen contratar como fijos de sus plantillas a estibadores portuarios vinculados a la OEE, efectuarán una comunicación a la OEE con indicación de las características y condiciones de la oferta. Al objeto de analizar la incidencia que la contratación propuesta tenga en la plantilla del puerto (nivel óptimo de empleo, incidencia retributiva, etc.), será convocada la Comisión Paritaria del puerto, y la empresa solicitante a fin de adoptar los acuerdos que estime pertinentes. Con el acuerdo alcanzado entre las partes o, en su defecto, por decisión empresarial se podrá realizar una oferta nominativa, siempre que exista acuerdo expreso entre la Empresa y el trabajador, o innominada, con detalle del grupo profesional, especialidad, función a desarrollar, modalidad de contratación a tiempo completo o parcial y duración de la adscripción.

La OEE comunicará de forma inmediata la oferta a la representación legal de los trabajadores y, en su caso, a los trabajadores en quienes concurran las condiciones de la propuesta. En caso de que la oferta fuese innominada, lo publicará en el tablón de anuncios para general conocimiento y por término de seis días.

Los trabajadores que voluntariamente opten al puesto de trabajo ofertado, lo comunicarán a la OEE y éste, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior, trasladará a la Empresa solicitante las ofertas recibidas, incluyendo los datos profesionales de los trabajadores y el orden de antigüedad de los mismos. A la vista de los datos indicados, la Empresa decidirá libremente.

De no existir voluntarios, la OEE lo comunicará de forma inmediata a la Empresa interesada, remitiéndole al mismo tiempo la lista de trabajadores integrados en el grupo profesional requerido, con la especialidad pertinente. Igualmente, la Empresa será informada de la antigüedad de estos trabajadores, así como de su capacitación y experiencia profesional.

La Empresa, en el plazo de dos días desde que reciba esta documentación, remitirá a la OEE oferta nominativa de empleo, que deberá comunicarla inmediatamente al trabajador.

El estibador y la OEE podrán fijar, de mutuo acuerdo, un tiempo determinado para la suspensión del contrato especial de trabajo que les une. El período de suspensión pactado tendrá una duración entre un mes y un año si es a tiempo completo y, podrá realizarse en períodos mensuales, si la contratación es a tiempo parcial. En todo caso, mediante convenio o acuerdo colectivo local se podrá establecer otros períodos. Los acuerdos y efectos de la suspensión, con el respeto de la legislación laboral indisponible por las partes, deberán incluirse en el contrato de trabajo que suscriba el trabajador con la Empresa. Las condiciones de la contratación y su prórroga se revisarán como mínimo, salvo la incorporación automática al contrato de las disposiciones del convenio colectivo, cada tres años.

En las ofertas de contrato, las Empresas deberán hacer constar las condiciones laborales y económicas que, como mínimo, serán iguales a las de los trabajadores de Relación Laboral Especial en condiciones de trabajo homogéneas.

Agotado el procedimiento regulado en los apartados anteriores y en el supuesto de que una Empresa no tenga contratados en régimen de relación laboral común o Disposición Transitoria II del Real Decreto Legislativo 2/1986, un número de trabajadores portuarios suficiente para cubrir el porcentaje mínimo previsto en la legislación vigente, completará este porcentaje con trabajadores de relación laboral especial a tiempo parcial, salvo otra modalidad acordada, en el puerto afectado, por las representaciones de los trabajadores y empresarios.

Para calificar como reiterado el rechazo de una oferta adecuada será necesario rechazar dos ofertas en un período de 12 meses, comenzando a contarse este período a partir del día siguiente a aquel en que se haya rechazado la primera oferta.

De no producirse la respuesta con la inmediatez que requiere el presente artículo, se entenderá que el silencio tiene carácter negativo si mediara una semana sin producirse respuesta alguna.»

El artículo 9 del IV Acuerdo Marco establece cuál debe ser el procedimiento de incorporación del personal estibador para las empresas estibadoras.

Lo previsto en dicho precepto supone incluir una serie de restricciones a la libertad de contratación consagrada en el artículo 2.1 del RD-ley 8/2017, en tanto que el artículo 9 del IV Acuerdo Marco obliga, entre otras cuestiones, a que la empresa estibadora comunique la oferta a la OEE como requisito imprescindible para la contratación del personal estibador como fijo de su plantilla. Se parte por tanto de un sistema de gestión monopolístico por parte de la SAGEP (OEE) claramente contrario al bloque normativo y jurisprudencial al que venimos haciendo constante referencia. Y se basa además en la superada dicotomía entre relación laboral común y relación laboral especial. La preferición de otros operadores en el mercado con clara vulneración del artículo 49 del TFUE es la consecuencia obligada del régimen previsto en dicho precepto. Además, a tenor del contenido del IV Acuerdo Marco, ésta resulta la única vía posible para que una empresa estibadora pueda contratar a personal estibador.

En definitiva, al resultar incompatible con el RD-ley 8/2017, el artículo 9 del IV Acuerdo Marco también merece ser declarado nulo de pleno derecho.

5. Se solicita la declaración de nulidad del artículo 10, apartados 1, 4,5 y 6 del IV Acuerdo Marco.

«Artículo 10. Condiciones de trabajo.

10.1 Llamamientos y nombramientos.

10.1.1 Las Empresas estibadoras solicitarán de la OEE los trabajadores portuarios que precisen para la realización de las actividades incluidas en el ámbito funcional de este Acuerdo y la OEE deberá proporcionárselos –o emitir certificado de no

disponibilidad-, organizando diariamente la distribución y adscripción de sus trabajadores mediante el sistema de rotación.

10.1.2 Las Empresas formularán la solicitud por escrito o por cualquier sistema informático que se implante con determinación del número de trabajadores y especificación del grupo profesional y especialidad interesados y con mención de las particularidades siguientes, además de las que fije el impreso o los programas informáticos existentes al efecto:

- Identificación de la Terminal o del muelle en el que se le indicará al trabajador dónde habrá de prestar sus servicios.
- Identificación del buque o buques o línea marítima (atraque, explanada o lugar) para los que se realizarán los servicios.
- Naturaleza de los servicios a prestar.
- Tipo de medio de transporte empleado.
- Naturaleza de las mercancías a manipular.
- Tipo y características de la unidad de carga.
- Medios mecánicos a emplear.
- Indicación aproximada del tiempo previsto de ejecución de las tareas.
- Las especificaciones anteriores no obstan para que la Empresa pueda utilizar los servicios del trabajador/a durante la totalidad de la jornada, de conformidad con lo previsto en el presente Acuerdo y en el desarrollo que de este pudiera preverse en los convenios locales de ámbito inferior.

10.1.3 Durante el proceso de nombramiento en la OEE, las empresas y la representación unitaria de los trabajadores tienen el derecho a designar un representante que esté presente durante el desarrollo del mismo y supervise el cumplimiento de las normas y usos y costumbres aplicables en el puerto y, en su caso, contribuyan a resolver de inmediato las dudas o conflictos interpretativos.

10.1.4 Las Empresas presentarán los pedidos con la antelación que se estipule convencionalmente en el ámbito de cada Puerto, y con las formalidades, contenido y requisitos siguientes:

- a) Indicaciones contenidas en el apartado 10.1.2.
- b) Trabajadores de Relación Laboral Especial pedidos, con indicación del Grupo Profesional y especialidad.
- c) Trabajadores de Relación Laboral Común, incluidos los de Disposición Transitoria II del Real Decreto Legislativo 2/1986, que se integrarán en el equipo de trabajo, con indicación del Grupo Profesional y especialidad que desempejarán.

10.1.5 La OEE no facilitará el personal cuando la Empresa peticionaria incumpla lo dispuesto en el párrafo anterior.

10.1.6 Estos procedimientos quedarán sometidos a los acuerdos que se adopten en materia de calidad, y en todo caso, a los que se aprueben con la normativa ISO9002, en cada Puerto.

10.1.7 Se conviene que, en todos y cada uno de los puertos, se realice como mínimo un llamamiento a la semana con presencia física de todos los trabajadores en las dependencias de la OEE, sin perjuicio de que, una vez en la misma, se realicen los nombramientos con los medios informáticos usados habitualmente con la exclusión de la notificación a distancia (teléfono, mensajes sms, etc.).

10.2 Ordenación de la jornada de trabajo: Jornada anual, días no laborables, horas extraordinarias y cómputo de la jornada:

10.2.1 La jornada máxima de trabajo anual en el sector de la estiba para todos los trabajadores queda establecida en 1.826 horas. La jornada mínima mensual obligatoria será para cada trabajador la indicada en el apartado 10.2.7.

10.2.2 La jornada anual se distribuirá de manera irregular en las condiciones dispuestas en el presente Acuerdo y conforme se convenga en los convenios colectivos de ámbito inferior en función de la duración de los turnos de trabajo y de las necesidades del servicio.

10.2.3 En la negociación de los Convenios Colectivos de ámbito inferior se tendrá en cuenta que, debido a la naturaleza de los servicios incluidos en el ámbito funcional, deberá regularse la realización de labores portuarias todos los días del año, en turnos que cubran las veinticuatro horas del día.

10.2.4 Se exceptúa de la regla anterior un máximo de cinco días al año, que serán determinados como días inhábiles a efectos laborales en el sector por el convenio colectivo de cada puerto.

10.2.5 El exceso sobre la jornada anual pactada en el apartado 10.2.1 que efectúen los trabajadores, tanto de relación laboral común como especial, se considerarán horas extraordinarias y deberá compensarse mediante el sistema que se determine en los convenios colectivos de ámbito inferior.

10.2.6 Los estibadores de Relación Laboral Especial deberán mantener la plena disponibilidad para su ocupación conforme al sistema de turnos de trabajo y deberán comparecer físicamente y mostrar su disponibilidad en los nombramientos en los términos que se establezcan en los Convenios Colectivos de ámbito inferior. La presencia física en los nombramientos deberá efectuarse, como mínimo, una vez por semana. El mínimo pactado es inmodificable y no sustituible por medios de presencia virtual.

10.2.7 El cumplimiento de la jornada anual y, el cómputo de la jornada mínima mensual obligatoria, de los trabajadores de relación laboral especial se cumplimentará mediante la obligación de disponibilidad para la realización de un número de turnos de trabajo equivalentes a los días laborables del mes más dos, respetando los 14 días festivos anuales y los de descanso semanal y los de licencias o permisos y demás causas de suspensión del contrato de trabajo legal o convencionalmente establecidas. Como consecuencia del sistema de cómputo de turnos indicado en el párrafo anterior, la jornada mínima mensual obligatoria no será superior de 24 turnos, sin perjuicio de lo cual, los trabajadores podrán realizar – voluntariamente o en las condiciones que se establezcan en los convenios colectivos de ámbito inferior– un número superior de turnos mensuales con el límite de la jornada máxima anual de 1.826 horas pactadas en el artículo 10.2.1.

La citada obligación tendrá vencimiento trimestral (enero-marzo; abril-junio; julioseptiembre y octubre-diciembre) de forma que se considerará cumplimentada la jornada correspondiente a dicho período y, por tanto, no exigible el tiempo de trabajo en el que nos hubiera producido ocupación efectiva a pesar de la disponibilidad del trabajador.

En los convenios colectivos de ámbito inferior se podrá detallar, complementar y ampliar las licencias o permisos; asimismo se podrá modificar, reducir o ampliar los períodos de referencia y regular la obligación de disponibilidad siempre que articule un sistema que amplíe, individual o colectivamente, la atención de los servicios portuarios demandados con respeto de los límites legales.

10.2.8 A los anteriores efectos, la disponibilidad se acredita mediante la asistencia a los nombramientos convenidos en cada puerto por convenio o por costumbre. Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, y con objeto de alcanzar el máximo nivel de ocupación posible, cuando como consecuencia de la irregularidad de la arribada de los buques a puertos o de la discontinuidad de la actividad en tierra (preparación y organización de cargas, entrega y recepción de mercancías, etc.) se prevea que todos o determinados grupos de trabajadores no alcanzarán en el mes un nivel de empleo de 22 turnos, los trabajadores afectados estarán obligados a realizar en promedio mensual un máximo de cuatro reenganches o jornadas en los términos indicados en los artículos 10.4.2 y 10.4.3. La obligación de los citados reenganches se computará

trimestralmente en la forma y con el alcance previsto para la obligación de disponibilidad en los párrafos segundo y tercero del artículo 10.2.7.

10.3 Descansos:

10.3.1 En la ordenación de la jornada se respetará la legislación vigente con especial atención en la organización del trabajo para garantizar el mínimo de descanso de doce horas entre jornadas y el descanso semanal.

10.3.2 Dada la modalidad de adscripción y la diferente manera de organización, previsibilidad de ocupación y atención al servicio, el descanso semanal para los trabajadores vinculados por relación laboral especial será el establecido en los convenios colectivos de ámbito inferior y de dos días para los vinculados por relación laboral común. La determinación de los días de descanso para los trabajadores de relación laboral especial y común será convenida en los Convenios Colectivos de Puerto, en atención a compatibilizar la disponibilidad y demanda en la prestación del servicio con el derecho a la previa determinación del descanso con una antelación de siete días o, en su caso, la pactada en convenio o acuerdo colectivo en el puerto. El disfrute del descanso semanal podrá realizarse cada dos semanas.

10.3.3 Las Empresas procederán a señalar para los trabajadores de Relación Laboral Común, con antelación suficiente, el descanso de dos días semanales consecutivos quedando fijado el número máximo de turnos mensuales en 22 respetando el descanso semanal. Cuando la Empresa no lo comunique, se entenderá que los días de descanso semanal serán sábado y domingo.

10.3.4 Los días festivos anuales, excluidos los inhábiles previstos en el artículo 10.5.4, se disfrutarán en la forma que se convenga en los convenios colectivos o acuerdos de empresa de ámbito inferior.

10.4 Tipos de jornadas: Turnos de trabajo, jornadas especiales, inicio y fin de los turnos.

10.4.1 La jornada se realizará en cada puerto en régimen de turnos de trabajo de seis (6) u ocho (8) horas. La jornada de seis horas será continua. La jornada de ocho horas se realizará de forma partida con una interrupción mínima de una hora no retribuida. La distribución y tipos de jornadas y horarios serán los dispuestos en cada puerto por convenio, acuerdo o costumbre de ámbito sectorial.

10.4.2 Por necesidades del servicio y a requerimiento de la empresa, los trabajadores podrán realizar una jornada de hasta 12 horas consecutivas o dos turnos de seis horas, siempre que se cumpla el descanso obligatorio entre jornadas y que no se superen los límites de jornada mínima obligatoria indicados en el apartado 10.2.8.

A este respecto un mismo trabajador no podrá realizar dos turnos en el mismo día cuando exista otro a tiempo completo o parcial que, pudiendo efectuar tal actividad, no haya tenido ocupación efectiva en el día, a no ser que fuera el de descanso reglamentario, sin realizar, en este último supuesto, horas complementarias. En la realización de jornadas de 12 horas o reenganches tendrán preferencia los trabajadores de relación laboral especial.

10.4.3 Cuando fuera precisa la realización de jornadas de 12 horas o dos jornadas en el mismo día en los términos del 10.4.2., los trabajadores afectados tendrán derecho a la interrupción mínima de media hora o la dispuesta por convenio o acuerdo colectivo local, que se realizará a la mitad de la jornada y será considerada y retribuida como de trabajo efectivo. En tal caso, el trabajador deberá ser informado en el momento del nombramiento o, si no hubiera sido posible por causa imprevista, tan pronto se tenga conocimiento de ello.

10.4.4 Los trabajadores asumen colectivamente un compromiso de disponibilidad para atender las demandas de servicio en cada puerto. A tal efecto, en los convenios colectivos de ámbito inferior se regulará el sistema de nombramiento y rotación de las jornadas de 12 horas o reenganches y se establecerá el importe de la manutención

correspondiente, sin perjuicio de la retribución de salario base, primas y complementos relativos al tiempo trabajado.

10.4.5 La jornada de trabajo correspondiente a la prestación de los servicios de estiba y desestiba de buques y actividades comerciales correspondientes al ámbito funcional del presente Acuerdo realizadas en las autopistas del mar y en aquellos otros tráficos que estratégicamente se consideren oportunos en cada Puerto, se adecuará de forma que pueda adaptarse el horario a la llegada del buque al puerto, pudiendo convenirse en cada puerto el fraccionamiento de la jornada y la cuantía de la retribución en atención a la operativa de trabajo que desempeñe en el buque. A estos efectos, tanto la posibilidad de fraccionar la jornada como la retribución se determinarán en los convenios de ámbito inferior.

10.4.6 La Comisión Paritaria de cada puerto y, en caso de discrepancia entre sus componentes, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, con audiencia de las representaciones empresariales y de los trabajadores del puerto afectado, podrá acordar jornadas especiales a fin de poder atender los servicios portuarios correspondientes a buques de tráfico regular rodante.

A este respecto, y para evitar posibles controversias en los puertos, se aprobará por la Comisión Paritaria Sectorial Estatal una relación nominal de los tráficos mencionados y las condiciones mínimas de trabajo en el plazo máximo de un año desde la publicación del presente Acuerdo en el «Boletín Oficial del Estado».

10.4.7 La jornada o turno de trabajo se iniciará desde el momento en que el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo y finalizará en el mismo, para lo cual la empresa deberá poner los medios de transporte necesarios.

10.4.8 Se considerará cumplida la jornada o turno de trabajo en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Una vez transcurrido el tiempo estipulado en función del tipo de turno.
- b) Cuando el trabajador, una vez nombrado, finalice la operación para la que fue contratado, según el turno, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.4.1. y no sea empleado en otras tareas
- c) Cuando, una vez iniciada, finalice la operación u ocupación alternativa por causa ajena a la voluntad del trabajador y no sea empleado en otras tareas
- d) Cuando en el transcurso de la jornada para la que fue nombrado no se iniciase el trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador.

10.5 Organización del Trabajo: Sistema de organización del trabajo, Remate de buques.

10.5.1 Las facultades de organización y dirección del trabajo corresponden a las empresas. En este sentido, son labores propias de la dirección de la empresa la planificación, organización, coordinación, control y seguimiento de las tareas portuarias. En el ejercicio del poder de dirección las empresas encomendarán a los trabajadores las tareas indicadas en el artículo 12 del presente Acuerdo. Asimismo, podrán ocupar con trabajo efectivo a los trabajadores, tanto de Relación Laboral Común como Especial, durante toda la jornada de trabajo en la realización de actividades portuarias que integran el ámbito funcional del presente Acuerdo, siempre que el inicio de la nueva operativa haya supuesto la finalización de la anterior, al menos, durante la indicada jornada. En el caso que la ocupación no afecte a la totalidad del equipo de trabajo, por no requerirlo la operación a juicio de la Empresa, la designación de los trabajadores que se queden a realizarla, atenderá a la rotación del empleo, y especialidad requerida, y salvo pacto en convenio inferior, será designado primeramente el que haya sido nombrado en primer lugar en esa jornada, según su número de lista, y así sucesivamente.

10.5.2 Se estipula que, a petición de las Empresas, se podrán realizar un máximo de una o dos horas de remate de buques, según se establezca en Convenio Colectivo de ámbito inferior.

10.5.3 Los trabajadores de Relación Laboral Común tienen la prioridad para el trabajo. Para la realización de jornadas de 12 horas o reenganche, tendrán preferencia los trabajadores de Relación Laboral Especial. Una vez hayan doblado todos los trabajadores disponibles de relación laboral especial, podrán hacerlo los de relación laboral común.

Para la realización de jornadas de 12 horas o reenganche serán preferentes, salvo lo dispuesto en Convenio Colectivo o Acuerdo de ámbito inferior, aquellos trabajadores que operen en el buque que requiera el reenganche, siempre que los trabajadores de Relación Laboral Especial de igual grupo y especialidad hayan sido llamados en su totalidad.

El personal de relación laboral común tiene prioridad para el trabajo diario en el grupo profesional y especialidad acreditada ante la empresa en la que tenga trabajo, pudiendo ser ocupado en régimen de polivalencia en categoría profesional distinta cuando la OEE no disponga de personal para atender las peticiones de las empresas.

10.5.4 La OEE efectuará el control del número de turnos de trabajo realizado por los trabajadores de Relación Laboral Especial, incluyendo los doblajes (jornadas de 12 horas o reenganches). También controlará el número de turnos efectuados de los trabajadores de Relación Laboral Común y, en su caso, los de la Disposición Transitoria II del Real Decreto Legislativo 2/1986, incluyendo doblajes, para lo cual las Empresas cumplimentarán correctamente los pedidos de personal que para cada turno deberán presentar a la OEE o, en su caso, notificarán a la misma los realizados por los trabajadores de Relación Laboral Común, debiendo indicar el número e identificación de los trabajadores de Relación Laboral Común que por grupo profesional, especialidad y labor a desempeñar compondrán el equipo de trabajo que vaya a operar.

A tal efecto la OEE dispondrá de los medios de inspección necesarios y las Empresas autorizarán al personal de la OEE y a la representación legal de los trabajadores del mismo el acceso inmediato al lugar de las operaciones portuarias. La OEE facilitará a la representación legal de los trabajadores la solicitud de personal, el parte de operaciones y la liquidación correspondiente a cada operación.

10.6 Vacaciones anuales.

10.6.1 Los estibadores portuarios, tanto vinculados por Relación Laboral Común como por Relación Laboral Especial, disfrutarán un período de vacaciones anuales retribuidas de 30 días naturales o el número de días laborables pactados en Convenio Colectivo de ámbito inferior, siempre que, en su conjunto con los días no laborales, no sea inferior al mínimo indicado.

Las vacaciones, salvo pacto en contrario en Convenio Colectivo, se abonarán conforme al promedio de la retribución media individual, en jornada ordinaria, durante los últimos once meses anteriores al mes de inicio del primer turno de vacaciones.

10.6.2 En los Convenios Colectivos de ámbito inferior, mediante acuerdo colectivo con la OEE o, en su caso, la Comisión Paritaria del Puerto, se regularán las modalidades o sistemas para el disfrute de las vacaciones, adecuándose, en todo caso, a las características de cada Puerto, pudiéndose excluir determinados períodos del año como período de vacaciones con base a la actividad previsible.

10.6.3 En todo caso, durante el mes de diciembre del año anterior, la OEE confeccionará y publicará antes del día 15 de enero de cada año, un plan de disfrute de vacaciones, con los diversos turnos por grupos profesionales, a los que optarán todos los trabajadores afectados (Relación Laboral Especial y Relación Laboral Común) por el Convenio del Puerto.

10.6.4 Cuando así lo disponga el convenio colectivo o acuerdo de cada puerto, se podrá acumular a las vacaciones anuales los días festivos anuales previstos en el artículo 10.3.4.

10.6.5 Las partes convienen que la OEE recibirá las propuestas de las Empresas sobre la organización de las vacaciones de los trabajadores de Relación Laboral Común y, en virtud de la consideración de colectivo único de los trabajadores al servicio de la

operativa portuaria, establecerá, antes del 15 de enero de cada año, el cuadro anual de vacaciones de la totalidad de los estibadores portuarios.

10.6.6 La OEE, a la vista de las peticiones recibidas, resolverá en beneficio del servicio portuario.

10.6.7 Salvo pacto en contrario en Convenio Colectivo de ámbito de cada Puerto, el disfrute de las vacaciones se realizará preferentemente de una sola vez, o en dos períodos, procurándose que se inicien los días 1 y 15 del mes correspondiente.

10.6.8 La distribución vacacional de los trabajadores de RLE y RLC y los de la Disposición Transitoria II del Real Decreto Legislativo 2/1986 deberá permitir la atención a las necesidades de cada puerto. Mediante convenio o acuerdo colectivo del Puerto se determinará el período o períodos vacaciones de tal forma que se mantenga durante todo el año la disponibilidad de trabajadores de cada especialidad de la plantilla.

10.6.9 En el supuesto de que se produjera algún conflicto colectivo en la fijación del período vacacional, para la resolución del mismo se aplicará lo dispuesto en el art. 19 del presente Acuerdo.

(...))»

El artículo 10 del IV Acuerdo prevé una serie de condiciones laborales como los llamamientos y nombramientos del personal estibador y el tiempo de trabajo, entre otras materias. El apartado primero impone a las empresas estibadoras la obligación de solicitar a la OEE los trabajadores portuarios que necesiten, cuya adscripción se realizará mediante el sistema de rotación. Este precepto debe ser declarado nulo en la medida en que limita la posibilidad de contratación de las empresas estibadoras y atribuye a las SAGEP (OEE) un carácter monopolístico en la gestión de personal estibador. El apartado primero obliga a realizar un llamamiento a la semana con presencia física de todos los trabajadores. El apartado cuarto concede preferencia para la realización de jornadas de doce horas o reenganches al personal con relación laboral especial, mientras que el apartado quinto, punto tercero, establece prioridad para el trabajo al personal con relación laboral común. Claramente este precepto no puede permanecer en vigor tras la reforma. El apartado quinto establece que la OEE efectuará el control del número de turnos de trabajo del personal con relación laboral común y especial. El apartado sexto concede a las OEE la facultad de organizar las vacaciones del personal estibador con relación laboral común, tras recibir las propuestas de las empresas estibadoras. Es evidente que este precepto parte también de un sistema en el que el proveedor único de mano de obra en los puertos es una SAGEP (OEE) que agrupa forzosamente a las empresas estibadoras, sistema claramente derogado por el RD-ley 8/2017 y 9/2019, aparte de claramente contrario a la normativa comunitaria.

Lo dispuesto en el artículo 10 resulta contrario a lo regulado en el RD-ley 9/2019 en cuanto a la puesta a disposición del personal estibador al imponer el sistema de rotación contrario a la libertad de contratación de las empresas consagrada en el RD-ley 9/2019, que, además prevé expresamente que entre las facultades de dirección y organización de las empresas estibadoras se encuentra la de designar al personal necesario.

Por otro lado, la obligación de un llamamiento a la semana, así como la facultad de las OEE de organizar las vacaciones o controlar los turnos de trabajo restringe la libertad de contratación y la facultad de organización y control de los CPE, ETTs y de las empresas estibadoras, consagradas en el artículo 2 del RD-ley 8/2017 y en el artículo 3.1 del RD ley 9/2019. Además, estas restricciones resultan contrarias al artículo 49 del TFUE, pues restringen la libertad de establecimiento de empresa en favor de la gestión centralizada y monopolística de los llamamientos.

En consecuencia, los apartados 1,4,5 y 6 del artículo 10 del IV Acuerdo Marco deben ser declarados nulos de pleno derecho.

6.

«Artículo 11. Movilidad funcional y polivalencia.

11.1 Todos los trabajadores portuarios realizarán las funciones correspondientes a su Grupo Profesional y especialidades reconocidas y el nombramiento se efectuará según la especialidad requerida. En el supuesto de estar en posesión de diversas especialidades, el nombramiento se efectuará según el orden que se establezca en cada Puerto.

11.2 En una misma jornada se podrán realizar todas las funciones correspondientes a las especialidades del Grupo Profesional del trabajador en régimen de movilidad funcional.

11.3 La existencia de especialidades dentro de un Grupo Profesional no limita, en modo alguno la movilidad funcional de los trabajadores pertenecientes al mismo y sólo está limitada por la acreditación del trabajador, para realizar determinadas tareas.

11.4 Cuando no existan trabajadores disponibles para la realización de funciones de una especialidad, el nombramiento se efectuará en régimen de polivalencia funcional entre los de otro Grupo Profesional que, no habiendo sido nombrados para realizar funciones correspondientes al suyo, tengan acreditada la especialidad requerida o, en su caso, estando en proceso de formación reúnan las condiciones básicas para su realización en condiciones de seguridad laboral.

11.5 La polivalencia funcional entre grupos profesionales se implantará siempre que en una jornada se agoten las listas de rotación de cada grupo. Esta polivalencia viene limitada solo por la acreditación profesional del trabajador. Así, el nombramiento deberá efectuarse para trabajar en otro grupo, cuando se haya agotado la lista del grupo de referencia y se tenga la especialidad requerida para desempeñar las tareas específicas del otro grupo.

11.6 La empresa que pretenda la polivalencia funcional de los trabajadores de relación laboral común a tareas de otro grupo profesional distinto al suyo, deberá acreditar la capacitación profesional y la no disponibilidad de trabajadores de Relación Laboral Especial del Grupo Profesional requeridos.

11.7 Las OEE organizarán las plantillas de trabajadores de forma que dispongan de trabajadores suficientes en los distintos Grupos Profesionales para cubrir la actividad habitual de las mismas. Para la promoción, los trabajadores deberán tener acreditada la capacitación para la realización de funciones del nuevo grupo profesional o especialidad. La convocatoria, pruebas, puntuación y prelación, se hará según normas objetivas pactadas en Convenio o acordadas por la Comisión Paritaria del convenio de ámbito inferior.

11.8 La polivalencia y movilidad funcional previstas en el presente artículo solo serán aplicables en el ámbito de una empresa cuando la formación en todas las especialidades haya sido ofertada en condiciones de igualdad para el personal de RLE de la OEE y RLC y cuando el sistema de asignación de ocupación preferente respete, como criterios preferentes, el reparto equitativo del empleo y la garantía de los intereses económicos y sociales de la OEE.»

Las referencias del artículo 11 a la relación especial deben eliminarse, del mismo modo que el sistema de rotación es incompatible con la libertad de contratación y deben también ser eliminadas.

7. Se pide en la declaración de nulidad del artículo 12, apartado 2 del IV Acuerdo Marco en el que se establece:

(...)

«12.2 Sistemas de Clasificación y promoción profesional.

12.2.1 La clasificación profesional y los sistemas para la promoción profesional del personal de relación laboral especial y común corresponderán, exclusivamente, a la

OEE, en este último caso, por delegación de las empresas que se pacta en este Acuerdo con carácter general. En tal sentido, los OEE organizarán e impartirán, por si mismos o mediante la contratación de servicios que estime necesarios o convenientes, la formación profesional necesaria para mantener un alto nivel de profesionalidad entre los estibadores portuarios. Asimismo, asumirá como consecuencia de la delegación indicada anteriormente la expedición de certificaciones de formación.

12.2.2 En el supuesto de que un trabajador de Relación Laboral Común acceda a un Grupo Profesional superior y no exista puesto de trabajo de ese grupo en la Empresa donde viniera prestando sus servicios, éste podrá solicitar y, tendrá derecho a obtener, la reincorporación a la OEE en régimen de relación laboral especial o, alternativamente, su ingreso en otra Empresa que requiera trabajadores portuarios con tal clasificación.

12.2.3 En caso de discrepancia sobre la materia contenida en el artículo 12, sobre el Grupo 0, especialidad asignada a un trabajador, o sobre el sistema de promoción establecido el personal afectado, planteará el conflicto, con carácter previo y preceptivamente, ante la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que resolverá de acuerdo con los siguientes criterios:

a) El sistema garantizará en cada Puerto la plena igualdad de oportunidades a los estibadores sujetos a Relación Laboral Especial o Común, para acceder a todas las promociones y ascensos que se efectúen en el ámbito del mismo.

Las ofertas de promoción serán publicadas en el tablón de anuncios de la OEE y de las Empresas y comunicadas a la representación de los trabajadores en las respectivas entidades y tendrán acceso, previa la selección correspondiente, todos los trabajadores independientemente del Grupo Profesional y especialidades que tengan reconocidas, sin perjuicio de los criterios de preferencia que se convengan.

b) En cada Puerto, el órgano calificador de la profesionalidad exigible para la promoción será único y contará con la participación de los representantes de los trabajadores y de las Empresas y lo presidirá el representante que nombre la OEE.

c) La OEE, mediante la realización y superación de los cursos de formación o perfeccionamiento, acreditará las especialidades correspondientes, con informe-consulta de la representación de los trabajadores. Los actos de adscripción o denegación de la misma podrán ser objeto de recurso ante la Jurisdicción Social.

12.2.4 Las promociones o reclasificaciones de los trabajadores de Relación Laboral Común, habrán de realizarse conforme los criterios y el sistema previsto anteriormente.

12.2.5 Los trabajadores de relación laboral especial y común tienen derecho a la promoción profesional con preferencia al ingreso de nuevos trabajadores en la plantilla de la OEE. Para el pleno reconocimiento de este derecho, cuando se observe la necesidad de cubrir vacantes o ampliar plantilla del puerto en cualquiera de los grupos profesionales la OEE deberá iniciar, con carácter previo a la contratación de nuevos trabajadores, un proceso de promoción profesional entre los profesionales portuarios de conformidad a los criterios anteriores.»

El apartado segundo del artículo 12 del IV Acuerdo Marco reconoce a la OEE como único sujeto competente para la clasificación profesional y para establecer los sistemas para la promoción profesional del personal estibador, lo cual atenta contra la facultad de organización y dirección de las empresas estibadoras, en tanto que les obliga a delegar una serie de cuestiones, como son la clasificación y la promoción profesionales, a la OEE. La expropiación a las empresas estibadoras o a otros operadores de trabajo temporal del sistema promoción en favor del monopolio de la OEE resulta contrario al bloque normativo al que venimos haciendo referencia y merece ser expulsada del IV Acuerdo Marco. De tal manera que, las obligaciones impuestas a las empresas estibadoras y la posición preeminente de la OEE sobre aquéllas atentan contra la libertad de las empresas estibadoras de ejercer sus facultades de dirección y organización del trabajo sobre el personal estibador bajo su dependencia, contraviniendo

el artículo 3 del RD-ley 9/2019, y la libertad de establecimiento ex artículo 49 del TFUE. 175.

Por lo tanto, el apartado 2 del artículo 12 del IV Acuerdo Marco merece ser declarado nulo de pleno derecho.

8. Artículo 18. Régimen disciplinario. Se solicita a la declaración de nulidad del apartado 1.

«Artículo 18. Régimen disciplinario.

18.1 Opción a favor de la readmisión:

En el supuesto de que se pretendiera la rescisión de la relación laboral de carácter especial por despido declarado improcedente o nulo, la opción para decidir sobre la recepción de indemnización o la readmisión en el puesto de trabajo corresponderá al trabajador sujeto a Relación Laboral de carácter Especial.

Cuando se extinga el contrato de trabajo de relación laboral común, y el trabajador mantenga suspendida su relación laboral especial con la OEE correspondiente, el trabajador/a podrá optar por reingresar en esta última. En este caso, no tendrá derecho a percibir la indemnización legal por la extinción del contrato de trabajo producido en la empresa.

(...)»

El precepto en cuestión resulta contrario a la normativa vigente en la actualidad, toda vez que la relación laboral especial ha dejado de existir, por lo que no cabe la rescisión de la relación laboral especial, ni la posibilidad de optar cuando se extinga el contrato de trabajo en relación laboral común por reingresar en la relación laboral especial que se mantenía suspendida.

9. Artículo 19, se solicita la declaración de nulidad del artículo 19, apartado 1.e).

Este precepto del IV Acuerdo Marco fue modificado por Acuerdo de modificación de artículo 19 del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, con efectos del día 1 de enero de 2018 (BOE 13 de marzo de 2018) (Descriptor 17), el cual queda redactado de la siguiente forma, en lo que aquí interesa:

«Artículo 19. Comisión Paritaria Sectorial Estatal (CPSE).

19.1 Competencias y funciones de la CPSE. Las partes firmantes acuerdan constituir una Comisión Paritaria Sectorial Estatal con las siguientes competencias y funciones:

(...)

"e) Las de interpretación de las condiciones de subrogación estipuladas en el presente convenio colectivo y resolución de discrepancias y, en su caso, mediación, surgidos en los procesos de subrogación y determinación de excedentes estructurales, así como conocer, con carácter previo a la vía jurisdiccional, de las discrepancias, controversias y reclamaciones que puedan suscitarse, individual y colectivamente, como consecuencia de la aplicación de los procesos regulados en la disposición adicional séptima."»

En tanto que la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco resulta contraria al RD-ley 9/2019, al RD-ley 8/2017, al artículo 49 del TFUE y a la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, al impedir el libre ejercicio del derecho de separación de las SAGEP, la competencia prevista en la sección e) del artículo 19.1 del IV Acuerdo Marco merece ser declarada nula de pleno derecho, tal y como a continuación se analiza.

10. Disposición adicional séptima. vulneración del principio de igualdad derivada de la modificación del IV Acuerdo Marco con la incorporación de la disposición adicional séptima.

La disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco, fue introducida por acuerdo suscrito por los codemandados y cuya publicación se ordena por Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, y, posteriormente modificada parcialmente por nuevo acuerdo, por Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el Acuerdo parcial de modificación del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. Visto el texto del acuerdo parcial, de 30 de enero de 2018, de modificación de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. (BOE de 13 de marzo de 2018)

«Disposición adicional séptima.

1. Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se subrogarán el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad. En consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables.

En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores tendrán derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP.

Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición adicional.

2. El sistema de asignación de los trabajadores de la SAGEP a los que se ofrecerá, de acuerdo con el apartado anterior, la incorporación voluntaria a la empresa estibadora que se separe de aquella en virtud de lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, se deberá regir por los siguientes principios:

(i) El ejercicio del derecho de separación de cualquier socio de las SAGEP se debe producir dentro de la más estricta neutralidad en relación con la situación anterior a la separación y evitando, en particular, que la posición competitiva de las empresas que ejerzan dicho derecho se vea perjudicada tras su separación.

(ii) El número de trabajadores a subrogar se determinará mediante la estricta aplicación de la regla de proporcionalidad en función del porcentaje de participación de la empresa estibadora en el capital social de la SAGEP.

(iii) Una vez determinado el número total de trabajadores objeto de subrogación, se concretará su distribución por categorías y especialidades en función de las empleadas por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación, con objeto de que la combinación de trabajadores que

se le asignen tras la separación resulte adecuada a las necesidades operativas de la empresa conforme al dato objetivo acreditado durante el indicado periodo.

La información sobre la distribución por categorías y especialidades de trabajadores empleada por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación se considerará estrictamente confidencial para el resto de empresas y solo será conocida por los gestores de la SAGEP, que asumirán un compromiso de reserva sobre la información facilitada.

(iv) Para garantizar la neutralidad de la medida para las empresas que se separen y, en su caso, las que permanezcan, y las condiciones de trabajo individual y colectivas indicadas en el apartado 1 anterior, la empresa que haya decidido su separación, la SAGEP y la Representación Legal de los Trabajadores deberán tener en consideración el nivel de ocupación del personal objeto de subrogación y, a tal efecto, podrán acordar la subrogación de los trabajadores a tiempo parcial entre las mismas, en proporción al nivel de ocupación entre las empresas en el periodo de doce meses indicado en el apartado anterior.

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

(vi) Lo dispuesto en los apartados (ii) a (v) anteriores se aplicará siempre y cuando la empresa que haya decidido su separación, la correspondiente SAGEP y la Representación de los Trabajadores no acuerden otros criterios diferentes o complementarios, que habrán de ser, necesariamente, respetuosos con lo establecido en el apartado (i) anterior. La decisión así adoptada deberá someterse al informe previo de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, conforme a lo establecido en el apartado 1 anterior.

3. La presente disposición adicional tendrá eficacia desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017.»

La disposición adicional séptima establece la obligación de las entidades socias de la SAGEP que quieran ejercer el derecho de separación de subrogarse forzosamente de trabajadores en una forma determinada. En el procedimiento establecido para realizar tal subrogación interviene la Comisión Paritaria Sectorial Estatal. Se determinan los criterios de asignación de los trabajadores que deberán subrogarse y consta una solicitud de ejecución de tal procedimiento de subrogación.

El Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo en su Exposición de Motivos se pone de manifiesto la necesidad de completar la regulación normativa y consolidar el marco de liberalización de los trabajadores iniciado por el Real Decreto-ley 8/2017 y garantizar un régimen de libre competencia en un marco laboral que asegure tanto la continuidad, regularidad y calidad del servicio de manipulación de mercancías como la protección de los trabajadores.

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

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

La nueva norma justifica esta modificación de la Ley 14/1994 por la necesidad de garantizar que todos los operadores, CPE y ETT, compitan en igualdad de condiciones

en la prestación de servicios de puesta a disposición. En particular, dos son los elementos que tiene en cuenta:

– La limitación del ámbito funcional o sectorial en el que van a poder operar los CPE, que queda reducido a la actividad de la estiba portuaria. A diferencia del carácter multisectorial que pueden presentar las usuarias de las ETT, los trabajadores que ocupen los CPE únicamente podrán ser puestos a disposición de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios.

– El hecho de que la gran mayoría del personal perteneciente a las SAGEP cuenta con un contrato de trabajo por tiempo indefinido, de modo que el tránsito ordenado de los estibadores portuarios desde las anteriores SAGEP a los nuevos CPE implicará la incorporación a la plantilla de éstos últimos de un número de trabajadores con contrato fijo

A tal fin el artículo 4 del Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, dispone:

«Estabilidad y calidad en el empleo.

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

2. Cuando las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías opten por dejar de ser accionistas de la SAGEP, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, produciéndose el decrecimiento de la actividad de esta última, procederá la aplicación del mecanismo subrogatorio cuando así se acuerde conforme a lo dispuesto en el apartado 1. Igual facultad negociadora dispondrán las citadas organizaciones cuando los socios de las SAGEP opten por su disolución. El mecanismo subrogatorio que, en su caso, pueda acordarse deberá ser transparente, objetivo y equitativo, de acuerdo con los principios y garantías que informan el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

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

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

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

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

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

Al haber transcurrido en exceso el plazo de tres desde la entrada en vigor del RD-ley 8/2017, establecido en su disposición transitoria primera, este precepto ya no está en vigor y, por tanto, la subrogación establecida en el IV Acuerdo Marco carece de soporte legal, en aquello que pudiera resultar amparado por el RD-ley 9/2019, de 29 de marzo.

Tal y como declara el informe de la CNMC de 18 de septiembre de 2020 La conducta consistente en la adopción, en el seno de la Comisión Negociadora del IV Acuerdo, de los acuerdos de modificación del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, en particular aquellos de fecha 6 de julio de 2017 y 30 de enero de 2018, por los que se impone la obligación de subrogar en las condiciones acreditadas el personal estibador a las empresas que opten por separarse de la SAGEP, constituye una medida injustificada, desproporcionada y discriminatoria que afecta a la libertad de contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y de la libertad de las empresas titulares de la licencia para la prestación de dicho servicio de participar o no en sociedades cuyo objeto social sea la puesta a disposición de los trabajadores.

La diferencia entre la subrogación de la disposición adicional séptima y las restantes subrogaciones convencionales es que lo previsto para el sector de la estiba no constituye una garantía para un supuesto de transmisión de actividad, sino que la garantía de empleo se configura como absoluta, incondicionada y totalmente desligada de la actividad real de las empresas afectadas.

No concurre una transmisión de actividad entre operadores que ampare la subrogación, sino que el hecho causante de la subrogación es la mera separación de las SAGEP, es decir, se trata de una carga adicional arbitraria e injustificada por ejercer el derecho a no participar en un SAGEP en la que las empresas estibadoras se vieron obligadas a participar.

No existe una contrata sobre la que se apoye la actividad, sino que es el dato de la participación de una empresa estibadora en el capital de las SAGEP y el ejercicio de su derecho de separación, lo que automáticamente desencadena la subrogación de los trabajadores.

No existen unos trabajadores afectos a la actividad y no es la actividad lo realmente relevante para la subrogación, sino simplemente la separación de la SAGEP y la participación de la empresa estibadora en el capital de aquélla.

El número de trabajadores objeto de subrogación no depende de la actividad de la empresa, sino de la participación de ésta en el accionariado de la SAGEP. Por ello, con independencia de que la empresa estibadora tenga o no actividad suficiente para asumir dichos trabajadores, opera la subrogación.

Cabe recordar que el RD-ley 8/2017 ya impone una cierta limitación en la gestión de las empresas estibadoras al imponer a todas las empresas (no solo a las que decidan separarse de la SAGEP) un porcentaje mínimo de contratación de la SAGEP durante el periodo transitorio de tres años: 75% el primer año; 50%, el segundo; y 25%, el tercero. No obstante, también debe mencionarse que dicho porcentaje, a diferencia de la subrogación convencional prevista en el IV Acuerdo Marco, sí que está vinculado a la actividad de la empresa, por lo que el sistema de cómputo es distinto. Y que se trata de un régimen transitorio que debería concluir en fecha próxima a la libertad total de contratación.

Como ha puesto de manifiesto la Dirección de Competencia de la CNMC en el marco del expediente sancionador citado, la subrogación convencional tiene un claro efecto disuasorio del ejercicio del derecho a no permanecer en una SAGEP, que compromete

seriamente la liberalización del sector, promulgada en el artículo 2 del RD-ley 8/2017 y en el artículo 1 del propio RD-ley 9/2019, en la medida en que:

- a) limita la capacidad de organización de las empresas estibadoras al imponerle un número de trabajadores que no necesariamente guarda relación con sus necesidades;
- b) perpetúa el monopolio de la contratación del personal por parte de las SAGEP, y
- c) obstaculiza el acceso de nuevos trabajadores a dicho mercado de trabajo, favoreciendo a aquellos previamente vinculados a las SAGEP.

A resultas de lo anterior, las empresas que opten por no permanecer en las SAGEP ven penalizada su decisión al imponérseles la subrogación. Por el contrario, los nuevos operadores sólo deben cumplir los porcentajes mínimos de contratación dispuestos en la disposición transitoria segunda del RD-ley 8/2017 únicamente durante el periodo transitorio de tres años. El sistema convencional de subrogación ha conseguido su propósito: el sistema de prestación de los servicios en la estiba sigue controlado por las SAGEP (transformadas en CPE), sin que apenas se hayan producido supuestos de separación de empresas estibadoras de dichas sociedades.

En conclusión, la subrogación, en la práctica, viene a suponer un directo atentado a las dos libertades básicas que, en cumplimiento de la sentencia del TJUE, consagra el RD-ley 8/2017: (i) la libertad de contratación de trabajadores portuarios para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y (ii) la libertad de participar o no en empresas cuyo objeto social sea la puesta a disposición de trabajadores portuarios.

Además de ilegal por vulnerar el RD-ley 9/2019, el RD-ley 8/2017 y el artículo 49 del TFUE, la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco debe ser declarada nula de pleno derecho por vulnerar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la 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 primera del RD-ley 8/2017, ejerzan su derecho de separación de la SAGEP.

Esta obligación de subrogación impuesta por el IV Acuerdo Marco a todas las empresas estibadoras que actualmente operan en el mercado genera, por tanto, un doble efecto: por un lado, actúa como desincentivo al ejercicio del derecho de aquéllas de separarse de la SAGEP -que era, precisamente, la finalidad de la Sentencia del TJUE y de la posterior reforma operada por el legislador español a efectos de liberalizar el sector de la estiba-, y, por otro, coloca a las empresas incluidas en su ámbito personal y funcional en una posición desigual y de desventaja frente a nuevos operadores que no asuman una actividad de estiba preexistente en tanto que éstos no están obligados a subrogar a los trabajadores de la SAGEP, operando, una vez liberadas de las previsiones ilegales del IV Acuerdo Marco denunciadas en apartados anteriores, en unas condiciones de libertad de contratación de imposible acceso a las empresas que sí son miembro de las SAGEP.

No existe razón objetiva y razonable que permita justificar la existencia de este trato diferencial entre las empresas nuevas y las antiguas, siendo la única razón de ser de la diferencia la mera participación en la SAGEP el día de la entrada en vigor del Acuerdo. El Tribunal Constitucional ha admitido, en algunas ocasiones, la excepción al principio de igualdad cuando así lo justificaba la pertenencia a un subsector específico (por ejemplo, el ATC de 23 de julio de 1986, en el caso de las empresas de transformadores de vidrio), circunstancia que no concurre en este caso.

Por todo ello, la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco que da lugar a la subrogación convencional obligatoria resulta contraria al principio de igualdad y, por tanto, debe ser declarada nula por inconstitucional, al obligar a aquellas empresas que, por el mero hecho de haber sido obligadas a participar en una SAGEP a subrogarse en los contratos de un número determinado de trabajadores, ocasionándose un grave perjuicio económico –equivalente al sobrecoste laboral del mantenimiento de los contratos y las condiciones de trabajo– y una clara desventaja competitiva respecto de

nuevos operadores empresariales que no asuman ninguna actividad ni formaban parte de la SAGEP.

Décimo.

Por todo ello, debe prosperar la demanda de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, declarando la nulidad de pleno derecho de las disposiciones del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria en los términos declarados en el Fallo de la presente Resolución por contravenir el RD-ley 9/2019, el RD ley 8/2017, el artículo 49 del TFUE y las Sentencias del TJUE de 11 de diciembre de 2014 y 11 de febrero de 2021. Debiendo comunicarse la sentencia, a la autoridad laboral, en especial a los efectos de constancia en el registro correspondiente y a la publicación del fallo en el «Boletín Oficial del Estado» en que el convenio, cuyos preceptos se anulan, fueron en su día insertados. (Art. 166.2 y 3 LRJS).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimamos las excepciones de falta de legitimación activa y falta de acción alegadas por CETM, UGT, CCOO y ANESCO, de falta de acción alegada por los letrados de CETM, ANESCO y UGT, a la que se adhirieron CC. OO y CIG en la que se argumenta que, las normas impugnadas del IV Acuerdo Marco de la estiba portuaria no están en vigor, y de defecto legal en el modo de proponer la demanda alegada por UGT. Estimamos la demanda formulada por la ASOCIACIÓN ESTATAL DE EMPRESAS OPERADORAS PORTUARIAS (ASOPORT), representada por Joaquim Coello Brufau, en su condición de Presidente, contra, ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES (ANESCO), COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR, FESMCUGT, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA (CIG), LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK (LAB), EUSKO LANGILEEN ALKARTASUNA (ELA), FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (FSC-CCOO), CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CCOO), siendo parte, el MINISTERIO FISCAL, sobre, IMPUGNACION DE CONVENIO COLECTIVO, declaramos la nulidad de pleno derecho de las siguientes disposiciones del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria: artículo 6, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13; artículo 7; -artículo 8; -artículo 9; -artículo 10, apartados 1, 4, 5 y 6; artículo 11, en sus referencias a la relación laboral especial; -artículo 12, apartado 2; - artículo 18, apartado 1; -artículo 19, apartado 1.e), del IV Acuerdo Marco (modificado por acta de 20-12-2017 (BOE 13-3-2018)) y de la -disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco -que fue introducida por acuerdo suscrito por los codemandados y cuya publicación se ordena por Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, y, posteriormente, modificada parcialmente por nuevo acuerdo suscrito por las mismas partes publicado por Resolución de 7 de marzo de 2018.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el

art, 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el n.º 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el n.º 2419 0000 00 0073 20; si es en efectivo en la cuenta n.º 2419 0000 00 0073 20 (IBAN ES55), pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.