

# **ESTIBA PORTUARIA Y LIBRE MERCADO EUROPEO:**

## **Debates de Derecho del Trabajo en el marco del proceso de liberalización del sector en España**

Judit Güell Bargalló

---

TESIS DOCTORAL / 2022

DIRECTORAS DE LA TESIS

Dra. Julia López López (UPF)

Dra. Patrocinio Teresa Rodríguez Ramos (US)

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD  
SOCIAL



**Universitat  
Pompeu Fabra**  
*Barcelona*



*A la inquietud, como motor de crecimiento y conocimiento.  
A la reflexión, como fórmula para el entendimiento de las realidades cambiantes.  
Y a la tenacidad, esa indeleble fuerza interior que nos impulsa a perseverar en el logro de nuestros objetivos.*



## Agradecimientos

Esta tesis doctoral es el resultado de muchas horas de lectura, reflexión y escritura que no hubieran sido posibles sin el acompañamiento y soporte de las profesoras Julia López López y Patrocinio Teresa Rodríguez Ramos, a quienes agradezco profundamente su contribución y seguimiento en este complejo campo de investigación. Excelentes docentes, investigadoras y maestras, que me han proporcionado las herramientas y guías fundamentales para transitar este largo camino y que han demostrado formar el mejor tándem posible para este proyecto. Gracias, de todo corazón.

Agradezco asimismo la asistencia de las personas integrantes del Departamento de Doctorado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, por su profesionalidad y por haberme acompañado en todos los trámites académicos hasta llegar al resultado final. Ha sido un placer volver a este espacio universitario en el que hace algo más de diez años me licencié en Derecho, al que le debo tantos recuerdos cálidos y amables, y en el que he conocido en ambos periodos a personas con las que mantengo una bonita y valiosa amistad.

La presente investigación también es el fruto de un complejo equilibrio entre mi vida profesional -dedicada con pasión e intensidad a la abogacía- personal y académica. En la búsqueda de la armonía entre todas ellas, debo agradecer el incondicional apoyo de mi maestro y padre profesional: Albert Núñez i Quadrat. Excelente abogado y mejor persona, que me ha enseñado los valores y principios más esenciales de esta apasionante profesión y que me ha acompañado en todos los momentos, fases y etapas profesionales andadas durante esta última década. En él siempre he encontrado ese espacio para la comprensión, reflexión y profundización de los asuntos y realidades, tan necesaria y enriquecedora en el agitado ejercicio de la abogacía; acompañamiento que sin duda ha potenciado y redundado en beneficio de mi faceta de investigadora, quien siempre la ha alentado.

La complejidad del asunto abordado ha dificultado el acceso a múltiples fuentes reservadas. Sin embargo, debo agradecer muy sinceramente a D. Joaquim Coello Brufau, actual presidente de la asociación empresarial ASOPORT y al Letrado D. Jordi Puigbò Oromí, reconocido jurista y socio de Cuatrecasas, la atención proporcionada y el interés mostrado en esta investigación. Ellos, con firmeza y tenacidad, se enfrentan en su práctica profesional a la difícil realidad de la estiba portuaria.

Durante los últimos cuatro años en los que he desarrollado este proyecto de investigación, han sobrevenido sucesos y circunstancias no fáciles de conciliar, si bien he tenido la gran suerte de contar con el apoyo de personas que han facilitado que pudiera culminarlo. Gracias a mi familia, por haber creído siempre en mí. Gracias, en especial, a mis abuelos maternos, sin los cuales hoy no habría llegado hasta aquí. Tanto a mi abuelo Miquel, quien hace años y antes de tiempo nos dejó, como a mi abuela Carme, que con sus más de noventa años de edad sigue siendo un ejemplo de fortaleza para toda la familia. Gracias a mis grandes amistades, a las de *Mont-roig* y a todas las que me acompañan desde hace muchos años en todos los pasos que doy. En especial, a aquellas que han sido, son y serán siempre familia: Laia y Laura. Por su incondicional amor surgido desde hace ya más de treinta años, que nos acompañará toda la vida. Y, por último, aunque no menos importante, debo agradecer la posibilidad de que este trabajo vea la luz a Xavi. Mi compañero de viaje, el pilar del gran equipo que formamos en casa. Gracias por estar, siempre. Y por haber cuidado nuestro hogar en aquellos momentos en los que no he podido estar tan presente. *Gràcies, de tot cor.*



## Resumen

El propósito liberalizador de la Unión Europea en el sector de la estiba portuaria español marcado por la STJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13), que llevó al ejecutivo a iniciar la reforma del sistema de gestión monopolística en el año 2017, se ha visto truncado a razón de la modificación del artículo 18º de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (LETT), operada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero. La creación, en la reforma de 2017, vía Real-Decreto Ley, de un modelo de ETT *ad hoc* para el sector de la estiba (el CPE), permitió al ejecutivo crear un contexto contrario a las libertades comunitarias y de cierre del mercado, al tiempo de posibilitar que la negociación colectiva pactara medidas de mantenimiento del empleo (léase «subrogación») que dejan sin efecto el proceso de liberalización emprendido, desplazan el poder de dirección empresarial hacia terceros (léase, Comisión Paritaria Sectorial Estatal «CPSE») y disocian la figura del titular *de iure* y *de facto* de la facultad de dirección y control del empresario, al tiempo de desincentivar a las empresas estibadoras a separarse de los CPE, imponiéndoles obligaciones contrarias a la libre competencia, todo lo que, a la postre, genera un contexto de segmentación en el mercado de trabajo y de potenciales situaciones de desigualdad entre el colectivo de estibadores. Se abre un nuevo marco temporal en el que cobran protagonismo -más allá de la Comisión Europea, en defensa de las libertades comunitarias- la CNMC y la patronal ASOPORT, en la defensa de la libre competencia *ex* artículo 101 TFUE y 1 LDC, convirtiéndose en actores principales. En este contexto, la categorización de la prestación de servicios en la estiba como relación laboral común quedaría claramente desdibujada por el desarrollo llevado a cabo por la negociación colectiva.

## Abstract

The liberalizing purpose of the European Union in the Spanish port stevedoring sector defined by the judgement of the Court of Justice of December 11, 2014 (C-576/13), which led the executive to initiate the reform of the monopolistic management system in 2017, has been frustrated due to the unexpected amendment of article 18 of Law 14/1994, of June 1, which regulates temporary employment agencies (LETT), operated by Law 4/2022, of February 25. The creation, in the 2017 reform, of an *ad hoc* ETT model for the stevedoring sector (CPE), allowed the executive to create a context contrary to EU Freedoms and to market closure. It enabled collective bargaining to agree on employment maintenance measures (read «*subrogation*») that leave the liberalization process undertaken without effect, shifting corporate management power towards third parties (read «*State Sectoral Joint Committees*») and dissociating the figure of the *de iure* and *de facto* holder from the power of business control and management, while discouraging stevedoring companies to separate from the *Port Employment Center* by imposing anti-competitive obligations on them, all of which, in the end, creates a context of segmentation in the labor market and potential situations of inequality among the stevedores collective. A new era is opening-up, in which the CNMC and the employers' association ASOPORT -in the defense of free competition under Article 101 TFEU and Article 1 of the LDC- are becoming the main actors, in addition to the European Commission. In this context, the categorization of the provision of stevedoring services as a common employment relationship would be clearly blurred by the development carried out by collective bargaining.





# Índice

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>0</b>
<b>UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA ESTIBA PORTUARIA: MARCO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. PROBLEMAS GENERALES EN TORNO AL CONCEPTO DE «TRABAJADOR» Y AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO .....</b>	<b>6</b>
1.1. LA NOCIÓN DE «TRABAJADOR» Y SUS NOTAS CARACTERIZADORAS SEGÚN LEY, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA APLICATIVA .....	6
a) <i>La ajenidad</i> .....	9
b) <i>La dependencia</i> .....	14
c) <i>La retribución</i> .....	18
d) <i>La voluntariedad: el trabajo «libre»</i> .....	20
1.2. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA DIVERGENCIA DE ESTATUTOS JURÍDICOS COMO CONTEXTO DE PARTIDA PARA EL ANÁLISIS DE LA ESTIBA PORTUARIA .....	21
a) <i>La «flexiseguridad» como contexto de «soft law» presente en las iniciativas comunitarias de actualización del concepto de trabajador.....</i>	<i>21</i>
b) <i>La segmentación del «status» de trabajador y el debate comunitario, internacional y transnacional en torno a las fronteras de laboralidad.....</i>	<i>30</i>
c) <i>La expansión subjetiva de la tutela jurídica del trabajo a través de las nuevas fórmulas de empleo atípico y su jurisprudencia aplicativa.....</i>	<i>49</i>
d) <i>La expansión subjetiva del ámbito de aplicación del derecho del trabajo a través de las relaciones laborales de carácter especial.....</i>	<i>60</i>
<b>CAPÍTULO II. EL TRABAJO DE LA ESTIBA Y DESESTIBA EN EL PANORAMA INTERNACIONAL Y COMUNITARIO: DEBATES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIA APLICATIVA EN TORNO A LA ESPECIALIDAD DE LA ESTIBA PORTUARIA .....</b>	<b>79</b>
2.1. EL TRABAJO DE LA ESTIBA Y DESESTIBA: MARCO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO DE «HARD LAW» Y «SOFT LAW» .....	79
a) <i>El Convenio 137 (C137) y la Recomendación 145 (R145) como instrumentos de «hard law» y «soft law» en el marco de la OIT .....</i>	<i>84</i>
b) <i>La Comisión Europea y sus frustrados intentos de regulación del trabajo portuario a través de Directiva .....</i>	<i>96</i>
2.2. REFERENCIAS COMPARADAS DE LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR PORTUARIO POR LA VÍA JUDICIAL EN EL MARCO DE LA UE.....	107
a) <i>Reino Unido: La «Dock Work Act» de 1989 y la «National Dock Labour Board» .....</i>	<i>108</i>
b) <i>El «judicial law-making process» en Italia: Reforma del régimen jurídico italiano y su acomodo a las libertades de circulación y a la libre competencia .....</i>	<i>115</i>
c) <i>El Asunto Becu (C-22/1998) sobre el régimen belga de la estiba portuaria: Libre competencia y libre circulación de personas, servicios y capitales .....</i>	<i>126</i>
<b>CAPÍTULO III. LA VISIÓN DIACRÓNICA DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS ESTIBADORES PORTUARIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL .....</b>	<b>131</b>
3.1. LOS ORÍGENES DE LA REGULACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE LA ESTIBA PORTUARIA.....	131
3.2. LA PRIMERA CATALOGACIÓN FORMAL DE LA RELACIÓN LABORAL DE LA ESTIBA PORTUARIA COMO «ESPECIAL»: LEY 32/1984 Y REFORMA DE LA ESTIBA DE 1986 .....	138
3.3. LOS PRIMEROS INTENTOS DE LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR PORTUARIO: CREACIÓN DE LAS «SAGEP» Y RELACIÓN LABORAL «ESPECIAL» DE LOS ESTIBADORES PORTUARIOS.....	154
<b>CAPÍTULO IV. LA CRISIS DEL MODELO Y DEL RÉGIMEN DE GESTIÓN ESPAÑOL DEL TRABAJO DE LA ESTIBA PORTUARIA.....</b>	<b>163</b>
4.1. LA ORDENACIÓN Y ESTRUCTURA DEL SISTEMA DE FUENTES DESDE UNA PERSPECTIVA DE RELACIONES MULTINIVEL COMO PUNTO DE PARTIDA DEL ANÁLISIS DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LA ESTIBA PORTUARIA EN ESPAÑA .....	164

a) <i>El reparto competencial entre la Unión Europea y los Estados Miembros y la eficacia interna de la normativa comunitaria: la relevancia de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad</i> .....	165
a.1. El principio de primacía y de eficacia directa .....	171
b) <i>Las libertades comunitarias y la libre competencia según el Derecho originario y la jurisprudencia del TJUE</i> .....	174
b.1) Las libertades comunitarias como fundamento sustantivo del Derecho de la Unión y su interrelación con la libre competencia .....	174
b.2) El «case-law» comunitario como referente hermenéutico para el estudio del sector de la estiba y desestiba .....	189
4.2. LA PROYECCIÓN DE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS SOBRE EL TRABAJO DE LA ESTIBA Y DESESTIBA .....	207
a) <i>Consideraciones iniciales y planteamiento del problema: regulación nacional de referencia situada en el punto de mira del Tribunal</i> .....	207
a.1) Sobre el servicio de la estiba portuaria y sus regímenes de prestación .....	207
a.2) Modelo de gestión y contratación de los estibadores portuarios llamado a revisión.....	215
a.3) La capacitación profesional como condición «sine qua non» para el ejercicio de la profesión de estibador portuario .....	225
b) <i>El asunto C-576/13 (STJUE de 11 de diciembre de 2014) como origen de la crisis del modelo español de regulación del trabajo de la estiba portuaria</i> .....	227
b.1) La funcionalización del «case law» comunitario a modo de precursor del asunto C-576/13.....	227
b.2) La activación del recurso por incumplimiento y el fondo del asunto C-576/13 .....	239
4.3. EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DEL TJUE (C-576/13) A TRAVÉS DEL DEMORADO REAL DECRETADO POR LA LEY 4/2017 Y SU SUCESOR, 8/2017 .....	257

## **CAPÍTULO V. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO DE LA ESTIBA PORTUARIA Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ..... 273**

5.1. LAS ESPECIALIDADES DE LA ESTRUCTURA Y DEL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR DE LA ESTIBA PORTUARIA.....	273
a) <i>La unidad negocial y la legitimación necesaria de los Acuerdos Marco</i> .....	273
b) <i>La problemática intervención de la CNMC y la aplicación de los criterios antitrust en el ámbito de la negociación colectiva.</i> .....	281
5.2. LOS MECANISMOS DE SUBROGACIÓN EN EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LA ESTIBA .....	294
a) <i>Contexto de partida</i> .....	294
b) <i>Los mecanismos subrogatorios: previsiones legales y convencionales</i> .....	302
5.3. LA NULIDAD DEL IV ACUERDO MARCO DECRETADA POR LA SAN NÚM. 127/2021 Y SU IMPACTO SOBRE LAS PREMISAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR.....	309
5.4. EL V ACUERDO MARCO DEL SECTOR DE LA ESTIBA PORTUARIA A LA LUZ DE LA INVOLUTIVA «CONTRARREFORMA» DE LOS CPE EX LEY 4/2022, DE 25 DE FEBRERO .....	318
a) <i>Las observaciones de la CNMC sobre los borradores de V Acuerdo Marco del sector de la estiba portuaria</i> .....	318
b) <i>La Ley 4/2022, de 25 de febrero, y su impacto sobre la (i)legalidad del V Acuerdo Marco del sector de la estiba</i> .....	339
b.1. Sobre la modificación del artículo 18 de la Ley 14/1994, de 1 de junio .....	339
b.2 La (in)compatibilidad del V Acuerdo Marco del sector de la estiba con las libertades comunitarias y el derecho de la competencia.....	347
b.2.1. Comisión Paritaria.....	348
i. Constitución y competencias .....	348
ii. Financiación.....	354
iii. Promoción profesional .....	355
iv. Selección y contratación de personal.....	356
v. Periodo de prueba .....	357
vi. Formación .....	358
vii. Recolocación y subrogación .....	361
b.2.2. Facultades de dirección y control.....	362
b.2.3. La puesta a disposición y contratación de trabajadores .....	370
b.2.4. Promoción profesional.....	374
b.2.5. Movilidad y polivalencia funcionales .....	377
b.2.6. Selección y contratación .....	379

b.2.7. Tiempo de trabajo.....	386
c) <i>El «mutualismo» como concepto y los instrumentos de recolocación y subrogación convencional del V Acuerdo.....</i>	<i>388</i>
<b>EPÍLOGO: GRANDES PROPOSICIONES Y REFLEXIONES CONCLUSIVAS EN CLAVE</b>	
<b>CRÍTICA.....</b>	<b>398</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>412</b>
<b>PRINCIPAL JURISPRUDENCIA COMUNITARIA .....</b>	<b>437</b>
<b>SENTENCIAS DE ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES .....</b>	<b>442</b>
<b>DOCUMENTOS INTERNACIONALES .....</b>	<b>447</b>
<b>DOCUMENTOS COMUNITARIOS .....</b>	<b>449</b>
<b>DATOS SOBRE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR DE LA ESTIBA EN ESPAÑA.....</b>	<b>451</b>



## LISTADO DE ABREVIATURAS

APIE	Agrupación Portuaria de Interés Económico
ARLSEP	Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEACR	Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CETM	Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar
CIT	Conferencia Internacional del Trabajo
CPE	Centro Portuario de Empleo
CPSE	Comisión Paritaria Sectorial Estatal
CSEF	Comisión Sectorial Estatal de Formación
CTI	Comisión de Transportes Interiores
CULMV	<i>Compagnia Unica Lavoratori Merci Varie</i>
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EEE	Espacio Económico Europeo
EEMM	Estados Miembros
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LPEMM	Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
MEN	Mecanismo de Examen de Normas
NDLB	«National Dock Labour Board»
SAGEP	Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEFTA	Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLPEMM	Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante
TUE	Tratado de la Unión Europea
OEE	Organización de Empresas de Estiba
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OTP	Organización de Trabajos Portuarios
PIPE	Plataforma de Inversores de los Puertos Españoles
SAGEP	Sociedad de Gestión de Estibadores Portuarios, Sociedad Anónima
SEED	Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba

## UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA ESTIBA PORTUARIA: MARCO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN

El objeto del presente estudio es analizar el impacto del Mercado Único<sup>1</sup> sobre el trabajo de la estiba español, en un contexto de imperante necesidad de acomodo del sistema de empleo portuario a las libertades de la Unión Europea y al derecho a la libre competencia, con especial referencia, entre otras, a la libertad de establecimiento y a las normas de la competencia reguladas, respectivamente, en los artículos 49<sup>2</sup> y 101<sup>3</sup> del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>4</sup>.

En el actual paradigma de relaciones laborales, el trabajo portuario no puede erigirse en una excepción en la adaptación del sistema de empleo español a los principios y libertades de la Unión Europea, bajo riesgo de incurrir en ulteriores vulneraciones de nuestro supraordenamiento si, los sujetos negociadores, no velan para que se transite hacia un nuevo modelo de regulación del trabajo portuario que permita el pleno engranaje con las libertades comunitarias y el derecho de la competencia, que sirven de sustrato básico en orden al mantenimiento del mercado único europeo y a la culminación de la liberalización del sector.

Con ocasión del cambio de naturaleza jurídica de la relación laboral de los estibadores portuarios operada a través del Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y su sucesor Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo<sup>5</sup>, se suprimió la relación laboral de los estibadores portuarios del elenco de relaciones laborales «especiales» hasta entonces incluida en la letra h) del artículo 2.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de

---

<sup>1</sup> Cuyos pilares se encuentran en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), vigente desde 12 de junio de 1985, que deriva del Tratado de Lisboa y fue elaborado a partir del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) según estableció el Tratado de Maastricht (de 7 de febrero de 1992).

<sup>2</sup> A propósito del principio de libertad de establecimiento regulado en el artículo 49 del TFUE y su influencia sobre la reforma legal llevada a cabo a través de la Ley de Puertos de 2011, precedente a la que será objeto de análisis, véase RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. «La reforma del trabajo en la estiba por la Unión Europea en el caso español, entre el efecto directo y la integración encubierta», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 142, 2018. Págs. 53-78.

<sup>3</sup> Antiguo artículo 81 del TCE, basado en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

<sup>4</sup> DOUE C202, de 7 de junio de 2016. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>5</sup> BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2017 y BOE núm. 114, de 12 de mayo de 2017; respectivamente.

los Trabajadores- ET, en adelante)<sup>6</sup>; y ésta pasó a tener la consideración jurídica de relación laboral «ordinaria» a partir de su entrada en vigor<sup>7</sup>.

Son relevantes el origen y los efectos derivados de dicha derogación, en términos de sistematización normativa, en un contexto de transformación y evolución del «status» de trabajador, siendo múltiples las disposiciones normativas que hasta entonces habían dado cuerpo al carácter especial de dicha relación. En este sentido, aunque como frontispicio de la regulación de dicha especialidad se encontraba el ahora derogado artículo 2.1.h) ET en relación con el artículo 1.1 ET, también se partirá, en este estudio, de múltiples -e incluso deslegalizados- marcos reguladores que han delimitado las fronteras y definido el alcance de tan compleja relación laboral: esencialmente, el Capítulo VI del Título VI del Libro I del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante<sup>8</sup> y el Título V del Real Decreto 371/1989, de 13 de marzo, que aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-Ley, de 23 de mayo, de estiba y desestiba de buques<sup>9</sup>. A nivel convencional, se abordará el IV Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria y su sucesor, el V Acuerdo, cuyo profuso análisis se reservará al último capítulo del presente estudio<sup>10</sup>.

El origen del cambio de naturaleza jurídica de la relación laboral llevado a cabo a través de los citados Real Decretos-Ley viene marcado por la condena dirigida al Reino de España el pasado 11 de diciembre de 2014, recogida en el fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en el asunto C-576/2013<sup>11</sup> (procedimiento de infracción 2009/4052<sup>12</sup>), al considerar dicho Tribunal que el régimen legal en el cual se desenvolvía el

---

<sup>6</sup> BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015 que regulariza, aclara y armoniza el previo texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

<sup>7</sup> La letra h) del número 1 del artículo 2 es derogada por la letra b) de la Disposición derogatoria única 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 en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576 (procedimiento de infracción 2009/4052).

<sup>8</sup> BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011.

<sup>9</sup> BOE núm. 64, de 16 de marzo de 1987 y BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1986.

<sup>10</sup> BOE núm. 26, de 30 de enero de 2014 y BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022; respectivamente.

<sup>11</sup> La parte dispositiva declara: «(...) 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». (STJUE de 11 de diciembre de 2014 -Sala Sexta, Presidente en funciones Sr. A. Borg Barthet. *Comisión Europea c/ Reino de España*).

<sup>12</sup> No se conoce con certeza si la Comisión actuó de oficio contra el Reino de España o fue a razón de una previa denuncia privada o pública en demanda de su intervención. Véase, sobre este particular, OJEDA AVILÉS A. «La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019», *La Ley*, 2019. Pág. 34. El autor, también alude a una agrupación empresarial conocida como «PIPE» (Plataforma de Inversores



servicio portuario de manipulación de mercancías contravenía el artículo 49 del TFUE, a propósito de las imposiciones a las cuales debían sujetarse las empresas que prestaran dicha actividad; esto es: obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios -SAGEP- (y, en su caso, participar en su capital) y obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, con un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente.

A pesar de que el intento de orden liberalizador de la reforma en el sector portuario no constituía, en su esencia, una cuestión nueva –la aprobación del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques y su intento de adaptación de la regulación del trabajo en los puertos a la Constitución Española de 1978, en un contexto de entrada de España en la Comunidad Económica Europea, ya pretendió cierto proceso de acomodación<sup>13</sup>-, la reforma de 2017 sí trajo consigo o incorporó un cambio sustancial en la naturaleza de la relación laboral de los estibadores portuarios.

El cambio en la esencia o naturaleza jurídica de la relación laboral que regula el trabajo portuario debe abordarse en un contexto de proliferación de nuevas fórmulas de trabajo y de interconexión constante con la evolución de la condición o «status» de trabajador, a resultas de las nuevas realidades y necesidades a las cuales debe adaptarse el concepto de trabajador para poder dar respuesta al mercado de trabajo; sin que la estiba portuaria pueda erigirse en una excepción.

Por consiguiente, el desarrollo de la investigación deberá partir del análisis de la segmentación de los derechos laborales, el «status» de trabajador y la resultante crisis del concepto tradicional de trabajador sometido al Derecho del Trabajo con ocasión del nacimiento de nuevas formas de producción y, más concretamente, los nuevos debates en torno a la realidad evolutiva del concepto de trabajador proyectados sobre el trabajo portuario, que conforma el objeto de la presente tesis y que servirá como botón de muestra de la evolución de dicho «status» en el actual mercado de trabajo.

La presente tesis se estructura en dos grandes bloques materiales, integrados por cinco capítulos que serán abordados a partir de fuentes, sistemas o metodologías investigadoras distintas.

---

de los Puertos Españoles), surgida en 2013, en la que sus afiliados lo son también de ANESCO, cuyo núcleo estaría compuesto por fondos de inversión internacionales que presionarían para impulsar cambios y mejoras en términos de «competitividad, desarrollo y sostenibilidad del sector portuario nacional». Según el autor, se trataría de una suerte de patronal minoritaria que, a pesar de no participar en las negociaciones, no estaría compuesta principal o exclusivamente por empresas portuarias sino navieras, cuya actividad consistiría en el transporte marítimo y no en la manipulación de cargas en los muelles (Boluda, Noatum, OHL Concesiones, Grupo Nogar, Grupo Dávila, Grupo TCB, Grupo Toro y Belotaza, Algeposa, Erhardt o Bergé, con presencia en los puertos de interés general). La actividad predominante de ANESCO es claramente portuaria, pero la de PIPE no, siendo las navieras las que acaban pagando el sobrecoste repercutido por las empresas portuarias debido a los altos sueldos de los estibadores. Es evidente que la posición e intereses de PIPE, aunque por motivaciones distintas, podría buscar una fragmentación del control de la estiba que podría, en cuanto a sus fines, encontrarse con las pretensiones liberalizadoras de la Unión.

<sup>13</sup> *Vid.* 9.

Al presente planteamiento o introducción inicial, que delimita el objeto y relevancia de la investigación, le sucederá el «Capítulo I» que abordará, con carácter general, el panorama legal y jurisprudencial multinivel que enmarcará los problemas generales en torno al concepto de «trabajador» y las vías extensivas de aplicación del Derecho del Trabajo, como punto de partida para el posterior análisis de dicha noción en su proyección sobre el trabajo portuario.

El Capítulo I integra el primer bloque material, y tiene como objeto enmarcar, bajo un prisma taxonómico, la figura jurídica concreta que se analizará en los subsiguientes en el marco del Derecho del Trabajo. A tal fin se analizarán los fenómenos supra-nacionales que han condicionado el status de «trabajador» existente en la actualidad en el ordenamiento del cual partimos, además de la evolución que ha sufrido la noción de trabajador, las convergencias que se han dado entre las distintas modalidades de relaciones laborales (comunes y especiales) en el ordenamiento jurídico español y las posibilidades de encuadramiento de la naturaleza de la relación mantenida por los estibadores portuarios en otras figuras de para-subordinación, afines a un concepto unitario de trabajador con un suelo mínimo de derechos que garanticen el trabajo «digno» y «decente», este último, como concepto desarrollado por la OIT, y que pudiere facilitar la adecuación de su sistema de empleo en el mercado único europeo, con pleno respeto a las libertades comunitarias y el derecho a la libre competencia.

La segunda parte o bloque material se compone de los restantes cuatro capítulos, a lo largo de los cuales la figura de los estibadores portuarios pivotará como eje funcional de referencia en los distintos análisis que se desarrollarán respectivamente.

En concreto, el «Capítulo II», se dedicará, en exclusiva, a abordar los debates generados en torno al trabajo portuario a nivel comunitario, internacional y transnacional, incluyéndose referentes o casos comparados sobre estiba portuaria que pueden servir como referencias de estudio para evaluar el conflicto latente en nuestro sistema.

El «Capítulo III» tendrá un carácter más descriptivo y analizará el modelo y evolución diacrónica de la relación laboral de los estibadores portuarios en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de las últimas décadas, incidiendo en las distintas catalogaciones a propósito de la especialidad que ha ido plasmándose en la configuración de sus notas definitorias y en la triangularidad como eje vertebral de la misma.

El «Capítulo IV» y el «Capítulo V» constituyen el núcleo crítico de la investigación que se presenta, y se centrarán en el análisis de la ordenación del sistema de fuentes desde una perspectiva metodológica multinivel, de las relaciones interactivas entre las fuentes heterónomas y autónomas así como en el examen de su contenido. A través de éstos se discurrirá por los distintos debates candentes en la actualidad en el sector de la estiba y desestiba tras la última reforma legislativa operada a propósito de la sanción impuesta por la Unión Europea al Reino de España: la proyección de las libertades comunitarias y el derecho a la libre competencia sobre los derechos sociales, la crítica a la idoneidad de la forma utilizada, la especialidad de la negociación colectiva en el ámbito de la estiba portuaria y los límites de la subrogación obligatoria convencionalmente pactada; entre otros debates intercurrentes.

En el curso del desarrollo de los distintos capítulos se efectuarán miradas críticas hacia el pasado en orden a poder formular reflexiones conclusivas en clave crítica enfocadas a la crisis de la actual catalogación de la relación laboral de los estibadores portuarios, la regulación legal y convencional marco de este tipo de trabajo y su acomodo con el acervo comunitario, planteamientos que se incorporarán a modo de corolario y cierre del debate crítico, en sede de reflexiones o proposiciones finales, sobre la delimitación del concepto o «status» de trabajador portuario en el actual marco productivo y el libre mercado de referencia, no ajeno a la segmentación de derechos sociales (idoneidad de su «status» y naturaleza común o especial del vínculo), prestando especial atención a la necesidad de evitar ulteriores vulneraciones de libertades comunitarias o bien del derecho de la competencia en este proceso de transición hacia la nueva realidad del sector portuario y en su proyección hacia el futuro.

## CAPÍTULO I. PROBLEMAS GENERALES EN TORNO AL CONCEPTO DE «TRABAJADOR» Y AL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

### 1.1. La noción de «trabajador» y sus notas caracterizadoras según ley, doctrina y jurisprudencia aplicativa

El concepto de trabajador se sitúa en el punto de origen y final del debate en torno a la delimitación del ámbito de aplicación del derecho del trabajo que será objeto de análisis en el presente Capítulo, examen no ajeno a la propia dificultad existente en la definición de cualquier disciplina jurídica, respecto a la cual, como ya apuntaba Alonso Olea, el problema tradicional de su autonomía y las relaciones con las demás se confunde con el de su definición: los límites dan el ámbito y del ámbito resultan los límites<sup>14</sup>.

Como recuerda Montoya Melgar en la obra en homenaje al autor Alonso Olea<sup>15</sup>, al abordar el análisis de cualquier materia, debe ponerse de relieve el relativismo que preside el trazado de fronteras entre las disciplinas jurídicas, que poseen una indudable movilidad, al creer en un ordenamiento unitario sin divisiones claras, ni rígidas, ni fijas, ampliamente interconectado; al tiempo de defender una posición metodológica basada en la relevancia otorgada a los factores históricos determinantes de la legislación laboral en sentido propio. Así, acogiendo sus palabras, en este primer apartado nos corresponderá historiar las notas de laboralidad partiendo del presupuesto de que «los elementos jurídicos no están superimpuestos a las realidades sociales, sino que forman parte integrante de las mismas», tendiendo el Derecho del Trabajo a la «reinterpretación desde sus supuestos de todo el mundo de lo jurídico»<sup>16</sup>.

En definitiva, a efectos de la presente tesis, la determinación del alcance y límites de dicha noción resultan consustanciales para el correcto encuadramiento de la relación social básica

---

<sup>14</sup> ALONSO OLEA, E y CASAS BAAMONDE, M.E. «Sobre el contenido de la introducción a una Disciplina jurídica». *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7ª Ed., Thomson Reuters, 2013. Pág. 27. El autor, tras una aproximación de las ideas introductorias en torno a la disciplina del Derecho del Trabajo, ya advierte la presencia de zonas de transición y contacto con otras disciplinas reveladoras de la unidad del ordenamiento jurídico; sobre las cuales los juristas deben efectuar un crítico juicio a efectos de determinar a cuáles de ellas debe extenderse el Derecho del Trabajo. (ALONSO OLEA, E. *Introducción al Derecho del Trabajo... Op. Cit.* Pág. 53).

<sup>15</sup> MONTOYA MELGAR, A. «Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea». *Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*. Thomson Civitas. 2003. Págs. 34-35.

<sup>16</sup> Para Alonso Olea, el Derecho del Trabajo constituye una «disciplina jurídica muy singular», que permite contemplar lo jurídico todo desde la realidad, crucial hoy para la vida comunitaria, del trabajo por cuenta ajena. El Derecho del Trabajo resulta ser así un «punto privilegiado de observación» desde el que se contemplan las fuentes del Derecho, los contratos de trabajo, las empresas laborales, lo que el autor denomina «instituciones colectivas de garantía y promoción del trabajo libre» (sindicatos y convenios colectivos), así como las cuestiones relativas al Derecho constitucional e internacional del Trabajo y los aspectos administrativos y procesales de las relaciones laborales (MONTOYA MELGAR, A. *Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea... Op. Cit.* Págs. 37-38).

del sistema de producción capitalista, afecta a múltiples transformaciones que inciden en la posición que ocupa la figura de trabajador en el marco del derecho del trabajo y, más específicamente, en el sector portuario, realidad a partir de la cual ha de examinarse el ordenamiento jurídico y, en concreto, el Derecho del Trabajo como «punto privilegiado de observación», que lejos de imponerse se constituye en una disciplina jurídica «singular» para contemplar lo jurídico desde la realidad del trabajo por cuenta ajena<sup>17</sup>.

Así pues, el presente epígrafe se enfoca en el análisis del concepto en términos generales, para posteriormente poder descender al detalle de los debates generados en torno a los problemas de adaptación de la realidad productiva del trabajo portuario a la norma marco de referencia.

Como primera aproximación al concepto, debe recordarse aquella abordada desde la ciencia de la sociología por De la Villa Gil, que identifica la figura de trabajador en todo sujeto individual dotado de una especial relevancia al permitir fijar los propios límites del derecho del trabajo, disciplina reguladora de una única parcela del trabajo humano, proyectada únicamente sobre actuaciones individuales y colectivas de trabajador<sup>18</sup>.

Siguiendo el hilo discursivo del mismo autor, a efectos de configurar un concepto trabajador en sentido jurídico, es necesaria la remisión a la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la norma sustantiva laboral básica del ordenamiento jurídico español (artículo 1.1 de la LET), que atribuye la condición «trabajador» a aquellos sujetos que prestan sus servicios de manera voluntaria, retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de una tercera persona, física o jurídica<sup>19</sup>.

Los presupuestos delimitadores contenidos en el citado artículo ocupan un papel central en cualquier intento de ampliación de los límites del derecho del trabajo, en la medida en que las realidades o actividades profesionales, para poder ser correctamente catalogadas o categorizadas, precisan de una previa supresión de alguno de los requisitos por parte del legislador, o su flexible valoración en la tarea aplicativa por parte de los órganos administrativos y judiciales.

---

<sup>17</sup> Vid. 16.

<sup>18</sup> Según Luis Enrique De la Villa Gil, el sujeto trabajador debe ser una persona física y realizar una actividad sometida a la concurrencia de una serie de exigencias, requisitos, condiciones o presupuestos. GARCÍA PERROTE, I. Y PALOMEQUE, M.C. «Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique De la Villa Gil, Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros (CEF)*, junio 2016. Págs. 659-660.

<sup>19</sup> La Ley del Contrato de Trabajo (LCT) de 1931 fue la primera en agrupar los tres presupuestos sustantivos de la relación laboral definida por la actual LET, a saber, la dependencia, la remunerabilidad y la ajenidad (DE LA VILLA GIL, L.E. «El concepto de trabajador (art. 1.1)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Núm. 100, 1, 2000 [Ejemplar dedicado a: El estatuto de los trabajadores. Veinte años después]. Pág. 40).

Los presupuestos pueden dividirse en dos categorías: sustantivos y adjetivos<sup>20</sup>. En el ordenamiento jurídico español, los presupuestos sustantivos han sido tradicionalmente cuatro: libertad, remunerabilidad, dependencia y ajenidad del trabajo; aunque se discuta en la doctrina la respectiva significación delimitadora de cada requisito o presupuesto, como se verá más adelante. No obstante, éstos resultan insuficientes en la medida en que el poder legislativo impone inclusiones y exclusiones en el ámbito laboral que obedecen a motivos extrajurídicos (políticos, económicos, sociales, etc.) y que se escapan de la estricta concurrencia de las notas o exigencias sustantivas antes apuntadas. Dichas inclusiones o exclusiones expresas del ordenamiento jurídico son los denominados, según el mismo autor, presupuestos adjetivos, que deben mantenerse en constante inter-concurrencia con los sustantivos debido a la abundante y constante proliferación de nuevas realidades que no pueden ser abordadas sin referencia a ellos<sup>21</sup>.

En relación con los presupuestos sustantivos, el foco de atención recae sobre la dependencia y la ajenidad, notas sobre las cuales existe un avivado debate doctrinal no resuelto que incidirá en su proyección sobre el trabajo portuario; aunque no puede eludirse una breve referencia al trabajo «libre» y «retribuido», los dos presupuestos iniciales de los cuales parte la delimitación del concepto de trabajador incluida en el artículo 1.1 ET.

La jurisprudencia emanada de la Sala Social del Tribunal Supremo, a propósito del examen de la concurrencia de las notas de laboralidad, no ha dejado de recordar los criterios básicos a seguir para determinar la existencia de laboralidad o no en una prestación de servicios. Así, señala, en primer lugar, que la naturaleza jurídica o calificación de los contratos no depende de la denominación que le dan las partes contratantes («nomen iuris») sino del contenido obligacional real y de las prestaciones que constituyen su objeto, que debe prevalecer sobre la atribuida por las primeras. En segundo lugar, que el contrato de trabajo es una especie del género de los contratos de arrendamientos de servicios que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada, de modo que cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las específicas de ajenidad y dependencia en el trabajo, nos encontramos ante un contrato sometido a la legislación laboral. En tercer lugar, el Alto Tribunal sostiene que tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción elevado, que se

---

<sup>20</sup> Según la opinión de De La Villa Gil, recogida por GARCÍA PERROTE, I. Y PALOMEQUE, M.C. en *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique De la Villa Gil...* Op. Cit. Pág. 659-660.

<sup>21</sup> ALONSO OLEA, E. y CASAS BELMONDE, M.E. en su obra *Introducción al Derecho del Trabajo...* Op. Cit. Págs. 43-44; haciendo eco de otros autores como POSADA, A. que rezan «el Derecho es algo real y vivo, y algo con que inevitablemente se ha de tropezar cada vez que se quiera transformar, para mejorarla, la condición humana» en «El Derecho y la Cuestión Social» Madrid, Estudio preliminar de la versión española de MENGUER, A. «El Derecho Civil y los Pobres» (*Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*), 1ª Ed. Viena, 1890, Madrid, 1898. Pág. 8; lo que se opone a «la esterilidad jurídica de la interpretación materialista de la historia», Pág. 38. En versión modernizada y ampliada de la misma idea, «el Derecho no es simplemente un mecanismo para someter a sus reglas relaciones sociales preexistentes, sino que, al tiempo, el Derecho constituye y es constituido por relaciones sociales» [HUNT, A. «Law, Politics and the Social Sciences», en OWEN, D. (Ed.) «Sociology after Postmodernism», Londres, 1997. Pág. 104].

pueden manifestar de distinta manera; de ahí que en la resolución de casos litigiosos se recurra con frecuencia a dichas notas para calificar un conjunto de hechos indiciario de una y otra<sup>22</sup>.

### a) La ajenidad

La esencia filosófica del fenómeno de la ajenidad se sitúa en el sistema productivo impuesto por la revolución industrial. Nos encontramos ante un presupuesto cuya base se proyecta directamente sobre la privación del resultado de la actividad llevada a cabo por el trabajador, mientras los medios de producción pertenecen al capital. Aunque el sentido jurídico de la «ajenidad» se aproxima a la expresión de «enajenación» o «alienación», dichos términos se excluyen del presente debate por referirse, el primero, a una transferencia de titularidad que no se produce en este caso (los frutos pertenecen al capital desde un inicio) y, el segundo, por su elevada carga filosófica y social<sup>23</sup>.

El encuentro en el mercado de trabajo de dos sujetos jurídicamente libres y propietarios de dos bienes distintos que son objeto de intercambio (dinero y fuerza de trabajo) constituye la base de la relación entre el capital y el trabajo que sustenta la relación social básica del sistema de producción capitalista, así como las políticas económicas que cada nación configura para sustentarlo<sup>24</sup>.

La libertad del trabajador se refiere a la exclusión de cualquier fuerza del trabajo que derive de formas de esclavitud o subordinación jurídico-política; derivando la entrega de la actividad laboral de un acuerdo libre: el contrato. Asimismo, Alarcón Caracuel también extiende dicha noción de libertad al hecho de que el trabajador quede desprovisto de los medios de producción necesarios para que su fuerza de trabajo pase de potencia a acto. De aquí nace, según el autor, la primera forma o modalidad de «ajenidad» para el trabajador, previa al

---

<sup>22</sup> Entre otras, véase la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015, RCUd núm. 5871/14 y de 18 de julio de 2018, RCUd núm. 2228/2015.

<sup>23</sup> Sobre la existencia y predominio de la ajenidad en el trabajo -atribución de los frutos a persona distinta del trabajador- véase ALONSO OLEA, E y CASAS BELMONDE, M.E. «La Generalización de la Ajenidad» en su obra *Introducción al Derecho del Trabajo... Op. Cit.* Págs. 83-84 y 137-142. Para Alonso Olea, en el análisis del trabajo por cuenta ajena deben tomarse en consideración determinados parámetros: (i) la extensión del trabajador a su familia (si la persona distinta a la que se atribuyen los frutos se integra en la comunidad familiar del trabajador); (ii) la preexistencia de la adquisición o titularidad de los frutos frente a la ejecución del trabajo (atribución inicial de los frutos desde el momento en que se producen; (iii) la amplitud de la expresión «fruto» para abarcar todo trabajo productivo del ser humano, intelectual o manual; extendiéndose incluso a la utilidad patrimonial del trabajo y (iv) la posibilidad de que la persona a quien son atribuidos inicialmente los frutos realice una atribución instantánea sucesiva a favor de terceros, apareciendo, así, como prestado por el trabajador a este tercero y, el primer cesionario de los frutos, como un intermediario. En torno a la evolución de la nota de la ajenidad, véase GARCÍA PERROTE, I. Y PALOMEQUE, M.C. en *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique De la Villa Gil ...*, *Op. Cit.* Pág. 863-864.

<sup>24</sup> BACCARO, L. y HOWELL, C. «A Common Neoliberal Trajectory: The Transformation of Industrial Relations in Advanced Capitalism», *Politics & Society*, Vol. 39, Issue 4, 2011. Págs. 521-535. Sobre las fricciones causadas por las políticas económicas nacionales forzadas a actuar bajo un régimen monetario común, véase BACCARO, L. y ARMINGEON, K. «Political Economy of the Sovereign Debt Crisis: The Limits of Internal Devaluation», *Industrial Law Journal*, Vol. 41, N° 3, 2012. Págs. 254-275.

proceso de producción: la ajenidad en los medios de producción y organización, cuya titularidad pertenece a otro; según la tesis también defendida por Albiol Montesinos<sup>25</sup>.

La segunda manifestación se sitúa en el propio proceso de producción (ajenidad en la disposición sobre la fuerza de trabajo -asimilable a la dependencia o subordinación) y, la tercera y última, se sitúa sobre el resultado del proceso de producción, esto es, el producto, propiedad del capitalista (no del productor directo) y que la doctrina ha identificado como «ajenidad en los frutos» o «ajenidad en la utilidad patrimonial»<sup>26</sup>.

La separación entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena a través de la determinación del destino final de los frutos deriva de la perspectiva humana y productiva del trabajo, distanciándose de la clásica o propia del derecho natural, en virtud de la cual los frutos corresponden a la persona que ejecuta el trabajo mismo (régimen de autoatribución)<sup>27</sup>. Según Alonso Olea, autor que defiende la tesis sobre el valor definitivo del criterio de la «ajenidad en los frutos», para el Derecho del Trabajo lo relevante del trabajo por cuenta ajena es que los frutos se atribuyan o pertenezcan de forma originaria a otra persona desde el momento de la producción, por tanto, disociándose del directo ejecutor de este.

La manifestación de la ajenidad como «ajenidad en la utilidad patrimonial» ha sido más defendida por Montoya Melgar<sup>28</sup>, en unos términos posteriormente admitidos por Alonso Olea<sup>29</sup>, señalando en su obra que «la persona a quien son atribuidos inicialmente los frutos en el trabajo por cuenta ajena a su vez ‘puede’ realizar una atribución instantánea sucesiva de los mismos a favor de un tercero», posición parcialmente compartida por Alarcón Caracuel, aunque éste añade que el verbo «poder» cede ante el «deber» (matiz que se sitúa en la génesis de su posicionamiento) aparte de añadir que el concepto de «utilidad patrimonial» implica algo más que una mera matización del término «frutos», como se verá más adelante.

En la doctrina española, el peso o fuerza diferenciadora de las relaciones laborales y las relaciones extralaborales se concede a la nota de la ajenidad, si bien a través de vías jurídicas

---

<sup>25</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., en su obra «En torno a la polémica ajenidad-dependencia». *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, n° 1 Valencia*, 1971. Pág. 41 y ss.

<sup>26</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. «La ajenidad en el mercado: Un criterio definitivo del contrato de trabajo», Civitas, *Revista española del derecho del trabajo*, N° 28, 1986. Págs. 498-499.

<sup>27</sup> Sobre la realidad social tomada por el Derecho del Trabajo, inversa o contraria a la «naturalidad» en la autoatribución, véase ALONSO OLEA, E y CASAS BELMONDE, M.E. «La atribución inicial de los frutos al ajeno» en su obra *Introducción al Derecho del Trabajo... Op. Cit.* Pág. 83.

<sup>28</sup> En la obra titulada «Derecho y Trabajo», 2016, la Editorial Civitas reúne tres ensayos del autor sobre los fundamentos del Derecho del Trabajo. El primero de ellos se titula «Sobre la esencia del derecho del Trabajo», el cual fue publicado originariamente en 1972 en el marco de una conferencia inaugural celebrada en la Escuela Social de Murcia, con el fin de lograr «la identificación del concepto de Derecho del Trabajo».

<sup>29</sup> El autor, en su obra *Introducción al Derecho del Trabajo Op. Cit.* Pág. 84, concreta que «la expresión ‘fruto’ debe ser entendida en el amplio sentido de abarcar toda resultante del trabajo productivo del hombre, intelectual o manual, tenga valor por sí mismo o lo tenga asociado al resultado del trabajo de otros hombres, consista en un bien o consista en un servicio; de ahí que pueda afirmarse que la ajenidad refiere a la ‘utilidad patrimonial’ del trabajo».



distintas<sup>30</sup>. Según Alarcón Caracuel, la dimensión de la ajenidad respecto al mercado de bienes y servicios es la más antigua de todas, aunque a través de su configuración sea dable la sucesiva adaptación a las nuevas realidades del mercado de trabajo. En virtud de dicha caracterización de la manifestación de la ajenidad, la producción «para el mercado» propia del sistema capitalista permite conectar con un mercado «anónimo» a los productores directos de bienes y servicios, a través del capitalista como «intermediario» (según términos utilizados por Alonso Olea) aunque éste no sea visible y quede en la «sombra»<sup>31</sup>.

Por su lado, De la Villa configuró un concepto aproximativo del trabajo por cuenta ajena tras analizar el complejo problema de la atribución al empleador del resultado del trabajo<sup>32</sup>, sosteniendo que la ajenidad supone la cesión de los derechos sobre el trabajo incorporable al producto, mediante la garantía de un determinado beneficio económico determinado o determinable. Ello supone lo siguiente: el cedente (trabajador) no pueda vender pero sí ceder su fuerza de trabajo y los derechos inherentes a tal fuerza; el cesionario (empleador) aprovecha la fuerza de trabajo y por ello paga un precio; el cedente aporta su fuerza de trabajo a un proceso productivo en el cual puede o no haber frutos, productos o resultados, pero aunque existan éstos no le pertenecerán nunca; la fuerza de trabajo es incorporable a un proceso productivo (*ex ante* y no *ex post* a la fuerza puesta a disposición) y, en compensación a la cesión de sus derechos sobre la fuerza del trabajo, el trabajador obtiene una compensación determinada.

Según este mismo autor, es la cesión *ex ante* o anticipada de los derechos sobre la fuerza de trabajo en un determinado proceso productivo lo que permite distinguir por parte del legislador y la doctrina judicial el trabajo por cuenta ajena del trabajo por cuenta propia. Y, precisamente, es en la dimensión de la ajenidad respecto al mercado donde reside la esencial diferencia entre ajenidad y alteridad, la cual, según Alarcón Caracuel, no ha sido bien comprendida ni asimilada por la doctrina española<sup>33</sup>. Según De la Villa, la alteridad se presenta cuando quien trabaja entra en contacto con otra persona por razón de su trabajo. Ello implica que toda actividad realizada por cuenta ajena conlleva una relación de alteridad, pero no a la inversa, dado que puede haber alteridad y no ajenidad (por ejemplo, en el caso de trabajo por cuenta propia con asunción de riesgos: arrendamientos de servicios civiles y ejecuciones de obra)<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Según opinión de De La Villa Gil, recogida por GARCÍA PERROTE, I. Y PALOMEQUE, M.C. la disparidad de las vías jurídicas a través de las cuales se explica el contenido de la ajenidad corre el peligro de degradar el concepto ante las dificultades para caracterizarlo de forma unitaria. (*Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique De la Villa Gil... Op. Cit.* Pág. 672).

<sup>31</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. *La ajenidad en el mercado: Un criterio definitivo...* Op. Cit. Págs. 498-499.

<sup>32</sup> Según opinión de De La Villa Gil, recogida por GARCÍA PERROTE, I. Y PALOMEQUE, M.C., en *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique De la Villa Gil ... Op. Cit.* Pág. 675-676.

<sup>33</sup> Para mayor detalle, ver ALARCÓN CARACUEL, M.R. *La ajenidad en el mercado: Un criterio definitivo...* Op. Cit. Pág. 499.

<sup>34</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. «En torno al concepto del Derecho español del Trabajo», *Revista de Trabajo*, núm. 26, Tomo I, núm. 2, 1969. Págs. 103-118.

Alarcón Caracuel, en su obra efectúa una exhaustiva crítica a las disquisiciones doctrinales existentes en la doctrina española (De la Villa, Alonso García, Montoya, Sala, Albiol, Camps y García Ninet) en torno a la relación entre alteridad y ajenidad, sosteniendo que la alteridad es la regla general del trabajo que se lleva a cabo en la sociedad contemporánea (todos trabajamos para el mercado). Sin embargo, apunta que únicamente en una parte de dicho trabajo se produce el fenómeno de la «ajenidad en el mercado», esto es, la interposición de un extraño entre el trabajador y el consumidor, el cual cobrará el precio, pagará un salario y procurará realizar un beneficio<sup>35</sup>. En definitiva: no es lo mismo trabajar para otro (alteridad) que trabajar por cuenta ajena (sólo lo hacen quienes prestan sus servicios en el marco de un contrato de trabajo)<sup>36</sup>.

Siguiendo su mismo hilo argumental, en la esfera de la producción se situarían las siguientes tres manifestaciones de la ajenidad: en los medios, en el uso de la fuerza de trabajo (dependencia) y en los frutos. Por otro lado, en la esfera de la circulación encontraríamos las tres restantes manifestaciones de dicha nota de laboralidad: la ajenidad en el mercado (el trabajador es separado de la posibilidad de acceso al mercado de bienes y servicios, pudiendo acceder únicamente al mercado de trabajo), en la utilidad patrimonial y en los riesgos<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. *La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio...*, *Op. Cit.* Pág. 500-503. Según el autor la «ajenidad en los frutos» comprende dos implicaciones inescindibles que conforman las dos caras de la misma moneda: «la ajenidad en el riesgo» y «la ajenidad en la utilidad patrimonial». Todas las cuales, a su vez, son consecuencia ineludible de dos ajenidades preexistentes: la ajenidad en la titularidad de los medios de producción y la ajenidad en el mercado.

<sup>36</sup> Véase la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2014, RCUd núm. 3205/2012; que analiza la aplicación de los elementos de laboralidad en el caso de un «colaborador en programas de la Cadena Ser», así como la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2018, RCUd núm. 2228/2015. En la primera, el Tribunal acaba determinando que existe relación laboral dada la concurrencia de la nota de «ajenidad» (en los frutos -resultado del trabajo- en el mercado -el periodista no ofrece el producto de su trabajo directamente a los clientes o audiencia, sino que es la empresa radiofónica la que hace llegar ese producto a dicha audiencia o mercado) y «dependencia» (a pesar de que el profesional de la información goza de un elevado grado de libertad en la forma de efectuar las crónicas, la empresa fija los temas a debatir, los días y el horario, aunque no haya presencia física en la emisora). En la segunda, el Tribunal declara la existencia de relación laboral entre un técnico de instalación y reparación de ascensores y la empresa que lo contrató, al concurrir las notas de ajenidad dado que los frutos del trabajo pasaban «ab initio» a formar parte de la mercantil contratante que asumía la obligación de retribuir dichos servicios, sin que el empleado asumiera riesgo empresarial alguno, ni realizara inversión en bienes de capital relevante. Por otro lado, se identifica el requisito de la dependencia dado que los servicios se prestaban dentro del ámbito de organización y dirección de la mercantil, que proporcionaba no sólo los bienes de equipo, sino las instrucciones de montaje, dando al empleado formación sobre el montaje y la instalación entregándoles los manuales de montaje y reparación.

<sup>37</sup> Sobre la «ajenidad en los riesgos» entendida como la intrascendencia para el trabajador de los riesgos o venturas del resultado de la actividad laboral, véase BAYÓN CHACÓN, G. «El concepto de dependencia en el derecho del trabajo ¿comienza una evolución jurisprudencial?», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, tomo XLV, 1961. Págs. 451-467; BAYÓN CHACÓN, G. Y PÉREZ BOTIJA, E. «Manual de Derecho del Trabajo», Vol. 1, 7ª Ed., Marcial Pons, Madrid, 1967-8. Pág. 15. En esta última obra, los autores fijan tres características esenciales definitorias del trabajo por cuenta ajena: (i) que el coste del trabajo vaya a cargo del empresario, (ii) que el fruto o resultado se incorpore al patrimonio del empresario y (iii) que el resultado económico favorable o adverso recaiga sobre el empresario. Como obra de referencia omnicompreensiva de la doctrina científica en torno al concepto de la ajenidad, véase MONTIYA MELGAR, A. «Derecho del Trabajo», Cuadragésima Primera Ed., Tecnos, 2020.

Alarcón, partiendo de una realidad en la cual el mercado ya se dirigía hacia la flexibilización, teletrabajo y descentralización productiva, en su obra ya identificaba la «dependencia» como criterio llamado a ceder ante el de la «ajenidad en el mercado», que tiene incidencia posteriormente al desarrollo de la relación laboral (ajenidad en la «utilidad patrimonial» y ajenidad en el «riesgo») que se impone con mayor fuerza incluso frente al de la «ajenidad en la titularidad de los medios de producción», y que se identifica como un dato social previo a la relación laboral (que incluye la ajenidad en «los frutos» y la ajenidad en la disposición de «fuerza de trabajo»)<sup>38</sup>.

A los efectos del presente estudio, deviene imprescindible partir del concepto de «ajenidad en el mercado» defendido por Alarcón Caracuel, en tanto que constituirá una referencia ineludible para abordar la proyección de las notas de laboralidad sobre el trabajo portuario, como se verá más adelante. De hecho, sobre dicha proyección de la nota de la ajenidad, la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo ha establecido como indicios comunes, entre otros: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público (fijación de precios o tarifas, selección de clientela o personas a atender, entre otras)<sup>39</sup>.

Así, para el autor, la caracterización de una figura contractual en base a un elemento aparentemente «externo» no resulta nueva<sup>40</sup> y, del mismo modo que los contratos mercantiles se acaban definiendo por el criterio «subjetivo» de la intervención del comerciante, el contrato de trabajo es, en definitiva, trabajar para un empresario. Es por ello que Alarcón sostiene que «tan indiferente es para la calificación de un contrato como mercantil el hecho de que el

---

<sup>38</sup> Para Alarcón Caracuel, la ajenidad en el mercado es la manifestación más significativa de la ajenidad; la que mejor explica la diferencia entre alteridad (trabajar «para otro» que es cliente de quien trabaja) y ajenidad (trabajar «por cuenta de otro» que ofrecerá los productos de «su» trabajo a «sus» clientes); la que está a la base de la ajenidad en la utilidad patrimonial y su inseparable ajenidad en el riesgo; la que el motivo por el cual -al estarle vedado el acceso al mercado que es donde se puede conseguir un «lucro especial»- la retribución del trabajador por cuenta ajena no puede ser más que «salario»; la que, en fin, impregna más profundamente -pese a hacerlo «desde el exterior» la causa del contrato de trabajo. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. *La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio...* Op. Cit. Pág. 543).

<sup>39</sup> Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015, RCUd núm. 587/2014 (sobre prestación de labores de limpieza en una comunidad de propietarios) y Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016, RCUd núm. 539/2015 (sobre una agente de seguros, en cuya relación se aprecian las notas de ajenidad, dependencia y subordinación). En ésta última, el Tribunal considera que existe relación laboral entre una empleada de Nationale Nederlanden Vida Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., en una prestación de servicios en la cual la empleada recibía instrucciones sobre el trabajo que debía realizar cada día del gestor de grupo al que había sido asignada y, posteriormente, debía realizar las visitas a clientes o llamadas que se le habían asignado, además de realizar un informe sobre la actividad realizada cada día para entregarlo al gestor de grupo. En el ámbito de los seguros, el Tribunal sostiene que no es dable defender el carácter mercantil y autónomo de una relación jurídica de quienes carecen de cartera de clientes, se limitan a vender seguros telefónicamente siguiendo instrucciones de la agencia de seguros, se hallan controlados por un Monitor/a Jefe y no tienen instalaciones, personal o materiales propios sino que utilizan los de la agencia, sin que la suscripción de un contrato de subagencia pueda ser obstáculo suficiente para considerar laboral la relación.

<sup>40</sup> Véase el riesgo en el contrato mercantil de compraventa, en GARRIGUES, J. «Tratado de Derecho Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1964, tomo III, Vol. 1º. Págs. 227 y ss.

comerciante no consiga revender sus mercancías o pierda económicamente la operación, como para calificar un contrato como laboral el que el empresario no consiga realizar su plusvalía». Esta última afirmación, es la que a juicio del autor permite definir su propio concepto de «ajenidad en el mercado»<sup>41</sup>: el elemento estructural-externo, que era la posibilidad de ganancia ulterior, se convierte en el elemento estructural-interno (comprar para revender, no para consumir; y comprar fuerza de trabajo para ofrecer bienes o servicios -frutos- a un tercero). Es en dicha conversión donde radica la posibilidad de que, concurriendo el elemento estructural de la «intermediación» (ajenidad en el mercado) desaparezca el elemento funcional del ánimo lucrativo.

Es relevante la anterior conversión, en tanto que transforma el concepto de la «ajenidad en el mercado» en un concepto que «trasciende» su efecto en el riesgo y la utilidad patrimonial, para alcanzar una dimensión «neutra» que permite extender su valor definitorio más allá del supuesto originariamente «típico»<sup>42</sup>.

Precisamente, es dicha «imparcialidad» en el concepto la que permitirá proyectar el concepto de trabajador en el marco de la estiba portuaria, respecto al cual el poder de los estibadores portuarios en el control de la actividad, la naturaleza estratégica del sector, así como las libertades que regulan el mercado europeo, se presentan como realidades ineludibles en el análisis de la correcta configuración jurídica del concepto y su adecuado encuadramiento en el ordenamiento jurídico laboral.

## b) La dependencia

La primera expresión del concepto jurídico de subordinación o dependencia se sitúa en la escuela económica clásica, proyectada sobre el sistema productivo de la revolución industrial, que vinculaba el valor del trabajo con el coste de la producción, en virtud del cual el obrero no vendía, sino que ponía a disposición del empleador su fuerza de trabajo a cambio de una retribución, confundándose ésta con la propia persona del trabajador, parte inherente del mismo. Para evitar que el concepto en su planteamiento inicial pudiese caer en la radicalidad de la figura de «sumisión» del trabajador con respecto de su empleador, la doctrina matizó el concepto a través de la creación de teorías de dependencia económica y técnica que pudieren ajustarse mejor a la realidad, y que llevaron a cuestionar su funcionalidad como presupuesto sustantivo básico del concepto de trabajador.

En la doctrina española, Rodríguez Piñero mostró resistencia a que la nota de la dependencia se considerara en crisis y cediera en términos absolutos ante el presupuesto de la ajenidad, encontrando sus primeras manifestaciones jurisprudenciales en sentencias de los años 1929-

---

<sup>41</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. *La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio...*, *Op. Cit.* Pág. 544.

<sup>42</sup> Alarcón Caracuel concluye que el criterio se presenta útil no únicamente a efectos de la delimitación del contrato de trabajo respecto a las clásicas figuras fronterizas (arrendamiento de servicios y ejecución de obra) sino, además, para su adecuación a los requerimientos de la más reciente evolución del mercado de trabajo, en el cual proliferan trabajos caracterizados por el común denominador de la debilitación de la nota de dependencia. (ALARCÓN CARACUEL, M.R. *La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio...* *Op. Cit.* Pág. 543).

1930, acordes con la dicción de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931<sup>43</sup> y que no suprimían la nota de la ajenidad. A juicio de este autor, el criterio de la ajenidad preexistía legislativamente y fue la práctica la que demostró su ineficacia, aconsejando introducir un criterio más «útil y preciso»: el de la dependencia<sup>44</sup>.

La cuestionada operatividad de la nota de la dependencia fue también objeto de reflexión por parte de De la Villa, aunque éste reconociera que no era un presupuesto «exclusivo» de las relaciones laborales -como tampoco lo eran «el trabajo libre» y la «remuneración». Al mismo tiempo, también introdujo la variable de la «intensidad» como factor del cual pudiere depender la presencia de la dependencia en las relaciones laborales, esto es, en función del grado de poder directivo proyectado en la práctica. En cuanto a las expresiones externas de índole más «formal» (percepción de remuneración fija, inclusión en Regímenes de Seguridad Social, cumplimiento de jornada y horario de trabajo, etc.) el autor se mantuvo escéptico sobre su carácter determinante, más allá de servir como presunción *iuris tantum* de la concurrencia de dependencia.

La jurisprudencia española emanada de la Sala 4ª del Tribunal Supremo y la doctrina judicial menor, en las últimas dos décadas, ha abordado el trabajo en régimen de dependencia a partir de un desdoblamiento de la consecuencia derivada del mismo: el acatamiento de órdenes dirigidas por el empresario (con especificación de tareas y modo de organización de las mismas) y el sometimiento a la potestad disciplinaria del empleador por parte del ejecutor de la labor, correspondiendo al primero la potestad de vigilancia y control de la correcta prestación del servicio y, en su caso, la aplicación de sanción en caso de incumplimiento; llegándose a considerar la dependencia como el elemento vertebral más decisivo de la relación laboral<sup>45</sup>. Ambas consecuencias conducen a la exclusión de la nota de dependencia cuando se actúa con plena autonomía<sup>46</sup>.

En definitiva, se trata de un elemento que la jurisprudencia no entiende como sinónimo de «subordinación» rigurosa del trabajador al empresario, bastando con que se encuentre comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario del empresario por cuya cuenta trabaja, permitiendo la «modalización» del contenido de la prestación exigible al trabajador<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> *Vid.* 19.

<sup>44</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M. «La dependencia y extensión del ámbito del derecho del trabajo». *Revista de Política Social*, N° 71, julio-septiembre 1966. Pág. 149.

<sup>45</sup> Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1990 (Pte.: Excmo. Sr. Leonardo Bris Montes) y de 9 de febrero de 1990 (Pte.: Excmo. Sr. Mariano Sampedro Corral).

<sup>46</sup> Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 1994, RCUUD núm. 615/1993; de 29 de diciembre de 1999, RCUUD núm. 1093/1999 y de 3 de mayo de 2005, RCUUD núm. 2606/2004.

<sup>47</sup> Entre otras muchas, véase las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2002, RCUUD núm. 2869/2001; de 23 de octubre de 2003, RCUUD núm. 677/2003; de 9 de diciembre de 2004, RCUUD núm. 5319/2003; de 3 de mayo de 2005, RCUUD núm. 2606/2004; de 27 de noviembre de 2008, RCUUD núm. 3599/2008; de 18 de marzo de 2009, RCUUD núm. 1709/2007; de 23 de noviembre de 2009, RCUUD núm. 170/2009, que incluyen doctrina que tras 20 años todavía ha sido aplicada por la Sala en Pleno en Sentencias de 24 de enero de 2018, RCUUD núm. 3394/2015, Sentencia de 8 de febrero de 2018, RCUUD núm. 3389/2015 y de 20 de julio de 2022, RCUUD núm. 1273/2019. La tendencia jurisprudencial flexibilizadora que se refleja del

Por tanto, partimos de una formulación más amplia y moderna respecto a la que tradicionalmente se ha concebido como subordinación del trabajador al empresario<sup>48</sup>, exigida por la Ley del Contrato de Trabajo de 1944 y la de Relaciones Laborales de 1976, tendiendo a ser concebida como la incorporación en el cuadro orgánico de funciones y competencias, en el marco de un «círculo rector» o «esfera organizativa»<sup>49</sup>.

La doctrina distingue entre el sentido «jurídico» y «técnico» de la subordinación. Rivero Lamas entiende la definida por el Estatuto de los Trabajadores como sinónimo de actividad dirigida o vigilada constantemente o de forma inmediata por parte del empleador y su cadena jerárquica de mando (sentido técnico) al tiempo que inscripción del trabajador en el ámbito de organización del trabajo del empleador, en el cual ejercita los poderes de dirección y disciplinarios (sentido jurídico)<sup>50</sup>. Análogo eclecticismo defiende Ojeda Avilés respecto del tenor del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de exigirse tanto la dependencia económica como la dependencia personal<sup>51</sup>.

Muestra de la traslación de dicho desdoblamiento conceptual (sentido técnico-jurídico-económico-personal de la nota de la dependencia), en el ámbito de la jurisprudencia, son las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de las cuales se colige que la noción de dependencia no se relaciona sólo con una dependencia técnica o económica, sino fundamentalmente con el hecho de que quien presta sus servicios en régimen laboral no tiene la facultad de auto-organizar su prestación, debiendo someterse a las indicaciones que a tal efecto le haga el empleador que, como titular del poder de dirección, determina el contenido, la cualidad y el resultado pretendido<sup>52</sup>. En posterior Sentencia de la misma Sala, el Tribunal

---

compendio de Sentencias referenciadas y dictadas en los últimos 20 años ha permitido cualificar como laboral al personal altamente cualificado que presta servicios con alto nivel de independencia técnica, a través de casi la exclusiva determinación de objetivos u orientaciones generales. El reconocimiento a dichos trabajadores de un elevado grado de autonomía científica o técnica en la ejecución de las labores encomendadas no neutraliza la naturaleza laboral que puede adoptar su actividad; así como tampoco la flexibilidad horaria habitualmente inherente a los trabajadores con esta condición.

<sup>48</sup> ALONSO OLEA, E y CASAS BELMONDE, M.E. «Sobre la Dependencia» en su obra *Introducción al Derecho del Trabajo...* Op. Cit. Págs. 100-101.

<sup>49</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. «El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, Pág. 37.

<sup>50</sup> RIVERO LAMAS, J. «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», *Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2000. Pág. 77.

<sup>51</sup> OJEDA AVILÉS, A. «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo». *Relaciones Laborales*, 1988. Pág. 148.

<sup>52</sup> Sobre el impacto de esta nota en los sectores liberales como la medicina u odontología, véanse las Sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2010 (FJ 1º y 3º), RCUd núm. 253/2010 y de 9 de marzo de 2010 (FJ 3º), RCUd núm. 1443/2009. En el ámbito de las comunicaciones, véase la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2010 (FJ 3º), RCUd núm. 2010/2009. Ésta última enjuicia la relación de los actores de doblaje, que prestan servicios para varias empresas, aunque el pluriempleo no descarta la laboralidad, que se acaba declarando.

recuerda que constituyen indicios comunes de la nota de la dependencia los siguientes: (i) la asistencia al centro de trabajo del empleador o lugar de trabajo designado por éste; (ii) el sometimiento a un horario, desempeño personal de trabajo -compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones, inserción en la organización de trabajo del empleador, quien se encarga de programar su actividad-; y, reverso del anterior, (iii) la ausencia de organización empresarial propia del trabajador<sup>53</sup>.

En el ámbito de las profesiones liberales, el análisis de la concurrencia de la nota de dependencia se encuentra muy atenuada, e incluso puede llegar a desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de estas. Según el mismo Tribunal, se identifican como indicios contrarios a la existencia de laboralidad, la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes<sup>54</sup>.

No resulta sencillo determinar el correcto encuadramiento de una relación de prestación de servicios en base en la integración o no del trabajador en el ámbito de organización y dirección de otro, aunque *a priori* éste pueda entenderse un elemento diferenciador del contrato de trabajo respecto del civil de prestación de servicios, dado que los elementos que configuran legalmente la relación laboral suelen ser insuficientes a estos efectos y, además, en muchas ocasiones pueden aparecer en figuras jurídicas excluidas del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, en algunos casos como consecuencia de un exceso de anacronismo sobre la nota de la dependencia aplicado sobre trabajos típicos por cuenta ajena (como son el trabajo a domicilio y formas de trabajo a distancia), cuando precisamente fueron éstos los que evidenciaron las primeras manifestaciones de trabajo libre por cuenta ajena<sup>55</sup>.

A modo ejemplificativo y de síntesis, pueden citarse los siguientes indicios que en el marco de la jurisprudencia se consideran comunes en la nota de la dependencia: (i) la asistencia al

---

<sup>53</sup> Sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015, RCUd núm. 5871/2014 y de 18 de julio de 2018, RCUd núm. 2228/2015. El Tribunal reconoce, en la primera, la laboralidad de una relación mantenida entre una trabajadora de limpieza que prestaba sus servicios en una Comunidad de Propietarios y que, por más que la trabajadora pudiera tener libertad en la concreción horaria de la prestación del servicio, lo único que aportaba era su mano de obra, comprometiéndose a cambio a efectuar la limpieza durante determinado número de horas semanales, sometida a las lógicas indicaciones de la comunidad empleadora, que es quien designaba las tareas y era titular del lugar en que aquéllas se efectuaban. En la segunda, declara la existencia de relación laboral entre veterinarios contratados por la Xunta de Galicia y después por la empresa TRAGSEGA para la identificación y registro de ganado bovino, utilizando en ambos casos los medios proporcionados por la Consellería do Medio Rural y Servizos Agrarios Galegos, SA (SEAGA).

<sup>54</sup> En el ámbito de los peritos tasadores y los asesores o abogados, véanse la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012, RCUd núm. 536/2012 y las Sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2007, RCUd núm. 5580/2005 y de 23 de febrero de 2018, RCUd núm. 3082/2015; respectivamente.

<sup>55</sup> ALONSO OLEA, E y CASAS BELMONDE, M.E. «Sobre la Dependencia» en su obra *Introducción al Derecho del Trabajo...* Op. Cit. Págs. 100-102.

centro o al lugar de trabajo designado por el empresario y el sometimiento a horario; (ii) el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; (iii) la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empresario, que se encarga de programar su actividad y, a la inversa; (iv) la ausencia de organización empresarial propia del trabajador<sup>56</sup>.

### c) La retribución

El trabajo «retribuido», en su definición más clásica, se proyecta sobre una interpretación finalista vinculada al «ánimo vital», esto es, su realización como forma o medio de vida para atender a la subsistencia propia y, eventualmente, la familiar, aunque no derive en resultado material o socialmente utilizable alguno ni redunde en beneficio o lucro para el empleador<sup>57</sup>.

En nuestra norma sustantiva, siguiendo análogo hilo discursivo al empleado respecto al primer presupuesto, su contraposición exclusiva se situaría en el artículo 1.3.d) LET, que deja fuera de su ámbito de aplicación los trabajos amistosos o de buena vecindad. Como apunta Montoya Melgar, tales actividades «por su propia naturaleza liberal y graciable no exigen ningún especial régimen jurídico para su desenvolvimiento, pues el legislador carece de razones serias para invadir este ámbito de actividades motivadas por la generosidad»<sup>58</sup>.

El auge de organizaciones y actividades solidarias o altruistas, sin ánimo de lucro o «animus laborandi», dota de contenido material el mantenimiento de la exclusión legal en la actualidad, al tratarse de prestaciones que deben quedar ajenas al ámbito de aplicación del precepto inclusivo analizado<sup>59</sup>.

En cualquier caso y sin perjuicio de lo anterior, el carácter remunerado de la prestación de servicios tampoco ha determinado *per se* su inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 1.1 LET en la doctrina menor de las últimas décadas, aunque pudiese ser «periódica» o «habitual» (en supuestos en los cuales no concurren el resto de notas de laboralidad)<sup>60</sup>. Muestra de lo anterior son los siguientes supuestos: un jardinero que se ocupa voluntariamente del cuidado de los jardines de la urbanización de la que es copropietario a cambio de una pequeña gratificación<sup>61</sup>; un director gerente de una asociación sin ánimo de

---

<sup>56</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008, RCUd núm. 4301/2007.

<sup>57</sup> Según opinión de De La Villa Gil, recogida por GARCÍA PERROTE, I. Y PALOMEQUE, M.C. en *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique De la Villa Gil ... Op. Cit.* Pág. 666.

<sup>58</sup> MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo... Op. Cit.* Pág. 301.

<sup>59</sup> En materia de exclusiones de laboralidad por ausencia de concurrencia de sus indicadores, véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2005, RCUd núm. 2109/2004 (existencia de convivencia, cuenta corriente común y ausencia de remuneración).

<sup>60</sup> A *sensu contrario*, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de febrero 1992 (Rec. 4506/91).

<sup>61</sup> Sentencia de la Sala 3ª, Sección 4ª, del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 1995, Rec. 692/1991.



lucro<sup>62</sup>; determinados miembros de órdenes religiosas que reciben la manutención y vestido necesarios para la que prestan sus servicios habitualmente<sup>63</sup> o, como cita Sánchez-Rodas, la relación mantenida entre quienes ostentan cargos de representación sindical y su respectivo sindicato<sup>64</sup>.

Por tanto, la retribución como elemento definitorio o delimitador del contrato de trabajo puede resultar falible, y muestra de ello es que mientras la falta de las notas de dependencia y ajenidad pueden justificar la presunción de no laboralidad de la prestación de servicios profesionales, la ausencia de retribución mientras concurren los demás elementos definitorios no conduce indefectiblemente a la exclusión de la laboralidad de la relación; erigiéndose más en una consecuencia que en un indicio «per se» de no laboralidad<sup>65</sup>, consecuencia que también se colige de la comprensión de la remuneración en el trabajo por parte de Alonso Olea, en relación a la nota de ajenidad que ha sido analizada *ut supra*<sup>66</sup>. En esencia, los supuestos legales de trabajo no retribuido, según la relación o clasificación diseñada por Ruiz Castillo y Escribano Gutiérrez, puede dividirse en cuatro categorías; a saber: (i) prestaciones de trabajo gratuitas y voluntarias; (ii) prestaciones de trabajo obligatorias y gratuitas (con alguna excepción); (iii) prestaciones de trabajo no gratuitas pero cuya retribución no se califica como salario y, por último, (iv) prestaciones cuya retribución, salarial o no, no son satisfechas total o parcialmente por quien es el destinatario de dicha prestación<sup>67</sup>.

En definitiva, a la complejidad de la identificación de la retribución como nota indiciaria de concurrencia o ausencia de laboralidad, se le aúna la tendencia creciente de nuevas fórmulas o sistemas productivos que difuminan las fronteras entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo. Como apunta Martín Valverde, las dificultades para determinar su ámbito de

---

<sup>62</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sección 1ª, de 12 de julio de 2007 (Rec. 1481/2005).

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Social, Sección 1ª, de 28 de mayo de 2009 (Rec. 251/2009).

<sup>64</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *El concepto de trabajador por cuenta...* Op. Cit. Pág. 37.

<sup>65</sup> RUIZ CASTILLO, M.M. Y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. «El trabajo no retribuido». *El Trabajo Autónomo y otras Formas de Trabajo No Asalariado* (Dir. García Murcia, J.), Thomson Aranzadi, 2007. Págs. 448-449.

<sup>66</sup> ALONSO OLEA, M. en el estudio de la realidad subyacente al Derecho del Trabajo y las consecuencias inherentes al trabajo considerado como humano, productivo, libre y por cuenta ajena; señala que la atribución de los frutos a persona distinta de la que los produce necesariamente ha de estar acompañada por la entrega por la primera a la segunda de medios de subsistencia sustitutivos de los frutos del trabajo, asumiendo el empresario la carga de dar algo en compensación de los propios frutos, de forma que, traslativamente, éstos sigan cumpliendo su finalidad esencial respecto de quien trabaja (ALONSO OLEA, E y CASAS BAAMONDE, M.E. «El Trabajo en cuanto objeto del Derecho del Trabajo». *Introducción al Derecho del Trabajo...* Op. Cit. Págs. 91-92).

<sup>67</sup> Para un análisis integral de las cuatro categorías enumeradas, véase RUIZ CASTILLO, M.M. Y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. *El trabajo no retribuido...* Op. Cit. Pág. 521 y ss. En dicha obra, los autores parten de distintas premisas para clasificar el conjunto de prestaciones de trabajo en las que concurre una falta de remuneración.

inclusión en uno u otro tipo de trabajo, a través de sus notas o indicios, han justificado que este debate se sitúe cada vez más en el foco de atención doctrinal y de la práctica jurídica<sup>68</sup>.

#### d) La voluntariedad: el trabajo «libre»

El «libre» trabajo va indisolublemente unido a la «voluntariedad» en la prestación de los servicios. En este sentido, una interpretación *a contrario* del requisito conduce a la otra cara de la moneda del presupuesto sustantivo: la exclusión de la relación del ámbito de aplicación del ET en los términos establecidos en el artículo 1.3.b) LET, pretendiendo dejar fuera de su cobertura todos aquellos trabajos que sean forzados (como el prestado en privación de libertad, el anterior servicio militar obligatorio, entre otros<sup>69</sup>).

Dicha libertad tampoco se ve alterada por supuestos (más teóricos que prácticos), derivados de obligaciones político-sociales constitucionalmente garantizadas en el ordenamiento español, esto es, aquéllas que sirvan de fundamento a los derechos públicos subjetivos para la búsqueda del bien común (a juicio de De la Villa Gil, los sistemas socialistas consiguen un mayor respeto para la obligación constitucional de trabajar que los sistemas capitalistas, en términos generales). Además, el escaso desarrollo del principio de igualdad de oportunidades, la falta de movilidad o flexibilidad en el trabajo o los posibles vicios del consentimiento (violencia, intimidación, etc.), desde un punto de vista jurídico, tampoco neutralizarían la libertad que en términos delimitadores regula el artículo 1.1 LET.

En cualquier caso, nuestra Constitución Española reconoce en su artículo 35 (en el Título I, Capítulo Segundo, Sección 2ª; fuera del elenco de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas) el deber y derecho al trabajo, libre elección de profesión u oficio, promoción a través del trabajo y remuneración suficiente para satisfacer las necesidades propias y las de la familia (sin discriminación alguna por razón de sexo)<sup>70</sup>. El mismo precepto constitucional realiza un llamamiento a la regulación del derecho al trabajo a través de un Estatuto de los Trabajadores, en cuyo artículo 1.1 se concreta esta libertad constitucionalmente garantizada,

---

<sup>68</sup> Según Martín Valverde, «la aplicación de las notas características de la relación de trabajo asalariado plantea por cierto problemas inéditos ante los cambios económicos y sociales de los últimos veinte años. No nos corresponde en este estudio analizar las causas o las manifestaciones de los mismos. Nos bastará con señalar que en el origen de ellos se encuentra sobre todo la incorporación masiva al sistema productivo de nuevas tecnologías (especialmente de nuevas tecnologías de la información) y de nuevos métodos de organización del trabajo. Manifestaciones destacadas de este proceso son, entre otras, la terciarización creciente del sistema productivo, la descentralización de la producción y la expansión del teletrabajo». (MARTÍN VALVERDE, A. «Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el derecho comunitario europeo», *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo*, Ed. Tecnos, S.A., 1999. Págs. 73-74).

<sup>69</sup> Sánchez-Rodas Navarro aporta como ejemplo ilustrativo de tal exclusión el de quienes realizan prestaciones personales obligatorias (RD 2756/1976, de 12 de noviembre); de los sentenciados a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (RD 690/1996, de 26 de abril); y de quienes ejecutan trabajos temporales de colaboración social (RRDD 1445/1982, de 25 de junio y 1809/1986, de 29 de junio), entendiéndose por tales aquellos a los cuales la Administración Pública puede exigir de los perceptores de la prestación o subsidio por desempleo (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. *El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario...* Op. Cit. Pág. 38).

<sup>70</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

cuyo análisis no puede realizarse al margen de los demás elementos constitutivos y, en especial, aquéllos sobre los cuales tradicionalmente ha recaído el peso sustancial para la correcta caracterización de la noción de «trabajador» (ajenidad y dependencia).

## 1.2. La ampliación del ámbito subjetivo del derecho del trabajo y la divergencia de estatutos jurídicos como contexto de partida para el análisis de la estiba portuaria

En el marco del ordenamiento jurídico laboral español, las notas tradicionales configuradoras de la noción de «trabajador» se han mantenido inalteradas desde su redacción inicial<sup>71</sup>. El trabajador, como sujeto de la relación de intercambio de trabajo por salario, constituye el núcleo central sobre el cual se construye el Derecho del Trabajo, a partir de la prestación personal de actividad que se completa con la posición singular que mantiene en el marco de las relaciones de producción de bienes y servicios y del propio contrato de trabajo<sup>72</sup>.

Por otro lado, en el ámbito del derecho comunitario o supranacional, el tratamiento del concepto de «trabajador» se ha convertido en objeto o instrumento para la delimitación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo de los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, del cual no son ajenos ni la noción de seguridad ni las políticas propuestas por parte de las instituciones comunitarias para una mejor racionalización y control de los riesgos como modelo de partida para revisar el Derecho del Trabajo en todo el territorio comunitario.

En este sentido, desde un prisma metodológico, procede partir del análisis de la función del riesgo emergida a colación de los intentos de modernizar el papel del contrato de trabajo en el marco de la Unión Europea -a través del fenómeno de la «flexiseguridad»- para posteriormente profundizar en el análisis de las distintas vías de ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo y la segmentación del «status» de trabajador.

### a) La «flexiseguridad» como contexto de «soft law» presente en las iniciativas comunitarias de actualización del concepto de trabajador

La premisa básica de la cual se parte para el estudio del fenómeno de la «flexiseguridad» es la concepción del Derecho como instrumento para racionalizar y controlar el riesgo social. Así, se han desarrollado, a lo largo del tiempo, una serie de métodos o técnicas de gestión de los riesgos sociales, principalmente por la vía de definir derechos, que constituyen el modelo de seguridad más expandido y que conocemos en la actualidad.

---

<sup>71</sup> *Vid.* 19.

<sup>72</sup> PALOMEQUE, M.C. «La noción de trabajador y el ámbito de la norma laboral», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 53, 2019. Págs. 10-14.

En el mecanismo de distribución del riesgo, se seguirá el esquema defendido por Loi, en virtud del cual, en el paso de la seguridad a la «flexiseguridad», se presupone una distribución distinta del riesgo entre trabajadores, empresas y sociedad, que debe plasmarse en cualquier proceso de regulación, ya sea a nivel nacional o comunitario<sup>73</sup>. A criterio de la autora, debería asegurarse al trabajador la cobertura por tiempo determinado de los riesgos derivados de la pérdida de empleo y los correspondientes ingresos; por ejemplo, a través de una prestación económica de desempleo involuntario, asistencia de los servicios de empleo dirigidos a la recolocación y unos servicios formativos adecuados para impedir la pérdida del patrimonio profesional o lograr «reprofesionalizarle».

En el ámbito teórico, desde un prisma jurídico-normativo, el concepto de seguridad tiene una «dimensión formal» nacida con el Estado liberal, concretada en la seguridad jurídica o seguridad del Derecho concebido como sistema garante de que la creación de normas obedezca a criterios de validez formal (reglas procedimentales seguidas para su correcta elaboración). Así pues, desde esta dimensión, la seguridad jurídica sería coincidente con la certeza del Derecho, asociada a la posibilidad de conocer y prever de antemano la relevancia jurídica de cada conducta. En concreto, el modelo de Estado liberal se basa en el dogma de la libertad contractual y la institucionalización de la sociedad en torno al derecho de propiedad, garantizándose la «justicia social» a través de la distribución equitativa de la capacidad jurídica de adquirir y enajenar la propiedad.

Tras el nacimiento del Estado social, basado en la crítica a la efectividad de esa distribución equitativa del poder jurídico y que abogaba por la introducción de derechos sociales compensatorios de la desigualdad económica de los contratantes, se evidenció una nueva «dimensión sustancial» de la seguridad: la seguridad desde el Derecho, que obligó a la autoridad a definir derechos y adjudicar los recursos oportunos para afrontar las necesidades originadas con ocasión de los primeros. En este contexto, el Derecho del trabajo y el Derecho de la Seguridad Social han contribuido a completar esta dimensión de la seguridad, extendiendo sus contenidos y destinatarios a través de mecanismos de regulación de distintas condiciones, vicisitudes y mecanismos de protección tanto laborales como de Seguridad Social.

En la tarea de definición de los derechos sociales, el Derecho del Trabajo ha identificado un referente típico, cual es el «trabajador subordinado» considerado como parte débil de la relación de trabajo. Dicha debilidad es abordada a través de la incorporación de la heteronomía frente a la autonomía individual, coincidiendo dicho proceso, según defiende Loi, con un proceso o mecanismo de selección de los principales destinatarios de los derechos del Estado social.

---

<sup>73</sup> LOI, P. «La función del riesgo en el paso de la seguridad a la 'flexiseguridad'». *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2007. Págs. 181-182. Según la autora, a pesar de que el contenido de la seguridad en la relación de trabajo es distinto en cada ordenamiento jurídico, en términos generales puede sostenerse que la seguridad se articula en todos los países en torno al esquema contractual. Así, es en el seno de la relación laboral donde el trabajador se configura como acreedor del Estado en lo que refiere a las diversas concreciones de la seguridad desde el Derecho, directa o indirectamente a través del empleador.

El debate en torno al concepto de la «flexiseguridad» tiene como origen el nuevo proceso de reflexión y/o revisión del tradicional papel central otorgado al trabajador subordinado típico, en función del cual debe replantearse si necesariamente debe ser éste el exclusivo foco receptor de tutela. Ello conduce a dejar de identificarse el origen de la debilidad del trabajador en el «contrato», para poner el foco de atención en el marco del «mercado de trabajo», enfoque que obliga a dar una nueva definición de la seguridad: la «seguridad en el mercado». A través de este nuevo planteamiento, se apartan las relaciones entre seguridad, inderogabilidad y derechos sociales fundamentales; para reforzarse la estructura de asistencia en el mercado de trabajo a través de los servicios de empleo, formación profesional y protección social en caso de desempleo; siempre con el gran reto, como sugiere Loi<sup>74</sup>, de no lesionar en el proceso la dignidad de la persona ni sacrificar el respeto por sus elecciones individuales. En palabras de López<sup>75</sup>, se pasa de un modelo basado en la «estabilidad» a un modelo basado en la «empleabilidad», concebida como capacidad del trabajador de transitar por el mercado de trabajo con facilidad<sup>76</sup>.

No puede obviarse, tal como señala López<sup>77</sup>, que la «flexiseguridad» emerge como la última fórmula de implementación de los procesos de adaptación a los cambios impuestos por la Unión Europea. En la década de los noventa, hubo un cambio de paradigma en la duración de los contratos en el marco de la Unión Europea, pasándose de la referencia del contrato indefinido a los temporales, bajo la premisa de que ello generaría más empleo. A ello se aunó un proceso de diversificación contractual a través de la creación de nuevas fórmulas contractuales. En este sentido, la incorporación de mecanismos de extinción en el marco del debate de la «flexiseguridad» aparece como un paso posterior a la constatación del fracaso de la previa política de contratación temporal.

---

<sup>74</sup> Vid. 73.

<sup>75</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J. «La regulación del despido en el contexto europeo: sobre el proceso de descontractualización de la relación laboral», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 12, 2007. Págs. 1221-1235.

<sup>76</sup> Sobre la relación capital-trabajo, la reducción de los sujetos a su mera expresión de valor de cambio en el mercado de trabajo, modelos de competencia, formalización de la empleabilidad y creciente relevancia asumida por la teoría del «capital humano», véase PIERBATTISTI D. «France Télécom y la internacionalización del *management*. La privatización de las telecomunicaciones en Francia y la Argentina (1990-2011)», *Trabajo y sociedad: Indagaciones sobre el empleo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas*, N° 21, 2013. En su obra, aborda el debate que se generó en Francia en torno a la posible incidencia del modelo de *management* impuesto en «France Télécom» sobre los numerosos suicidios de trabajadores en dicha empresa, centrada en el incremento de la productividad laboral a partir de dos grandes vectores: una fuerte individualización de la fuerza de trabajo y una drástica reducción del personal. En el artículo se realiza un estudio comparativo del modelo de *management* aplicado a partir de la privatización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en la Argentina, producida en noviembre de 1990, que llevó a la progresiva privatización de «France Télécom», compañía adjudicataria de la región sud de la ex-ENTel.

<sup>77</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J. *La regulación del despido en el contexto europeo...* Op. Cit. Pág. 1223.

La propuesta de la «flexiseguridad» se articula como próxima a los dictados de la Estrategia de Lisboa, cuyo objetivo era convertir la economía de la Unión Europea en la más competitiva para el año 2010<sup>78</sup>, como se verá a continuación.

Tras un exhaustivo informe coordinado por Wim Kok, en el cual se poían de manifiesto los riesgos de fracaso de los objetivos marcados por la Estrategia de Lisboa<sup>79</sup>, en el año 2005 el Consejo publicó una Comunicación para relanzar la estrategia de Lisboa<sup>80</sup>, previa confirmación de los riesgos identificados por el Informe Kok, focalizando sus esfuerzos en tres objetivos principales: (i) más crecimiento (atraer inversiones); (ii) más y mejores puestos de trabajo y (iii) una mejor gobernanza (a través del conocimiento y la innovación).

El citado Informe<sup>81</sup>, Kok sostuvo que, para lograr un incremento de flexibilidad en el mercado de trabajo, era necesario revisar tanto el nivel de flexibilidad de los contratos típicos como las modalidades contractuales, en unos términos que permitieran expandir el abanico de posibilidades de relaciones laborales a tiempo parcial y de empresas de trabajo temporal, en función de las distintas posibilidades de los empleadores y trabajadores.

Por su lado, defendió Piera Loi<sup>82</sup> que, en el lenguaje comunitario, «flexibilidad y seguridad» constituyen dos caras de la noción de «adaptabilidad», entendida como capacidad de las empresas y trabajadores de anticipar los cambios económicos y su adaptación a ellos. Se

---

<sup>78</sup> El Consejo Europeo celebró una sesión especial los días 23 y 24 de marzo de 2000 en Lisboa para acordar un nuevo objetivo estratégico de la Unión con el fin de reforzar el empleo, la reforma económica y la cohesión social como parte de una economía basada en el conocimiento. En las «Conclusiones de la Presidencia», Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo de 2000, se parte de un objetivo estratégico para la próxima década consistente en «convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social» que incorporaba en su objetivo una «estrategia digital».

<sup>79</sup> KOK, W. «Jobs, Jobs, Jobs. Creating more Employment in Europe», *Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok*, November 2003. Págs. 12-14. Según KOK, los riesgos del fracaso derivaban, en esencia, de la globalización e integración económica, de la tendencia creciente de fuerza laboral cada vez más reducida y envejecida y de la desaceleración económica como agravante de los anteriores, dado el estancamiento o reducción del empleo en la mayoría de los Estados miembros;

<sup>80</sup> Comunicación al Consejo Europeo de primavera de 2 de febrero de 2005 «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo - Relanzamiento de la estrategia de Lisboa. Comunicación del Presidente Barroso de común acuerdo con el Vicepresidente Verheugen» [COM(2005) 24 final – no publicado en el Diario Oficial].

<sup>81</sup> El autor, en su obra *Op. Cit. Jobs, jobs, jobs. Creating more Employment in Europe...* Págs. 30-35, bajo el epígrafe «Promote flexibility combined with security on the labour market» realiza un llamamiento a los Estados miembros e interlocutores sociales a examinar los siguientes ítems: «1) examine and, where necessary, adjust the level of flexibility provided under standard contracts, to ensure their attractiveness for employers and workers, 2) review the role of other forms of contracts with a view to providing more options for employers and employees depending on their needs, 3) ensure there is adequate security for workers under all forms of contracts and prevent the emergence of two-tier labour markets, 4) remove obstacles to the setting up and development of temporary work agencies as effective and attractive intermediaries in the labour market, offering improved job opportunities and high employment standards, 5) promote the use of ICT and working time flexibility as tools to modernise work organisation, 6) remove obstacles to, and raise the attractiveness of, part-time work for employers and workers, 7) adapt social protection systems to support mobility in the labour market and facilitate transitions between different statuses, such as work, training, career breaks or self-employment (job-to-job insurance)».

<sup>82</sup> LOI, P. *La función del riesgo en el paso de la seguridad a la «flexiseguridad» ... Op. Cit.* Págs. 187-188.

trataría, así, de lograr responder de forma más flexible a la demanda de bienes y servicios, sin sacrificar la calidad en el trabajo y posibilidad de continua mejora de la capacidad profesional de los trabajadores. La seguridad, por su lado, no se referiría únicamente a la estabilidad en el puesto de trabajo, sino también a la garantía de ingresos suficientes, protección frente actos discriminatorios o despidos ilegítimos, protección social y buena cobertura de desempleo.

En dicho contexto, la Comisión Europea, en noviembre de 2006 emprendió un proyecto denominado «modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI» (Libro Verde)<sup>83</sup> cuyo objetivo fue plantear un debate público en el marco de la Unión Europea acerca de cómo modernizar el Derecho laboral para poder sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa, logrando generar más empleos y de mejor calidad. Dicho objetivo debía interpretarse a la luz de los objetivos de la Comunidad sobre pleno empleo, productividad laboral y cohesión social; logrando generar los recursos nacionales y comunitarios necesarios para crear mano de obra preparada, formada y adaptable a un mercado de trabajo que pueda responder al impacto de la mundialización y envejecimiento de las sociedades europeas<sup>84</sup>.

El Derecho laboral ha tenido, como finalidad inicial, paliar las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral. El modelo tradicional, que es traído a colación en el Libro Verde, se fundamenta en un empleo permanente a tiempo completo; unas relaciones laborales regidas en torno al contrato de trabajo y, por último, la existencia de un empleador único y responsable del cumplimiento de las obligaciones que le corresponden. Sin embargo, la rápida evolución tecnológica, aunada con la intensificación de la competencia por efecto de la mundialización, la evolución de la demanda de los consumidores y el crecimiento del sector de los servicios, han conducido a la necesidad de incrementar la flexibilidad en el empleo, máxime en un contexto de necesidad de afrontar cada vez una demanda de mayor diversidad contractual (ya sea cubierta por la regulación nacional o comunitaria). Por ello, en un contexto de mundialización, los mercados de trabajo europeos deben ser cada vez más inclusivos y reactivos a la innovación y a los cambios.

Así, en ausencia de una completa adaptación del Derecho laboral y de los convenios colectivos a la veloz evolución de la organización del trabajo y la sociedad, las empresas recurren a los contratos atípicos para poder mantener su competitividad en una economía mundializada. La proliferación de estas nuevas formas de trabajo atípicas, según apunta el Libro Verde, difumina indefectiblemente las fronteras entre el Derecho laboral y Derecho mercantil, siendo que la distinción binaria tradicional entre trabajador por cuenta «ajena» y trabajador por cuenta «propia» ya no es suficiente para mostrar con rigor la realidad social y económica del empleo.

---

<sup>83</sup> Libro Verde «Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI» de la Comisión de las Comunidades Europeas. COM (2006) 708 final, Bruselas, 22 de noviembre de 2006.

<sup>84</sup> Véase el Informe Anual sobre el Crecimiento y el Empleo (25.1.2006) de la Comisión Europea [COM(2006) 30 final]: «Ha llegado la hora de acelerar. La nueva asociación para el crecimiento y el empleo», que se entrega al Consejo Europeo en forma de Comunicación y en el que se incluye un análisis de los 25 programas nacionales de reforma comunicados por los Estados miembros y se destacan sus puntos fuertes para fomentar intercambios de ideas fructíferos, así como propuestas de actuaciones para enmendar algunas deficiencias detectadas.

En este sentido, a través del Libro Verde se pretende abordar la funcionalidad del Derecho Laboral para lograr una adaptación de la legislación que permita promover la flexibilidad y seguridad en el empleo, reduciendo la segmentación del mercado de trabajo («flexiseguridad»), posibilitando su conversión en un mercado más equitativo, reactivo e inclusivo, que redunde por ende en una Europa más competitiva<sup>85</sup>.

En concreto, se proponían menos tutelas en la relación laboral a cambio de mayores tutelas en el mercado de trabajo, con un régimen de seguridad cuyos elementos nucleares serían «el aprendizaje permanente», las «políticas activas de trabajo» un «sistema de ayudas para el desempleo» y «normas más flexibles en el ámbito de la seguridad social»<sup>86</sup>.

El paradigma de referencia de la «flexiseguridad» lo constituye el modelo danés, en el cual se presenta un mercado laboral muy flexible que preconiza la empleabilidad, un Estado del bienestar muy desarrollado con generosas prestaciones sociales (alta solidaridad) y políticas activas y de género muy eficientes y desarrolladas. Así, dicho modelo presenta una alta movilidad entre empleos (despidos flexibles) e importante red de seguridad social pública (elevado nivel de protección por desempleo) así como activa política de empleo (derechos y obligaciones de formación y recolocación)<sup>87</sup>. En definitiva, el modelo de la «flexiseguridad» a criterio de Alameda Castillo se erige en una tercera vía entre la flexibilidad inherente a los sistemas liberales (Canadá, Reino Unido y Estados Unidos) y la protección social de los socialdemócratas.

No obstante, la aparición del Libro Verde no estuvo exenta de críticas, empezando por el propio desacuerdo patente en el Parlamento Europeo y que se evidenció del contenido de la Resolución sobre la reforma del Derecho del Trabajo ante los retos del siglo XXI<sup>88</sup>, en la cual se recogía una reprobación dual. En primer lugar, el «punteamiento» sufrido por los

---

<sup>85</sup> Los objetivos globales del Libro Verde pueden resumirse en los siguientes: (i) identificar los principales retos pendientes de respuestas satisfactorias y que muestran un desfase entre los marcos jurídico y contractual existentes y las realidades del mundo laboral; (ii) reunir a los Gobiernos de los Estados miembros, los interlocutores sociales y demás partes interesadas para debatir sobre cómo puede el Derecho laboral contribuir a fomentar la flexibilidad asociada a la seguridad del empleo y reducir el desempleo; (iii) estimular el debate sobre la medida en que las relaciones contractuales pueden favorecer la creación de empleo y las transiciones en el mercado de trabajo, fomentando el permanente aprendizaje; (iv) contribuir al programa de mejora de la legislación, fomentando la modernización del Derecho laboral para permitir a los trabajadores y a las empresas comprender mejor sus derechos y obligaciones.

<sup>86</sup> Sobre los principios inspiradores del Derecho del Trabajo a la luz del Libro Verde, en relación con la protección contra el riesgo y la búsqueda de la seguridad de los trabajadores, véase LOY, G. «Apuntes sobre el Libro Verde «Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 7. Págs. 158 a 172.

<sup>87</sup> ALAMEDA CASTILLO, M.T. «En torno a los conceptos de flexibilidad y seguridad: de la contraposición al encuentro», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2007. Págs. 221-224.

<sup>88</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI (2007/2023(INI).



interlocutores sociales incumpliendo el artículo 138 del Tratado de la Comunidad Europea<sup>89</sup>, al cual sucedía una crítica de fondo en torno a su contenido<sup>90</sup>.

A juicio de De la Villa Gil<sup>91</sup>, el Parlamento destacó en valentía frente a la Comisión en el texto emitido. En primer lugar, resaltó la incorporación de matices en torno a la idea de «flexiseguridad», señalando que el concepto de «flexibilidad» del cual partía el documento del Parlamento era distinto del que barajan los empresarios y trabajadores. Así, mientras los empresarios la identificaban como reforma del ordenamiento jurídico laboral para potenciar sus propios derechos (sobre todo, su *ius variandi*), los trabajadores la concebían como esfera de cumplimiento de sus obligaciones laborales: derecho a ausentarse del puesto de trabajo con mayor facilidad, distribución del tiempo de trabajo, derecho a decidir acerca de la utilización de los dispositivos preventivos, derecho a sustituir determinaciones imperativas (por ejemplo, la percepción de retribuciones fuera de nómina para evadir los impactos fiscales y de Seguridad Social). En definitiva, la acepción de los empresarios se vinculaba más al incremento de la fuerza contractual, mientras que la de los trabajadores a mejorar las condiciones de trabajo<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> En cuya virtud: «1. La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel comunitario y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado. 2. A tal efecto, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria. 3. Si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción comunitaria, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada. Los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación. 4. Con ocasión de dicha consulta, los interlocutores sociales podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 139. La duración del procedimiento previsto en el presente artículo no podrá exceder de 9 meses, salvo si los interlocutores sociales afectados decidieran prolongarlo de común acuerdo con la Comisión» (Versión Consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, DOCE 24 de diciembre de 2002, C 325/33).

<sup>90</sup> Sobre un análisis crítico en torno a su ideologismo neoliberal, la fragmentación y dualización del mercado entre los «insiders» y los «outsiders», véase FALGUERA I BARÓ, M. «El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa», *IUSLabor*, 2007, N° 2. Págs. 1-4.

<sup>91</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. en su artículo «Sobre la reforma del Derecho del Trabajo en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 72, 2007. Págs. 221-223.

<sup>92</sup> A propósito de las discrepancias en materia contractual entre el documento del Parlamento -defensora del contrato indefinido- y el Libro Verde -de corte liberal y más afín a la idea de estabilidad en el «empleo» que en la «empresa», véase el epígrafe V. 9 y 11 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007 *Op. Cit.*, que recoge la siguiente consideración de la Comisión y posterior crítica o discrepancia del Parlamento: «9. Considera que las relaciones laborales que caracterizan el empleo y la actividad profesional de los ciudadanos han quedado expuestas a convulsiones profundas durante el último decenio; constata que el contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo es la forma común de la relación laboral y, como tal, ha de tomarse como punto de referencia para una aplicación coherente del principio de no discriminación; por consiguiente, cree que el punto de partida de cualquier reforma del Derecho laboral europeo debe reconocer los contratos de trabajo indefinidos como la forma general de empleo donde se prevea una protección social y de la salud adecuada y se garantice el respeto de los derechos fundamentales; 11. Discrepa enérgicamente del marco analítico presentado en el mencionado Libro Verde, que reivindica que el contrato laboral indefinido estándar está anticuado, aumenta la segmentación del mercado laboral y la diferencia entre «incluidos» y «excluidos», y debe por lo tanto considerarse como un obstáculo para el crecimiento del empleo y la mejora del dinamismo económico...».

Sin embargo, el Parlamento partía de un concepto «bilateral» de la flexibilidad en el marco del sistema de fuentes del derecho del trabajo. Parafraseando al autor, la modernización del derecho del trabajo en relación con el criterio de la «flexibilidad bilateral» debía conducir a racionalizar los marcos normativos, consiguiendo que, por debajo de la norma constitucional, las leyes se reservaran el papel de establecer las regulaciones básicas mínimas, dejando al reglamento el rol de desarrollar los contenidos legales y descargar a las primeras de contenido meramente ejecutivo<sup>93</sup>.

A juicio del autor, el documento del Parlamento, en relación con el concepto de «seguridad», resultaba ciertamente deficiente y contradictorio, al denotar heterogeneidad en la intervención de su redacción y carencia de coordinación de contenidos (que podían referirse tanto al ámbito de la relación del trabajo, como de la renta, estabilidad en el empleo, protección de la vida, integridad física, dignidad e intimidad personal, así como prestaciones sociales). En cualquier caso, consideraba que ésta nunca podía ser unilateral, sino bilateral, en la medida en que la función tradicional proteccionista del derecho del trabajo había cedido ante la necesidad de actuar como elemento equilibrador de los intereses contrapuestos.

Por otro lado, la posibilidad de conversión del «Derecho del trabajo» en un «Derecho de actividad profesional», desde un plano teórico no sería factible como derecho unitario, compuesto por principios y sometido a las mismas normas, dada la pluralidad de realidades sociales en su ámbito de aplicación. En este sentido, el Parlamento Europeo apuntó más hacia la configuración de uno de los siguientes modelos, que según De la Villa constituirían el límite máximo hasta el que puede alcanzar el derecho del trabajo, sea cual fuere su eventual denominación: un derecho del trabajo expansivo en virtud del cual se interpretarían de forma flexible los presupuestos configuradores tradicionales (particularmente, la dependencia y la ajenidad); un derecho del trabajo que, a causa de esa tendencia expansiva conocida como «vis atractiva» afectara a supuestos dudosos, fronterizos («zonas grises») en los que la concurrencia de la dependencia y/o ajenidad fuera discutida y discutible, pero que en ocasiones el legislador optara por categorizarlos como relación laboral de carácter «especial»; un derecho del trabajo capaz de trasladar sus propias reglas a supuestos de hecho por cuenta propia y/o independientes, pero sin darles la categoría de laboral<sup>94</sup>.

Por último, nótese que la conclusión o propuesta duodécima del documento del Parlamento Europeo se centró en la eficacia, justicia y fortaleza de la legislación laboral, supeditada a la

---

<sup>93</sup> El autor, en su obra *Sobre la reforma del Derecho... Op. Cit.* Pág. 225; es muy crítico respecto la tendencia a modificar asiduamente textos legales. En este sentido considera que «el legislador relega de hecho a los negociadores y a los contratantes, en su condición de tales, pero con la particularidad de que a los sujetos colectivos les compensa con otros pagos, sean éstos los del obsequio de una representatividad no merecida o la invitación a participar en cuantas instancias de poder actúan decisoriamente. Lo que no deja de ser profundamente anómalo pues, a fin de cuentas, los interlocutores sociales legislan con el Parlamento y hacen las leyes...».

<sup>94</sup> Este sería el caso operado, en el orden español, por la Ley 20/2007, de 11 de julio, que aprueba el Estatuto del trabajo Autónomo, diferenciador del hecho social del trabajo «autónomo» y del hecho social del «trabajo autónomo económico dependiente». Sobre éste, véase DE LA VILLA DE LA SERNA, L.E. «Algunas consideraciones sobre la Ley 20/2007, de Estatuto de Trabajo Autónomo», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2007, N° 15 ([www.iustel.com](http://www.iustel.com)).

aplicación igualitaria por parte de los Estados miembros, haciendo un llamamiento a la Comisión para que ésta consolidara su papel de «guardiana del Tratado» en cuanto a la aplicación de la legislación laboral y social concernía<sup>95</sup>. Dicha alusión no fue recibida con esperanza por la doctrina, toda vez que se refería a disposiciones normativas de directa aplicación emanadas de la Unión Europea y que, hasta la fecha, cierto es que no han sido lo suficientemente abundantes para cubrir todas las materias consustanciales del Derecho del trabajo. En este sentido, la «comunitarización» del Derecho del trabajo sigue erigiéndose en tarea pendiente y de difícil materialización en atención a la diversidad propia de cada integrante de la Unión y la necesidad que implicaría de transformar el derecho originario, máxime cuando la atribución de fuerza vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha sido insuficiente y excluida por algunos Estados miembros<sup>96</sup>.

En el marco de la doctrina científica, López identifica un problema en la insuficiencia de la promesa de formación del empleador en la medida en que la empleabilidad depende de ésta, siendo los trabajadores los que acaban soportando los riesgos del sistema. A juicio de la autora, los derechos colectivos de los trabajadores de representación, negociación y huelga deberían operar de modo que se permitiera la inversión de las tendencias de descenso de garantías sociales; aspecto respecto al cual el papel de los Tribunales de justicia resulta consustancial. En definitiva, la debilidad de las instituciones comunitarias abre camino hacia la judicialización de los sistemas, a fin de diseñar los derechos sociales<sup>97</sup>.

En definitiva, del análisis de los debates críticos en torno al Libro Verde puede concluirse que la construcción de una Constitución europea seguiría ocupando el lugar central, frente al que el Libro Verde constituiría un cambio de tendencia, incongruente con ciertos instrumentos de regulación de la estabilidad en el mercado de trabajo, en la medida en que, a modo de ejemplo, el contrato de trabajo indefinido se configura como el instrumento típico para garantizar la seguridad del trabajador; contrariamente a las consideraciones del Libro Verde, que lo concebiría como un factor de rigidez insostenible en el actual contexto europeo<sup>98</sup>. No puede obviarse que, en éste, subyacería una pretensión de fondo orientada a devolver a los Estados miembros una mayor soberanía en algunas materias relativas al Derecho del trabajo, en detrimento de la búsqueda de la armonización en el marco del proceso de construcción de la Europa social, la configuración de un cuerpo de derechos fundamentales comunes para todos los trabajadores de la Unión y el proceso de extensión del patrimonio adquirido por la «vieja» Europa. Evidencia de ello es que los Estados

---

<sup>95</sup> Véase el epígrafe V. 12 de la resolución del Parlamento Europeo *Op. Cit.*

<sup>96</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. *Sobre la reforma del derecho del trabajo...*, *Op. Cit.* Pág. 230.

<sup>97</sup> La autora significa especialmente el papel de los jueces en el marco del diseño de los derechos sociales, no únicamente a nivel de la jurisprudencia comunitaria sino también en el ámbito de la judicialización nacional. En este sentido, afirma que «la supremacía constitucional ha de tener como corolario la garantía judicial, la que proporcionan los jueces en los procesos ordinarios para la defensa de derechos, en materia de derechos sociales se deben ampliar las vías jurisdiccionales para plantear las posibles violaciones y en segundo lugar delimitar un núcleo intangible de derechos sociales». LÓPEZ LÓPEZ, J. *La regulación del despido en el contexto europeo...* *Op. Cit.* Págs. 1234-1235.

<sup>98</sup> *Vid.* 85.

miembros se hayan conformado a través de la adopción de técnicas armonizadoras más ligeras, como las técnicas «soft» de la subsidiariedad y el método abierto de coordinación, que permiten mantener abierto un proceso de armonización en materia social que ya se habría cerrado para muchos Estados miembros si se hubiera promovido a través del instrumento tradicional de la norma imperativa<sup>99</sup>.

En cualquier caso, aunque el debate en torno a la configuración de una Constitución europea haya quedado relegado a un segundo plano, ello no significa que se haya renunciado al patrimonio jurídico de una Europa social unida presidida por la Carta de derechos fundamentales de 2000<sup>100</sup>, la jurisprudencia categorizadora de derechos fundamentales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las directivas comunitarias en materia de trabajo y otros trabajos e informes cualificados<sup>101</sup>. Todo ello, sin olvidar el relevante papel de los jueces o Tribunales de justicia, dado que éstos se erigen en crítico intérprete, en clave constitucional, de la legalidad aplicable<sup>102</sup>. Como se anunciaba anteriormente, es respecto a este patrimonio jurídico que el Libro Verde emerge como una disociación frente al primero, dada la inexistencia de referencia a cualquier cuerpo normativo europeo y la relevancia otorgada a la soberanía de los Estados en materia del Derecho del trabajo, sin ni apenas abordar el debate acerca de cuál es el núcleo mínimo e irrenunciable de tutelas (acervo comunitario) en el marco de la Unión<sup>103</sup>.

## b) La segmentación del «status» de trabajador y el debate comunitario, internacional y transnacional en torno a las fronteras de laboralidad

Con carácter general, los Estados miembros de la Unión Europea se componen de legislación nacional, jurisprudencia y doctrina que utiliza el concepto de trabajador como elemento instrumental para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. En gran parte de ellos, a pesar de la concurrencia de «zonas grises», se identifica el requisito de la «subordinación» como nuclear para delimitar las fronteras de la laboralidad, aunque se aprecie cierta tendencia a trasladar los criterios afianzados en los ordenamientos nacionales al ámbito de la Unión Europea, bajo la convicción de que es posible construir una interpretación sobre

---

<sup>99</sup> En este contexto, LOY, G., en «Apuntes sobre el Libro Verde ‘Modernizar el derecho del trabajo...’, *Op. Cit.* Pág. 172, efectúa un llamamiento a una profunda reflexión sobre los nuevos y diversos instrumentos que deben adoptarse, en función de las nuevas reglas de los mercados, las nuevas formas de organización del trabajo, que podrían implicar el abandono de formas de tutela que se revelaban como adquiridas.

<sup>100</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). DOCE de 18 de diciembre de 2000.

<sup>101</sup> Entre los Informes en torno a los problemas de adaptación con el contexto social y económico, destaca el Informe Supiot. Véase SUPIOT, A. «Transformation of labour and future of labour law in Europe», *Final Report*, 1999.

<sup>102</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J. *La regulación del despido en el contexto europeo... Op. Cit.* Pág. 1235.

<sup>103</sup> Contrariamente, el Libro Verde sostiene que «la protección de las condiciones laborales y la mejora de la calidad del trabajo en los Estados miembros depende fundamentalmente de las legislaciones nacionales y de la eficacia de las medidas de aplicación y control a escala nacional» (2.b Libro Verde *Op. Cit.*).

el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Unión en materia laboral acorde con las tradiciones nacionales<sup>104</sup>.

Sin embargo, la aplicación de la política social europea ha sido fuente de dudas en torno al margen del cual disponen los Estados miembros a fin de implementar las normas de la Unión, bien sea vía transposición (en el caso de las Directivas) o vía aplicación directa (en el caso de los Reglamentos). Dichas dudas son clasificadas en un doble ámbito de actuación por parte de Cruz Villalón<sup>105</sup>: (i) la medida en la cual las normas comunitarias recogen pautas de delimitación inherentes al concepto de trabajador (aunque no exista una definición como tal en el marco de la Unión) y (ii) el margen de implementación que ostentan los respectivos Estados miembros a la hora de cumplir con los mandatos del Derecho de la Unión.

La traslación directa de los criterios asentados en los Estados miembros al marco de la Unión no resulta posible por las evidentes diferencias existentes entre sistemas jurídicos, máxime dada la inexistencia de norma comunitaria central de referencia que contenga una definición legal expresa y unitaria del concepto de «trabajador»<sup>106</sup>. El sistema de la remisión a la definición otorgada por cada Estado miembro en su norma sustantiva laboral ha sido validado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>107</sup>. De hecho, el TJUE llega a afirmar incluso que no existe un único concepto de trabajador, sino que éste irá en función de la materia objeto de tratamiento y, por ende, de la norma objeto de aplicación<sup>108</sup>.

La proliferación de fórmulas de trabajo insertas en la denominada «zona gris» del Derecho del trabajo, situada entre los conceptos tradicionales de trabajador por «cuenta ajena» y por «cuenta propia», ha generado mucho debate en el marco de la Unión Europea. El año 2000, a través de la aprobación de la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

---

<sup>104</sup> CRUZ VILLALÓN, J. «Trabajadores y Trabajos en el Derecho de la Unión Europea». AA. VV. *Liber Amicorum Giuseppe Santoro-Passarelli, Giurista della contemporaneità, Giappichelli editore*, Turín, 2018. Págs. 286-298.

<sup>105</sup> CRUZ VILLALÓN, J. *Trabajadores y Trabajos en el Derecho...* Op. Cit. Pág. 287.

<sup>106</sup> Véase, como botón de muestra, el artículo 2.1.d de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo (DOCE n° 82, de 22 de marzo de 2001), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, en el cual se establece que «se entenderá por ‘trabajador’ cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate»; o bien el artículo 2.2 de la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre (DOCE n° 283, de 28 de octubre de 2008), relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (Versión codificada), en el cual se establece que «la presente Directiva no afectará al Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de los términos ‘trabajador asalariado’».

<sup>107</sup> Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 1985 (Asunto C-105/84), *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark/Danmols Inventar*, en la cual se indica que la noción de trabajador debe entenderse en el sentido de «toda persona protegida como tal según la legislación del Estado miembro» (art. 2.1.d de la Directiva 2001/23/CE).

<sup>108</sup> Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2012 (Petición de decisión prejudicial planteada por la *Supreme Court of the United Kingdom - Dermot Patrick O'Brian/Ministry of Justice*, Asunto C-393/10).

el Parlamento<sup>109</sup> se instó a la Comisión a confeccionar un detallado estudio y celebrar una audiencia pública conjunta para abordar el concepto y realidad de los trabajadores económicamente dependientes, a cuyo efecto la Comisión contrató a Perulli para que elaborara un estudio cuyo objeto fuera proporcionar un panorama detallado y exhaustivo de la situación jurídica, social y económica relativa al trabajo económicamente dependiente en los Estados miembros, entre los cuales fueron múltiples las denominaciones propuestas: «trabajadores financieramente dependientes», «trabajadores económicamente dependientes», «trabajadores parasubordinados» o «trabajadores en condiciones similares a los trabajadores por cuenta ajena»<sup>110</sup>.

Los Estados miembros emplean distintos indicadores para determinar la situación de dependencia económica: (i) el carácter personal del trabajo; (ii) su continuidad en el tiempo; (iii) el grado de coordinación de las tareas desempeñadas con la actividad del cliente y (iv) la exclusividad de la prestación del trabajo para un solo cliente. A propósito de éstos, Italia y Alemania abrieron un debate en torno a la insuficiencia de protección de los trabajadores económicamente dependientes, basado en cuatro posturas diferenciadas. En primer lugar, el mantenimiento del *statu quo* y la aplicación de los principios generales civilistas, dejando a los trabajadores a merced de las fuerzas del mercado. En segundo lugar, la creación de una nueva categoría entre el trabajo subordinado y el autónomo, que según el estudio Perulli no sería recomendable por el riesgo de generar problemas legales vinculados a la definición de relación laboral concurrente en una de las categorías. En tercer lugar, la redefinición (y ampliación) del concepto de trabajo subordinado como una suerte de actualización del concepto, aunque dicha opción no contó con sustancial apoyo y según el estudio implicaba riesgo de excesiva ampliación del concepto de subordinación. Por último, la creación de un «núcleo duro» de derechos sociales aplicables a todos los contratos de trabajo independientemente de su definición oficial en términos de autonomía o subordinación, propuesta que adquirió el mayor apoyo en la doctrina comunitaria, y que ya se sugería en el Informe Supiot en el año 1998 que fue encargado por la Comisión Europea y constituyó una de las evaluaciones más completas sobre las tendencias de la relación laboral en Europa en pro de la mundialización<sup>111</sup>.

El Informe Supiot describía los denominados «*Four circles of social law*» extraídos tras contraponer la posición de determinados expertos, que mantenían que la recuperación del empleo era la única fórmula válida para proporcionar Seguridad Social e identidad profesional, a la de otros que abogaban por romper la protección social y el trabajo, a través

---

<sup>109</sup> Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DOCE 8 de octubre de 2002). En su Consideración 12, la Directiva establece que «La Comisión debe presentar al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la transposición y la aplicación de la presente Directiva, en particular por lo que respecta a las nuevas formas de empleo que emergen en los Estados miembros».

<sup>110</sup> PERULLI, A. «Trabajo económicamente dependiente (trabajo parasubordinado): aspectos jurídicos, sociales y económicos», en el formato resumen realizado por la Unidad D/3 de la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales del estudio, PE 324.303, de 19 de junio de 2003.

<sup>111</sup>SUPIOT, A. *Transformation of labour and future of labour law... Op. Cit.*

de unas garantías sociales mínimas transversales, dejando el resto en manos de las fuerzas del mercado. Según defendió el autor, dichas teorías confundían «trabajo» y «empleo» y sus consideraciones han ido siendo refutadas por la doctrina positiva a través de la delimitación de cuatro círculos concéntricos identificados en el campo de los derechos sociales. El primer círculo cubre los «*universal social rights*», garantizados de forma universal con independencia de la clase de trabajo, desprendiendo su mayor virtualidad en el campo del seguro médico. El segundo círculo cubriría los «*rights based on unpaid work*» y estaría reconocido por el derecho social (se situaría en las coberturas de accidente para determinados trabajos voluntarios, beneficios por cuidado de hijos, etc.). El tercer círculo estaría constituido por el «*common law of occupational activity*» con bases en el Derecho comunitario (Seguridad y Salud, por ejemplo). El cuarto círculo cubriría «*the law relating to paid employment*» referido a las previsiones vinculadas con la subordinación, y proporcionaría derechos únicamente en función del grado de subordinación existente en el trabajo desempeñado. Como principio transversal aplicable a los cuatro círculos, el autor alude a la igualdad de trabajo para hombres y mujeres.

Por tanto, Supiot ya propugnó un cambio de paradigma que pasara del «empleo» («*employment*») al «estatus ocupacional» de las personas («*occupational status of persons*»), no vinculado a un trabajo concreto, sino que diera cobertura de forma transversal en las diversas formas de trabajo que cualquier persona puede ejecutar a lo largo de su vida profesional. Este segundo paradigma, incorporaba la «libertad de trabajo» entendida como libertad para cambiar fácilmente de un trabajo a otro.

Partiendo de dicha libertad, Supiot preconizaba una nueva categoría de derechos denominados «*social drawing rights*» vinculados a la proliferación de un nuevo modelo de derecho social relacionado con el trabajo en términos generales (trabajo en el ámbito familiar, trabajo voluntario, trabajo por cuenta propia, trabajo en formación, etc.). La denominación otorgada a dichos derechos («derechos especiales de giro») obedecía al hecho que podían ser llevados a efecto en dos condiciones: existiendo de una «reserva» suficiente y pudiendo su titular decidir utilizarla<sup>112</sup>. En cualquier caso, el propio autor reconocía que no existe un estudio general para tal heterogeneidad de reglas susceptible de cubrir las consecuencias inherentes a los principios de continuidad y movilidad propia del «estatus ocupacional» de las personas, discerniéndose en el horizonte un nuevo modelo de trabajador que pueda reconciliar «seguridad» y «flexibilidad».

En definitiva, partiendo del referente *Supiot*, se constata que la solución alcanzada en el Informe Perulli se centró en la intervención europea a través de disposiciones programáticas que permitieran maniobrar a los estados miembros para adaptarlas al contexto nacional

---

<sup>112</sup> El autor, en su obra *Op. Cit. Transformation of labour and future...* Págs. 38-39 distingue dos facetas o caras de la categoría de «social drawing rights»: «*They operate firstly by releasing time and the procedures differ at present according to whether the rights are used under an employment contract, whether it is suspended or whether they fall outside such a contract (usually following termination). The problem of the continuity of the legal, occupational condition arises in different ways according to the above situations. In the context of an employment contract, such time may be regarded as working time for the purposes of the benefits connected with continuity of the contract. Secondly, social drawing rights provide for work to be funded outside the market. Such funding is most frequently on a joint basis. The reserve can thus be built up: by the State (this is the case in most tasks of general interest), by the social security services, by joint mutual insurance bodies, by undertakings, or by the worker himself, who may supplement the other contributions.*»

correspondiente. Esta posibilidad dejaría en manos de los interlocutores sociales a nivel comunitario la elaboración de las normas, partiendo de la ya preexistente regulación del trabajo autónomo y subordinado en materias de protección social, formación profesional, empleo, salud y seguridad en el trabajo. Asimismo, la propuesta incluiría una tendencia ampliatoria de los derechos fundamentales (individuales y colectivos) aplicables al colectivo autónomo (salud y seguridad, no discriminación e igualdad); apreciándose, en relación con las fórmulas contractuales, una carencia de regulación que haría precisa la intervención legislativa a nivel nacional<sup>113</sup>.

La doctrina ha venido defendiendo que, en el orden comunitario, se sigue construyendo un concepto de trabajador a nivel europeo íntimamente vinculado al progresivo proceso de afianzamiento de la política laboral y social, llegando a sostener la posible construcción del concepto de «trabajador» a través de los Tratados Constitutivos o el Derecho originario<sup>114</sup>, con la necesaria modulación que en cada caso procediera realizar por parte del Derecho derivado a la hora de intervenir sobre diversas instituciones laborales, materias y ámbito subjetivo de aplicación.

La interpretación dada por parte del TJUE en torno al término «trabajador» en el marco de la política de armonización de las legislaciones laborales se ha movido entre los siguientes parámetros, que han condicionado indefectiblemente el Derecho derivado. Según el primero, el término debía reconducirse a los trabajadores «subordinados» y a la exclusión de los trabajadores «autónomos», aunque desde la perspectiva del Derecho originario la libertad de circulación de los trabajadores autónomos apelaría más a la libertad de circulación de servicios y a la libertad de establecimiento, por lo que es dable entender que la libre circulación de trabajadores se vinculara con los trabajadores subordinados insertados en el mercado de trabajo<sup>115</sup>. Por otro lado, desde el prisma del Derecho derivado, cualquier limitación o exclusión del ámbito del trabajo subordinado debería obedecer a fundamentos objetivos, razonables y proporcionados, motivándose su marginación del ámbito subjetivo de la normativa europea de referencia<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> PERULLI, A. *Trabajo económicamente dependiente (trabajo parasubordinado)* ... *Op. Cit.* Pág. 13.

<sup>114</sup> A propósito de esta concepción, Cruz Villalón, J. propone un cambio de perspectiva, para dejar de focalizarse en el Derecho derivado (Reglamentos y Directivas) y centrarse en la supremacía del Derecho originario en relación con el derivado. Se trataría de cambiar la dialéctica «Derecho europeo – Derecho nacional» para abrir camino a la dialéctica «Derecho originario – Derecho derivado», circunstancia que adquiriría gran relevancia e impacto al incorporarse al Derecho originario la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de contenido jurídicamente vinculante no sólo para los Estados miembros sino también para las instituciones de la Unión encargadas de producir las normas de Derecho derivado. Sobre las dificultades existentes en la construcción de un concepto de trabajador basado en las previsiones contempladas en el Derecho originario, ver CRUZ VILLALÓN, J. *Trabajadores y Trabajos en el Derecho...* *Op. Cit.* Pág. 292 y ss.

<sup>115</sup> El Parlamento Europeo ha sometido a los interlocutores sociales y a la Comisión la posibilidad de aprobar una Directiva Marco sobre condiciones dignas de trabajo «en todas las formas de empleo» que, a su juicio, «debe aplicarse a los empleados y trabajadores que ejercen su actividad en formas no convencionales de empleo». En relación a la propuesta sometida, véase «Informe sobre un pilar europeo de derechos sociales», *Comisión de Empleo y Asuntos Sociales*, 20 de diciembre de 2016 [2016/2095(INI)]. Pág. 15.

<sup>116</sup> CRUZ VILALLÓN, J. *Trabajadores y Trabajos en el Derecho...* *Op. Cit.* Pág. 295.



En aras a la construcción del concepto desde el Derecho derivado, partiendo de una tendencia evolutiva hacia la construcción de un concepto europeo de «trabajador» de naturaleza flexible<sup>117</sup>, Cruz Villalón defendió que únicamente sería posible modificar la definición del concepto respecto de aquellas Directivas que autorizaran al Estado miembro a excluir determinados grupos en su proceso de transposición, siempre circunscribiéndose a las permisiones de la primera. Es más, el TJUE llegó a aseverar que el concepto de «trabajador» no podía ser objeto de una variable interpretación según los Derechos nacionales, sino que tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión<sup>118</sup>. En cualquier caso, aunque el Tribunal de Justicia pueda arrojar luz en las «zonas grises» que no logra aclarar la Directiva, ello no implica que los Estados miembros no puedan ejercer cierto margen de actuación en la delimitación de exclusiones mientras las normas de la Unión no establecen un concepto firme de «trabajador», aunque el autor se refiriera a tal posibilidad en clave restrictiva para supuestos de trabajos no productivos de naturaleza más marginal o accesoria, siempre que se ejerciera una actividad por cuenta ajena real y efectiva<sup>119</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, el concepto formalizado de «trabajador» es delimitado desde un punto de vista técnico por la norma que regula su prestación de servicios, por lo que ambos elementos institucionales -noción jurídica y ámbito de aplicación de la norma laboral- se han construido recíprocamente de forma indisociada. En palabras de Palomeque, la noción jurídica de «trabajador» sería deudora o tributaria del ámbito de aplicación de la norma laboral. En virtud de tal interrelación, según el autor la noción sería de naturaleza «relacional o condicionada» en función del marco aplicativo de la norma que lo formula, siempre sin olvidar que la definición dada en nuestro ordenamiento no ha sufrido

---

<sup>117</sup> Véase la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2007 (Asunto C-116/06, *Kiiská*) y la Sentencia del TJUE de 11 de julio de 1985 (Asunto *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark/Danmols Inventar*, C-105/84), en la cual se indica que la noción de trabajador debe entenderse en el sentido de «toda persona protegida como tal según la legislación del Estado miembro» (art. 2.1.d de la Directiva 2001/23/CE).

<sup>118</sup> La Sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2010 (Asunto *Union Syndicale Solidaires Isère*, C-428-09) sostiene, en sus fundamentos vigésimo noveno y trigésimo, que: «29. En el contexto de la calificación relativa al concepto de trabajador, que incumbe realizar al juez nacional, éste debe fundarse en criterios objetivos y apreciar globalmente todas las circunstancias del asunto del que conoce que guarden relación con la naturaleza de las actividades consideradas y de la relación entre las partes interesadas. 30. Aun cuando, según la resolución de remisión, los titulares de contratos de participación en la educación no están sujetos a determinadas disposiciones del *code du travail*, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ha afirmado que la naturaleza jurídica *sui generis* de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario».

<sup>119</sup> Sobre la admisión de la exclusión de trabajos marginales o accesorios por parte del Tribunal de Justicia, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de marzo de 1982 (Asunto *Levin* 53/81). En la parte dispositiva de la resolución que resuelve la cuestión prejudicial, el Tribunal sostiene que «Las disposiciones de Derecho comunitario relativas a la libre circulación de los trabajadores son aplicables también a los nacionales de un Estado miembro que ejercen en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena de la que obtienen ingresos inferiores al salario mínimo de subsistencia, con arreglo a lo que se considere como tal en la legislación de este último, tanto si completan los ingresos derivados de su actividad por cuenta ajena con otros ingresos hasta alcanzar dicho mínimo, como si se contentan con los medios de subsistencia inferiores a dicho mínimo, siempre que ejerzan una actividad por cuenta ajena real y efectiva».

transformaciones sustanciales, identificándose sus principales ingredientes técnicos en la «ajenidad y dependencia»<sup>120</sup>.

Sin perjuicio de la técnica inmutabilidad de los términos definitorios del concepto legal, lo cierto es que el ámbito de aplicación personal de la norma laboral ha sufrido transformaciones en términos ampliatorios o expansivos, en la medida en la que ha debido abrirse de forma progresiva a nuevas realidades de prestación de servicios ajenos, desde el punto de vista jurídico, a las notas tradicionales del concepto de trabajo asalariado, pero que a juicio del legislador merecían ser objeto de cobertura por razones de política social. Este mecanismo de política legislativa es denominado por la doctrina «laboralización continuada» de los supuestos próximos al trabajo asalariado, y las técnicas de laboralización han sido plurales y variadas a lo largo del tiempo.

Una primera vía de extensión del ámbito de aplicación del concepto se identificaría en la denominada «laboralización constitutiva» en virtud de la cual sería admisible ampliar de forma parcial el ámbito aplicativo únicamente respecto determinados efectos jurídicos a sujetos no asalariados que no cumplieran todas las notas jurídicas categorizadoras o bien, aun cumpliéndolas materialmente, se hubieran excluido por razones de cultura jurídica o política social<sup>121</sup>.

Un segundo cauce ampliatorio lo constituiría la «laboralización declarativa», a propósito de la cual, aun concurriendo todos los elementos técnicos que permitieran calificar la relación laboral como propia del trabajo asalariado, existirían determinadas singularidades vinculadas al sujeto prestador de servicios, el trabajo o sus condiciones. En esta categoría se situaría la regulación de las relaciones laborales «especiales» reguladas en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>122</sup>, como fórmula de recepción legislativa del debate sobre las denominadas «zonas grises del Derecho del Trabajo»<sup>123</sup>; en torno a la que deberá analizarse la naturaleza jurídica de la relación mantenida por los estibadores portuarios a la luz de la última reforma.

En tercer lugar, situaríamos la «laboralización presunta o aparente», que se habría producido tras incorporar a los denominados trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE, en adelante) en el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto del Trabajo

---

<sup>120</sup> PALOMEQUE, M.C. *La noción de trabajador y el ámbito de la norma laboral... Op. Cit.*

<sup>121</sup> Una muestra de dicho mecanismo del sistema laboral español lo constituye la aprobación de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE n° 166, de 12.7.2007). Sobre el trabajador autónomo económico dependiente y sus fronteras con el trabajador por cuenta propia, véase CHACARTEGUI JÁVEGA, C. «Trabajadores autónomos y trabajadores autónomos económicamente dependientes», *Los Estatutos de los trabajadores: Papel de las normas y la jurisprudencia en su formulación*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2014. Págs. 49-84.

<sup>122</sup> En el apartado h) del artículo 2 del ET se regulaba la relación laboral especial de los estibadores portuarios, hasta que el Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías la suprimió (BOE n° 48, de 25 de febrero de 2017).

<sup>123</sup> El autor señala que esta incorporación institucional, lejos de constituir vínculo laboral alguno que no existiera hasta ese momento, se limitaría por el contrario a la mera declaración formal de una laboralidad ya presente. (PALOMEQUE, M.C. *La noción de trabajador... Op. Cit.* Pág. 5).

Autónomo<sup>124</sup>. Respecto a los mismos, Palomeque defendía que, a pesar de no existir un sometimiento a poder de dirección y control ajeno sobre el trabajo por cuenta propia, sí que concurrirían indicaciones técnicas sobre la organización del trabajo a las que se vinculan, motivo por el cual no se ha dejado de cuestionar, en el marco de la doctrina científica, si realmente ello no supone una muestra de laboralización material de dicho colectivo o bien una técnica de expulsión del ordenamiento jurídico de quienes constituyen materialmente trabajadores asalariados que nunca debieron dejar de serlo<sup>125</sup>.

En el orden comunitario, existen otros precedentes de realidades de trabajo «parasubordinado» que, a pesar de haber persistido durante décadas, ha emergido con más fuerza en los últimos años debido a las ventajas de flexibilización que ofrece, por la vía de evitar la disciplina y los costes del trabajo subordinado<sup>126</sup>. Las propuestas de la doctrina italiana para extender las garantías del Derecho del trabajo más allá de la subordinación han sido dos: (i) el trabajo «coordinado», a modo de híbrido entre el trabajo subordinado y autónomo que permitiera extender a los colaboradores coordinados un mínimo de tutelas superior al atribuido a los «parasubordinados» (que posteriormente se vería superado por el «trabajo a proyecto») y (ii) la creación de un Estatuto *Statuto dei lavori* centrado más en las tutelas que en las definiciones, cuya aplicación iría en función del trabajo y no del carácter o tipo de relación contractual.

El debate comparado en torno a la crisis del derecho del trabajo ha sido rico y extensamente desarrollado en la última década por la doctrina, tras identificarse pérdidas de eficiencia, flexibilidad, así como desequilibrio en la protección de los empleos, entre aquéllos susceptibles de más y menos vulnerabilidad. Tras la crisis económica global de 2008, el gran

---

<sup>124</sup> *Vid.* 121.

<sup>125</sup> El autor defiende la segunda opción en su obra (PALOMEQUE, M.C. *La noción de trabajador... Op. Cit.* Pág. 6).

<sup>126</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S. «Apunte sobre el trabajo *parasubordinado* como vía flexibilizadora del derecho de trabajo en Italia». *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2007, Págs. 287-295. La autora, en su obra cita otra disciplina de trabajo autónomo incorporada a través del Decreto Legislativo 276/2003, de 10 de septiembre, que supera las anteriores «colaboraciones coordinadas y continuadas» (Co.Co.Co) denominada «trabajo a proyecto» y que se coloca en una posición intermedia entre el trabajo autónomo y el subordinado. Se indica que «la reforma ha sido bastante incisiva en el trabajo parasubordinado movida por la preocupación del legislador de limitar el uso del contrato de colaboración coordinada y continuativa sólo en las hipótesis que no presenten ningún riesgo de elusión de la normativa inderogable del Derecho del Trabajo» a través de una figura que permite concretar o individualizar un determinado proyecto o programa para «facilitar la calificación jurídica de estas relaciones laborales ligando la subsistencia de un elemento que debería ser indicativo de la real autonomía de la colaboración. En efecto, se considera que sólo una actividad laboral autónoma puede reconducirse a un proyecto o programa determinado». Sobre el escaso impacto de la reforma, véase el «trabajo a proyecto», en las Pág. 290-292 de su obra *Op. Cit.* Los tres ámbitos en los cuales ha operado el contrato de colaboración coordinada y continuativa han sido los siguientes: (i) el de los profesionales de elevado nivel; (ii) el de las relaciones subordinadas encubiertas y, en tercer lugar; (iii) el de los denominados por la autora Fernández como «nuevos trabajos» que, generalmente, se sitúan en el área del trabajo «parasubordinado» y que se consideran frágiles o económicamente dependientes, susceptibles de precisar la protección el Derecho del trabajo.

desafío ha girado, en términos generales, en torno a la funcionalidad, la justificación y las premisas normativas en las cuales debían basarse o fundamentarse las reformas laborales<sup>127</sup>.

En relación a la perspectiva o contexto histórico de la idea o concepto que sirve de sustrato al derecho del trabajo, han existido autores que han defendido distintas ideas vinculadas a la conexión de éste con los derechos humanos, los movimientos de los trabajadores, el papel del desarrollo social y económico en la configuración del derecho laboral; entre otros fenómenos<sup>128</sup>.

En este contexto, Manfred Weiss preconizó la idea defendida por Hugo Sinzheimer, en virtud de la cual, sin perjuicio de los cambios en las distintas realidades laborales, el paradigma de referencia no habría variado, al mantenerse incólume su sustrato o núcleo básico; a pesar de deberse aplicar el derecho laboral a las nuevas circunstancias de cada tiempo (formas atípicas de trabajo, vinculación entre derecho laboral y Seguridad Social, reforzamiento de las estructuras transnacionales colectivas y otras instituciones internacionales). En la línea del carácter no cambiante del derecho laboral se sitúa la tesis propugnada por Ruth Dukes, en apoyo al trabajo de Sinzheimer (como padre fundador del derecho laboral germánico). Esta autora enfatiza la función constitucional del derecho laboral, en su rol para establecer el orden social y económico al tiempo que toma como primer punto de referencia la «humanidad» del trabajador; remarcando asimismo la presión ejercida por parte de los poderes supranacionales sobre la regulación del derecho laboral<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Sobre los debates comparados en esta materia, véase DAVIDOV, G. y LANGILLE, B. «Understanding Labour Law: A Timeless Idea, a Timed-Out Idea, or an Idea Whose Time has Now Come?», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 1-2. En la redacción de la obra han colaborado un total de 29 autores que han abordado distintos desafíos sobre diversos enfoques y perspectivas de la problemática generada en torno al derecho del trabajo. A lo largo de la obra, aparece como transversal la cuestión relativa al carácter «constante» o «cambiante» de la idea o concepto del derecho del trabajo; a través de los distintos debates abordados: si cambia en función de cada país; si su cambio se supedita al cambio de circunstancias; su identidad o diferencias en el nivel nacional e internacional, así como en los países en vías de desarrollo y desarrollados; la posible búsqueda de nuevas soluciones a antiguos problemas *versus* el posible carácter nuevo de los problemas; la posible búsqueda de un nuevo cuerpo legal o, en definitiva, planteado en términos globales, si el concepto del derecho del trabajo es «atemporal», ha quedado «obsoleto» o bien es ahora que ha llegado su momento.

<sup>128</sup> Sobre la consideración del derecho laboral como «trabajo» asociado a una clase o movimiento, véase ARTHURS, H. «Labour Law After Labour». *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 13-28. El autor apuntó a tres posibles direcciones: (i) los derechos laborales como subconjunto de derechos humanos; (ii) los derechos laborales como mecanismo de acumulación de capital humano y, por último, (iii) la posibilidad de retener la idea original -enfocada en los movimientos de los trabajadores en búsqueda de justicia- pero con nuevas estructuras y fórmulas de movilización. Sobre la concepción del derecho laboral como resultado de luchas entre grupos sociales e ideologías distintas, véase HEPPLER, B. «Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe». *The idea of Labour Law*, Oxford University Press; 2011. Págs. 30-41. Este autor abogó por una metodología descriptiva de la evolución diacrónica de los distintos sistemas legales en relación con las circunstancias históricas de cada momento: el nivel de desarrollo económico; la naturaleza cambiante del Estado; el carácter de los empleadores y los movimientos laborales; la creciente influencia de la sociedad civil y la ideología.

<sup>129</sup> Sobre los distintos debates en torno al derecho del trabajo desde un prisma funcional o adaptativo, véase WEISS M. «Re-Inventing Labour Law?», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, Págs. 43-56 y DUKES, R. «Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 57-67.

El debate en torno a la posible existencia de un concepto universal de derecho laboral -en clave de metodología histórica comparativa- es especialmente abordado por Goldin<sup>130</sup>. El autor toma en consideración los cambios de las últimas décadas, en las que algunos sistemas jurídicos han mostrado una mayor propensión a superar dicha idea básica, mientras que otros se han resistido a tal idea. En los países de tradición continental -europeos- no se identifican cambios relevantes en torno al concepto básico. En cambio, en los países de tradición anglosajona -*common law*-, el autor sí encuentra algunas divergencias. Por el contrario, respecto a América Latina, critica la inhabilidad para adaptarse a las nuevas realidades, así como para separarse de la idea originaria, lo cual provoca en cierto modo la congelación del orden laboral tradicional.

La profunda crisis derivada de las transformaciones materializadas en el ámbito laboral y empresarial han generado un amplio debate en torno a los fundamentos filosóficos del derecho laboral que, partiendo de los fundamentos normativos y conceptos legales, se enfoca en el re-planteamiento de las estructuras y fronteras existentes, concretamente, en las conexiones existentes entre los objetivos y significados del derecho laboral, así como las distintas formas de concebir esta especialidad del Derecho. En otras palabras, se trata de abordar qué concreto significado se otorga al derecho laboral en función de los contenidos de su cuerpo normativo, o cómo las técnicas legislativas deberían reestructurarse para reflejar mejor el concepto o idea que subyace en el derecho laboral<sup>131</sup>.

El marco estructural del debate en torno a la mentada crisis del derecho laboral es preconizado por distintos autores, de entre los que destaca Guy Davidov<sup>132</sup>, firme defensor de que la crisis no derivaba de ningún cambio en los fines o metas del derecho laboral, sino

---

<sup>130</sup> GOLDIN, A. «Global Conceptualizations and Local Constructions of the Idea of Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 69-87. Sobre la crítica al «idealismo» en las ideas o conceptos sobre derecho laboral debatidos en los últimos años, véase HYDE, A. «The Idea of the Idea of Labour Law: A Parable», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Pág. 88, calificándolos de tesis que han perdido el contacto con la realidad- al menos, la circunscrita a los Estados Unidos. Según Hyde, no únicamente los Sindicatos y organizaciones tradicionalmente configurados por y para la defensa de los intereses de los sindicatos se han debilitado, sino que los poderes legislativos tampoco habrían efectuado reformas laborales estructurales de gran calado que permitan augurar un gran futuro al derecho laboral en términos prospectivos.

<sup>131</sup> Sobre los fundamentos normativos del concepto de derecho laboral y la superada teoría de justicia tradicional, basada en la desigualdad en el poder de negociación, véase LANGUILLE, B. «Labour Law's Theory of Justice», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 101-115. Siguiendo a Amartya Sen, el autor sostiene que el objetivo básico es lograr una libertad en el ser humano que sea real y sustantiva; lo que éste denomina «the real capacity to lead a life we have reason to value». Según el autor, el derecho laboral debe necesariamente estructurar la creación y desarrollo del capital humano, el cual se identifica como núcleo central de la citada «human freedom». Sobre un enfoque conceptual basado en las capacidades humanas e n aras a la construcción de una vida basada en valores humanos, véase FUDGE, J. «Labour as a 'Fictive Commodity': Radically Reconceptualizing Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, Págs. 120-135. En relación con las principales justificaciones del derecho laboral (eficiencia/bienestar y justiciar social/justiciar distributive, véase COLLINS, H., «Theories of Rights as Justifications for Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, Págs. 140-153, obra en la cual defiende que algunos derechos laborales deberían regularse como «garantías constitucionales fundamentales». Sobre las imperfecciones del Mercado y el papel correctivo del derecho laboral, véase DEAKIN, S. «The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, Págs. 156-173.

<sup>132</sup> DAVIDOV, G. «Re-Matching Labour Laws with Their Purpose», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, Págs. 179-189.

en el desequilibrio existente entre la regulación (legislación y jurisprudencia aplicativa) y los mentados objetivos, creados por las realidades cambiantes<sup>133</sup>. Tras examinar los problemas existentes con la actual aplicación del derecho laboral en el marco comparado, el autor sostiene que, a los efectos pretendidos -determinación del ámbito de aplicación del derecho del trabajo y la actualización de la normativa a luz de las prácticas laborales cambiantes- resultaría útil focalizarse en las características del trabajo, mostrando la situación de vulnerabilidad de los empleados con respecto a sus empleadores; concluyendo la existencia de un objetivo o meta transversal cual fuera el de proporcionar protección y minimizar las debilidades existentes en las relaciones caracterizadas por déficits democráticos y situación de dependencia; situación de desequilibrio que podría resolverse focalizando la atención en la «finalidad» de las normas laborales, concretamente, en el nivel de las concretas debilidades que justifican intervención en términos de protección<sup>134</sup>.

Por otro lado, la evolución de la noción de «trabajador» hacia la de «empleado» es una consecuencia de la interacción entre distintas dimensiones -legales, económicas y estrategias de flexibilidad- que han generado una gran diversidad de relaciones en cuyo estudio ha sido pionero el autor Freedland<sup>135</sup>, que ha abordado el análisis desde un punto de vista diacrónico evolutivo, diseñando herramientas analíticas de soporte para una mejor comprensión y regulación de la relación laboral, junto con la autora Kontouris<sup>136</sup>.

En términos generales, éstos se centran en la «relación personal de trabajo» -«personal work relation»- a través de un método de clasificación descriptiva dividida en tres grupos de trabajo: (i) asegurado, (ii) autónomo y (iii) precario, considerando los distintos modos en los cuales la evolución del mercado de trabajo genera dinámicas de movimiento entre y en torno

---

<sup>133</sup>En torno a este debate, también destacan los autores BENJAMIN, P. «A view from the South», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 209-220; SANKARAN, K. «Informal Employment and the Challenges of Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 223-232; D ZATZ, N. «The Impossibility of Work Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, Págs. 234-253; BARNARD, C. «Using Procurement Law to Enforce Labour Standards», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 256-271; STONE, K. y CUMMINGS, S. «Labor Activism in Local Politics: From CBAs to 'CBAs'», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 273-291.

<sup>134</sup>La cuestión subyacente en la obra del autor *Re-Matching Labour Laws... Op. Cit.* gira en torno al «por qué» de la necesidad de normas laborales, entendiendo el «derecho laboral» en un sentido amplio, incluyendo el uso del «employment law» y «workplace discrimination law» dado en Norteamérica; no únicamente en términos de política legislativa y aplicación judicial («judge-made laws») sino también con voluntad inclusiva sobre los estándares creadas por las partes, normas que afectan a trabajadores de forma indirecta así como políticas gubernamentales que afectan al mercado de trabajo. En su obra aborda los problemas de aplicación de las relaciones laborales bilaterales (las denominadas «bilateral employment relations») y múltiples (denominadas «multiple employers») ya sean triangulares o cuadrangulares; a través de silogismos lógicos que interrelacionan o combinan los siguientes parámetros: empleador, empleado, características de la relación laboral según el contrato de trabajo escrito, características de la relación laboral en el ámbito real y empírico y, por último, características que «deberían» detonar o desencadenar la aplicación de las normas laborales.

<sup>136</sup>FREEDLAND, M. y KOUNTOURIS, N. «The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 190-206. En su obra conjunta, los autores parten de la caracterización legal de las relaciones laborales, entendiendo que combina elementos de clasificación descriptiva con otros de regulación prescriptiva. Freedland y Kontouris defienden con convencimiento que la determinación del ámbito de aplicación del derecho laboral y la taxonomía de las relaciones laborales están indisolublemente vinculadas a la idea o concepto del derecho del trabajo y la esencia de su disciplina.

dichos tres distintos colectivos, en el bien entendido que un profundo análisis de dichas dinámicas podría proporcionar elementos útiles para identificar las direcciones y formas en las cuales el concepto de derecho laboral debe evolucionar a fin de cumplir los objetivos de regulación prescriptiva.

A fin de dotar de funcionalidad la triple clasificación descriptiva apuntada, los autores realizan un ulterior análisis de la construcción legal de relación laboral que identifican bajo la terminología de «personal work profile» de cada trabajador. Dicha terminología no va referida a un «estatus» o «relación» en sí misma, sino a una técnica de análisis para comprender en qué sentido y hasta qué extremo las relaciones laborales deberían estar divididas entre aseguradas, autónomas o independientes, o precarias. A su juicio, a efectos de tal clasificación, debería analizarse el «personal work profile» de cada trabajador en cuestión. A través de esta perspectiva, entienden que es posible que emerjan elementos que han quedado ocultos en la tradicional división del binario empleado-autónomo, al aparecer aspectos plurifacéticos y multidimensionales que van más allá de la binaria división. El perfil profesional de cada trabajador debe tomarse en consideración, a su juicio, con independencia de que incorpore aspectos desvinculados del empleador en cuestión<sup>137</sup>.

Partiendo de los anteriores planteamientos, se abordan con rigor las implicaciones derivadas del fenómeno asociado a las relaciones o contratos de trabajo innominados que van proliferando en la nueva realidad del mercado de trabajo; sugiriendo que dichas nuevas formas de relaciones laborales representarían una forma de pensar particular en torno a los roles del *ius cogens* y el *ius dispositivum*, de la que nacería el concepto normativo de «personality in work» como resultado de la combinación de los valores de dignidad, capacidad y estabilidad en las relaciones del trabajo, abarcando incluso el rol que dicho concepto ha jugado en el desarrollo del derecho laboral incluso en el marco de la Unión Europea.

En el marco del análisis del derecho de las relaciones laborales personales («personal employment contracts»), Freedland tradicionalmente ha sostenido sus fundamentos básicos a través de dos fases o etapas: una primera que incluye la definición de relación laboral personal y su división en subcategorías de contrato de trabajo y trabajo semi-dependiente y, por otro lado, una segunda que analiza en términos críticos la forma en la cual son concebidas y definidas las partes del contrato<sup>138</sup>. En este sentido, el autor planteó redefinir de forma

---

<sup>137</sup> Como muestra o ejemplo de su tesis, en la obra *The Legal Characterization of Personal Work... Op. Cit.* los autores traen a colación la controvertida cuestión vinculada al empleo bajo contratos múltiples, o el trabajo para discapacitados o personas dependientes, con el fin de hacer aflorar una dimensión normativa distinta que había quedado oculta por el binario tradicionalmente establecido y los conceptos de derecho del trabajo vinculados a su regulación.

<sup>138</sup> FREEDLAND, M. «The Personal Employment Contract», *Oxford Monographs on labour law*, 2003. Págs 13-52. En 1976, el autor ya publicó la obra «The Contract of Employment», publicación que provocó su inclusión en el campo de investigación del más alto nivel de análisis doctrinal en torno a la comprensión y examen de la naturaleza de la relación de trabajo. Dicha obra causó un profundo impacto en el campo de la investigación y práctica del derecho laboral, no únicamente en el Reino Unido sino a todo el «Commonwealth». A pesar del transcurso de los años, la obra no ha perdido valor y muestra de ello es la publicación de una considerada como «más» que segunda edición en 2003, bajo el título de «The Personal Employment Contract», como versión actualizada de la obra que la precedió; al constatar el autor la necesidad de redefinir y replantear el ámbito de aplicación de esta materia. La nueva obra cubre un amplio abanico de modalidades contractuales (no

radical la perspectiva del derecho existente, en búsqueda de la ampliación de las fronteras del ámbito del contrato de trabajo. A tal efecto, se remitió a la variante legal o fórmula paracontractual ante el fracaso del derecho del contrato de trabajo para proporcionar un mecanismo conceptual omnicompreensivo distinto, en el bien entendido que en algunos aspectos el poder legislativo habría percibido la necesidad de establecer más categorías legales, modalidades de trabajo o extensiones de las ya existentes<sup>139</sup>.

En el análisis de las subcategorías de contrato de trabajo y contrato de trabajo semi-dependiente, se revela difícil la subsunción de las realidades emergentes en una de las dos, máxime cuando la categoría general de empleado «personal employment contract» conduce indefectiblemente a la exclusión del autónomo como contraposición al trabajador semi-dependiente. El autor sugiere, en este aspecto, partir de una presunción inicial de que dichos trabajadores se insertan en la categoría general de empleado dependiente, sin perjuicio de que ello implique importantes decisiones de política legislativa.

En clave de técnica legislativa, Freedland es crítico respecto a distintos aspectos vinculados a problemas funcionales en torno a organizaciones de trabajo o relaciones con personas designadas como destinatarios o usuarios finales de productos o servicios («end-user of services») así como con entidades intermediadoras -como una agencia de colocación- ejerciendo cierto rol entre el trabajador y el «end-user» como destinatario. Los problemas generados en torno a este aspecto se refieren a: (i) el alto grado de resistencia en la construcción de un contrato de trabajo triangular, (ii) la dificultad en la decisión sobre si el contrato de trabajo bilateral se mantiene con el intermediario o destinatario final del servicio («end-user») y, por último, (iii) la naturaleza triangular de la organización, en la medida en que podría generar efectos impeditivos sobre cualificación del contrato mantenido como laboral o, por el contrario, de trabajo o servicios de otra naturaleza; dificultad que el autor lamenta que deba abordarse a través de la construcción de variantes legales debido a la falta de claridad de los aspectos laborales vinculados a la triangularidad del vínculo<sup>140</sup>.

Se identificarían, a estos efectos, dos variantes legales emergidas y enfocadas a la resolución de los problemas indicados: el trabajador por contrato («contract worker») y los empleados de agencias que no son considerados como «trabajadores». La primera modalidad estaría sistematizada en la regulación de la discriminación en el empleo y operaría cuando un empleado fuera contratado por una agencia intermediaria para trabajar por otra usuaria,

---

únicamente la tradicional de trabajo), dando una connotación más programática a su contenido a pesar de mantenerse fiel a la legislación y jurisprudencia aplicativa o «case-law» como referente.

<sup>139</sup> Como botón de muestra, véase la categoría de los trabajadores a domicilio («home workers»). El autor, en su obra *The Personal Employment Contract... Op. Cit.* vincula los «home workers» con el patrón de trabajador tradicional en el sector industrial, en relación a aquellas empresas manufactureras que establecían una relación con personas que colaboraban en la producción desde su domicilio; considerando que el sistema de organización de esta modalidad de trabajo está destinado a quedar fuera de la definición de empleado, dada la carencia de control sobre su trabajo por parte del ente empleador. Sin embargo, sostiene que la cuestión sometida recae en la idoneidad de configurar una categoría de contrato de trabajo dotada de potencialidad extensiva para incorporar en ella realidades como la comentada.

<sup>140</sup> FREEDLAND, M. *The Personal Employment Contract... Op. Cit.* Págs. 55-56.



siendo por ello considerado un «contract worker» en el sentido que el régimen laboral regiría entre el trabajador y la empresa, entidad u organización usuaria destinataria del producto o servicio. La segunda modalidad referiría a supuestos de exclusión de la categoría de trabajador derivada de la organización triangular, en aquellos casos en que, a pesar de estar incluidos en el ámbito aplicativo de la legislación laboral, la aplicación de la legislación laboral entre la persona trabajadora y el usuario o entidad intermediadora estaría en función de a quién recayera la responsabilidad del pago de la retribución.

En el marco del derecho comparado europeo, desde un prisma teórico Freedland destacó por el desarrollo de dos aspectos de los «Personal Work Contracts»: «family of personal work contracts» y «personal work nexus». El primero, se refiere a la utilidad del concepto inclusivo de «personal work contract» como categoría central delimitadora para el empleo personal y las distintas dimensiones en virtud de las cuales puede entenderse dicha categoría como una familia de contratos en el marco de los cuales el de trabajo sería el más importante, aunque no fuera excesivamente dominante<sup>141</sup>. Los contratos incluidos en dicha familia de contratos de trabajo personales («personal work contracts») podrían alcanzar una mejor comprensión si, desde un punto de vista metodológico explicativo, se situaran en el campo del «personal work nexus», como concepto que permitiría aunar más vínculos y conexiones en el campo del trabajo personal<sup>142</sup>.

El concepto del «personal work contract» como categoría central en el marco de las relaciones laborales es defendida por el autor por encima de la categoría de «contract of employment» así como sobre la categoría intermedia de «workers contracts». Así, a pesar de que dicha categoría sería de gran utilidad para identificar el vínculo legal en un amplio marco de relaciones, también es cierto que sería falible para incluir todas las relaciones de trabajo o para extender el concepto hacia todos los aspectos o ramificaciones que deberían formar parte de un campo jurídico único que tuviera cabida en la mentada categoría<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Véase FREEDLAND, M. «From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus», *Industrial Law Journal*, Vol. 35, N° 1, Industrial Law Society, Annual Oxford Conference, 2006, publicado tras la Conferencia Anual de la «Industrial Law Society» celebrada en septiembre de 2005, bajo el título «From the Contract of Employment to the Personal Work Contract». En dicha conferencia, el autor pudo compartir sus líneas y proyectos de investigación en los cuales había estado trabajando en los últimos tres años, así como debatir sobre aquellos previstos para el futuro, sobretodo en cuanto a la expansión del debate hacia la dimensión comparada europea y el proceso de expansión del marco de referencia del contrato de trabajo hacia una categoría de contrato o vínculo más omnicomprensivo.

<sup>142</sup> FREEDLAND, M. y PRASSL, J. en «Employees, workers and the ‘sharing economy’. Changing practices and changing concepts in The United Kingdom», *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, N° 1-2, Vol. 6, November 2017. Págs. 16-29; desarrollan el tránsito hacia una estructura tripartita caracterizada por una tercera categoría de trabajo existente entre las dos subcategorías tradicionales del concepto o estatus de «worker», reflejadas en «Section 23 of the Employment Rights Act 1996».

<sup>143</sup> Los tres principales problemas, lagunas o deficiencias que FREEDLAND, M. identifica en la obra *Op. Cit. From the Contract of Employment...* Pág. 10-13, son: (i) la des-contractualización («Non-contractuality»), en referencia a aquellas vinculaciones que, a pesar de tener naturaleza contractual en términos generales, en la práctica son tratadas como extra-contractuales; (ii) la complejidad o multilateralismo, para referirse a aquellas relaciones en las cuales existen intermediaciones contractuales o estructuras triangulares, que difícilmente pueden ser reconocidas en el «personal work contract» y (iii) la presencia de organizaciones o contratos incidentales que precisan ser incluidas en un marco jurídico común pero no pueden, por su naturaleza, incluirse bajo el marco común de las «personal work relationships».

En la construcción de la noción de «personal work nexus»<sup>144</sup> el autor sostiene que puede concebirse como herramienta vacía que aúna distintos espacios en los cuales pueden ubicarse distintos tipos de vínculos o conexiones existentes en el marco del derecho laboral. En este sentido, defiende el proceso consistente en interpretar o adjudicar, a los distintos espacios del concepto, cada organización o situación de trabajo individual; permitiendo comprender tanto las concretas o particulares personas trabajadoras como las concretas organizaciones de trabajo. Así, una persona trabajadora podría tener más de un contrato u organización de trabajo, con distintos «nexos» de trabajo, y ello podría permitir incorporar en dicho campo incluso un «freelance» que trabajara para distintas compañías. En definitiva, el concepto o noción de «family of personal work contracts» proporcionaría una base inclusiva para interrelacionar las distintas formas en las cuales las relaciones de trabajo pueden ser constituidas como contratos.

Así, el concepto de «personal work nexus» ofrecería un marco más amplio para la construcción legal de relaciones en el marco del trabajo, como preludio al posterior concepto de «personal work contract plus», preparado y articulado para comprender o extenderse a una sucesión o multiplicidad de contratos personales de trabajo aunque la relación primera no fuera necesariamente de naturaleza contractual, pudiendo consistir en organizaciones o contratos que fueran incidentales respecto a la relación personal de trabajo, sin constituir en sí mismas «personal work relationships or contracts». En su virtud, los vínculos entre las distintas partes no tendrían por qué ser necesariamente contractuales.

La teoría sobre la construcción legal de las relaciones personales de trabajo constituye uno de los tres argumentos o tesis defendidas por el autor en torno a la «segmentación de los derechos laborales» en el marco del derecho laboral del Reino Unido<sup>145</sup>. Los otros dos argumentos se centran, por un lado, en la segmentación de los derechos de los trabajadores como materia prominente y problemática en el marco del derecho del trabajo y, por otro lado, en la tendencia creciente del fenómeno de regresión de la regulación legal.

En relación a la tesis sobre la «segmentación de los derechos laborales» como cuestión destacada o preponderante debe sostenerse que, el ámbito de aplicación del derecho del trabajo en general o respecto a particulares normas laborales, puede diferenciarse en función de los sujetos a los cuales se les aplican las normas laborales, utilizando categorías «personales» como «employee» (empleado) o «worker» (trabajador). En este sentido, en el marco del derecho laboral del Reino Unido, algunos derechos laborales se vinculan a «empleados» que se rigen por contratos de «empleo», mientras que otros son de aplicación a una categoría más amplia de «trabajadores» que prestan sus servicios bajo distintas formas de contratos de «trabajo». En esta clasificación puede encontrarse una tercera categoría referida al «contratante independiente» que se vincula a través de un contrato de prestación de

---

<sup>144</sup> Sobre la evolución del «personal work contract» hacia el «personal work nexus», véase FREEDLAND, M. «The Legal construction of personal work relations», *Oxford Monographs on Labour Law*, 2011. Págs. 267-371.

<sup>145</sup> FREEDLAND, M. «The segmentation of workers' rights and the legal analysis of personal work relations: redefining a problem», *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 36, N° 2, 2015. Págs. 241-256.

servicios. El problema detectado en el marco de la legislación británica radicaría en la necesidad de introducir una categoría más amplia e inclusiva, que permitiera dar cobertura a todas las personas que prestan servicios personales.

El concepto de segmentación de los derechos laborales podría ser abordado desde un prisma descriptivo y normativo, según la tesis defendida por el autor. Desde el postulado descriptivo, el fenómeno de distinción tradicionalmente descrito como «el ámbito personal del derecho del trabajo» se delimita mejor bajo su caracterización de «segmentación de los derechos laborales», permitiendo describir situaciones en las cuales los derechos o protecciones serían concedidas y excluidas a un determinado grupo de trabajadores. Desde el postulado normativo, la terminología de «segmentación de derechos laborales» serviría para problematizar el fenómeno de distinción que ha sido tradicionalmente descrito como «ámbito personal de aplicación del derecho laboral» de un modo útil, dada cuenta de que algunas de las formas o manifestaciones de dicha distinción incrementan la injusticia económica y social. Así, desde dicho prisma la noción de «segmentación» incorporaría una connotación negativa que fragmentaría los derechos de los trabajadores, en contraste con la idea o concepto neutral de «marco o alcance personal».

La segmentación de los derechos laborales en un sentido amplio -como segmentación de las protecciones sociales o laborales que se ha podido manifestar en el derecho del trabajo o en la práctica de la negociación colectiva- se alude referida una antigua cuestión vinculada al mercado de trabajo. De hecho, existen distintas evidencias de segmentación de derechos sociales en el marco histórico o tradicional, la mayor parte de las cuales provienen del trabajo doméstico o a tiempo parcial<sup>146</sup>. Sin embargo, desde la década de los noventa han ido proliferando nuevas formas y patrones de segmentación de derechos sociales en el marco del trabajo a tiempo parcial, temporal -sin o con agencia intermediadora-, trabajo en jornadas variables, retribución variable, entre otros. Este fenómeno ha sido conocido en términos de formas «atípicas» de empleo o progresiva desaparición del contrato de trabajo «estándar».

La adopción, por parte de las empresas, de estos modelos alternativos de trabajo genera la creación de nuevos grados de segmentación de los derechos laborales y, según Freedland, parece suponer una evolución en la cual el sistema de empleo y de trabajo están totalmente implicados. El punto crítico de la cuestión radica en que los sistemas legales no deberían estructurarse de modo que proporcionasen pasivamente exclusiones de derechos a los empleados, sino que deberían activamente regular de forma explícita dichos efectos excluyentes. El resultado y propósito de los empleados en el marco del trabajo atípico sería poder beneficiarse, precisamente, de dichas exclusiones de derechos, pero sería el marco o campo del derecho del trabajo como sistema el que debería crear y regular dichas exclusiones, siendo responsabilidad normativa del sistema legal laboral promoverlo al abordar la cuestión de la segmentación de los derechos sociales.

---

<sup>146</sup> FREEDLAND, M. *The segmentation of workers' rights...* Op. Cit. Pág. 245.

La tercera teoría o argumento centrado en la regulación legal regresiva iría referida a la maximización de la «flexibilidad» y la «opción» en el diseño de las relaciones laborales y relaciones en el marco del trabajo. En un contexto de incremento de trabajo «atípico» la ausencia de regulación o intervención legal para gestionar la consiguiente segmentación de derecho -o su papel pasivo al respecto- conduciría a incrementar la regresión de la regulación legal. Así, el concepto de «regresión» que sostiene el autor aludiría a las intervenciones generadoras de nuevas formas de segmentación de derechos, como evidencias de la necesidad de reevaluar las medidas existentes y definir nuevos propósitos en torno a dicha segmentación a fin de determinar si éstas potencian la regresión o progresión de la regulación legal en el marco de dicha segmentación.

Por otro lado, las teorías defendidas por Freedland enfocadas a la ampliación de la visión o ámbito de comprensión y aplicación del derecho del trabajo, en el sentido de establecer vínculos de continuidad entre el contrato de trabajo y otros trabajos personales o comerciales, han sido también abordadas desde el paradigma metodológico del derecho comparado europeo. En este marco, la discusión se ha concentrado en la extensión del ámbito aplicativo del derecho del trabajo, en aquellas relaciones establecidas con figuras independientes o semi-dependientes que prestan servicios para empresas o compañías, tan expuestas o vulnerables a la explotación como lo está la categoría tradicional de «empleado» o «trabajador». En el año 2006, el autor sostenía que, la ampliación del ámbito de aplicación del derecho del trabajo en unos términos comprensivos de cualquier «personal work contract», suponía un fuerte paso que, si se llevaba más allá para vincularse al concepto de «personal work nexus», el efecto potencial podía llegar a ser alarmante, difuminándose indefectiblemente la frontera normativa del derecho del trabajo<sup>147</sup>. En ese contexto, Freedland confiaba en que el proyecto previsto en torno a la comparación de la ideología estructural del derecho del trabajo inglés con los otros ámbitos del derecho laboral nacional europeo pudiera dar acceso a una suerte de «sentido común» o ser elocuente para establecer hasta qué extremo se debía perseverar en el análisis del concepto de «family of personal work contracts» y de «personal work nexus», teniendo en cuenta que una forma de testar la viabilidad de dichos análisis era constatando hasta qué punto éstos existían en forma homóloga en el resto de países europeos.

En el año 2011, el autor dio un paso más allá de la comparación del orden inglés con los distintos sistemas legales europeos, para situar el análisis en el rol del Derecho europeo en la construcción legal de las relaciones de trabajo en general y en los distintos derechos nacionales en particular<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup>FREEDLAND, M. «From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus», *Industrial Law Journal*, Vol. 35, n° 1, Industrial Law Society, Annual Oxford Conference, 2006. Págs. 28-29. Este artículo es publicado tras la Conferencia Anual de la «Industrial Law Society» celebrada en septiembre de 2005, bajo el título «From the Contract of Employment to the Personal Work Contract».

<sup>148</sup> En su obra *Op. Cit. The legal construction of personal work relations ...* Págs. 385-432. El autor puntualizó, en dicha obra, que se refería al Derecho emanado de la Unión Europea, a través de los recursos legales reguladores y cuerpos judiciales vinculados con el Consejo de Europa.

Partiendo de un exhaustivo examen del Derecho Europeo y la fragmentación de la regulación del derecho del trabajo desde un prisma taxonómico, Freedland analizó los objetivos, principales componentes y metodología del marco legal europeo sobre las relaciones de trabajo personal desde un prisma de regulación multinivel, así como la compleja naturaleza de los niveles normativos de la Unión. Tras dicho análisis, propuso sustituir la finalidad o misión del Derecho del Trabajo identificada en la corrección de la desigualdad concurrente en una relación de empleo subordinada, que consideraba de orden simbólico, por las nuevas ideas conceptuales vinculadas a la «personal work relation» y la «personality in work», hábiles a efectos de reconocer y confirmar el cambio de paradigma de los actuales programas o agendas en el marco de la investigación del Derecho del Trabajo.

En este contexto, el autor introdujo un elemento común relacionado con la «mutualización» entre empleadores y empleados (así como demandantes de empleo), sosteniendo que las funciones protectoras del derecho laboral podrían centrarse en el debate sobre la «mutualization» o «demutualization» de aquellos riesgos de relevancia para los trabajadores (el autor lo denomina «mutualization and demutualization of risk to workers»<sup>149</sup>). Dichos conceptos pueden ser útiles para entender los cambiantes debates en torno al derecho del trabajo, sugiriendo una posible base en la cual fijar las ideas claves para la construcción legal de las relaciones de trabajo. Las dos principales formas en las cuales se evidencia la utilidad de dicho concepto -en su afectación para los trabajadores- son las siguientes: en primer lugar, proporcionar una teoría crítica para comprender la evolución en la práctica de las relaciones de trabajo y su regulación y, en segundo lugar, el particular rol de la construcción legal de las relaciones personales de trabajo en dichas evoluciones prácticas y sus respectivas regulaciones. En cada uno de dichos aspectos, según el autor la idea de la «mutualización y desmutualización» de los riesgos que afectan a los trabajadores puede ayudar a relacionar la propia teoría sobre la construcción legal de las relaciones de trabajo con un género social y legal más amplio, permitiendo los siguientes efectos: (i) canalizar el debate hacia relevantes discursos teóricos y sociológicos en torno a las relaciones de empleo; (ii) abordar la sistémica tendencia sobre la «desmutualización» horizontal de los riesgos para los trabajadores, apartando los estándares colectivos e incrementando las desigualdades entre los distintos grupos de trabajadores («individualized precarity» o «personal precarity» según el autor) y, (iii) provocar la desmutualización «diagonal», que tomaría forma a través de distintas formas de transferencia de riesgos (en las cuales están vinculadas compañías principales, intermediarias y trabajadores). Este último fenómeno estaría asumiendo innumerables formas: agencias de empleo, subcontrataciones, franquicias de servicios y propiedad y control de compañías por parte de corporaciones privadas que tienden a asumir el rol de empleadores intermediarios generadoras de situaciones de fragmentación del empleo; y se revela consustancial en relación con la específica fórmula de «mutualización» de los riesgos

---

<sup>149</sup> Sobre este concepto, ver «Conclusion: Mutualization and Demutualization in the Legal Construction of Personal Work Relations» en la obra *Op. Cit. The legal construction of personal work...* Pág. 434-446. A través de sus reflexiones sobre tal concepto, el autor pretende estudiar las distintas vías de análisis de la construcción legal de las relaciones laborales de trabajo que sirvan para fortalecer los fundamentos del derecho del trabajo, lejos de debilitarlos, potenciando la continuidad entre el derecho 'individual' y 'colectivo' y los distintos tipos de continuidad entre el derecho del trabajo y otras disciplinas que contribuyen a conformar el cuerpo de «derecho social» en su sentido más amplio.

emergida en las específicas empresas de trabajo temporal nacidas con ocasión de la última reforma de la estiba portuaria, como se verá en el Capítulo IV del presente estudio.

En definitiva, los debates emergentes en torno a la segmentación de los derechos laborales y la difuminación de las fronteras de laboralidad entre las distintas figuras jurídicas que proliferan en el mercado de trabajo ponen de manifiesto el complejo escenario que la globalización ha supuesto para la regulación de los derechos laborales, en un contexto de diversificación de los sistemas productivos al cual se le ha aunado una importante crisis económica.

Según López, el punto de partida del nuevo debate radica en la relación del empleo y la diversificación del «status» de trabajador, que transita del «derecho laboral» a «los derechos laborales»<sup>150</sup>. En este marco, la evolución del sistema productivo ha incrementado la necesidad de adaptar los trabajadores al mercado de trabajo, y el debate de la «segmentación» forma parte de un proceso de tensión normativa multinivel e inevitablemente institucional, no ajeno a la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>151</sup>. Tal y como se ha puesto de manifiesto a través de las tesis defendidas la doctrina en la materia *ut supra* abordadas, la segmentación de los derechos laborales no se erige meramente en un proceso de adaptación de la regulación a las nuevas realidades, sino que, como apunta López, constituye en sí mismo un proceso de redefinición de los derechos laborales en nuevas formas que desafíen el concepto fundamental de derechos sociales como vía constitutiva de un suelo mínimo de derechos<sup>152</sup>. Suelo mínimo que, en las últimas décadas, se ha visto gravemente afectado por la crisis económica, políticas de austeridad y pérdida de parte de la soberanía de los estados miembros en el marco de la Unión Europea<sup>153</sup>. Dichas circunstancias no son ajenas a la emergencia de nuevos sujetos de regulación, nuevos recursos generadores de derechos sociales y nuevas definiciones de instrumentos yuxtapuestos a propósito de la necesidad de regular el mercado de trabajo, como fuentes creadoras de políticas vinculadas con los principios fundamentales del derecho del trabajo.

---

<sup>150</sup> LÓPEZ, J. «Segmentation and the debate on labor laws», *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 36, N° 2, 2015. Págs. 177-180.

<sup>151</sup> Sobre el debate de la segmentación del mercado laboral en el ámbito de la OIT, véase, entre otros, «Diálogo social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa», Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión, 2013.

<sup>152</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J. en su artículo «Formalizing the Segmentation of Workers' Rights: Tensions among Regulatory Levels», *Comparative labor law and policy journal*, N°2, 2015. Pág. 281; enfatiza el papel de la segmentación de los derechos laborales y la relevancia del sistema de regulación multinivel en orden a garantizarse los derechos fundamentales a los trabajadores.

<sup>153</sup> CARUSO, B. en «New Trajectories of Labor Law in the European Crisis: The Italian Case», *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 36, N° 2, 2015, Págs.182-202; analiza la segmentación en el contexto de las estrategias de flexibilidad preconizadas por la Unión Europea.

c) La expansión subjetiva de la tutela jurídica del trabajo a través de las nuevas fórmulas de empleo atípico y su jurisprudencia aplicativa

El Derecho y la sociedad mantienen una relación de convergencia y discrepancia constante, a partir de la que el primero no renuncia a su naturaleza dicotómica en el marco de las tradiciones y realidades establecidas, así como su respectiva evolución. La actuación dicotómica del derecho se encuentra en la forma de categorizar e interpretar, en términos *a priori* rígidos, para permitir la inclusión o exclusión de las distintas realidades dentro o fuera del marco conceptual en cuestión.

Los motivos que subyacen a la naturaleza dicotómica del derecho han sido identificados, por la doctrina, en torno a la necesidad de prever con un nivel de seguridad jurídica suficiente las decisiones del poder judicial<sup>154</sup>.

El mecanismo regulador de la categorización simplificada permite evitar el efecto que causaría la excesiva multiplicidad de categorías, causante de desorden informativo y dificultad de anticipar las decisiones judiciales. En definitiva, en términos teóricos generales puede negarse que haya existido plena correspondencia entre las categorías conceptuales del derecho y, por otro lado, la economía, política, expresión; en definitiva, sociedad.

En este orden de cosas, resulta incuestionable que, en últimas décadas, se ha producido una progresiva transformación del trabajo dependiente y de la relación laboral «normal» u ordinaria<sup>155</sup>. Los factores que han incidido en mayor medida en las transformaciones del trabajo y en la crisis de la relación laboral tradicional se pueden resumir en los siguientes: (i) la revolución de las tecnologías de la información y desarrollo de la informática; (ii) los cambios en las habilidades laborales requeridas a los trabajadores con ocasión del desarrollo de las nuevas tecnologías en los procesos productivos, (iii) la posibilidad de llevar a cabo actividades laborales en distintos espacios físicos, a distancia o fuera de las dependencias de la empresa; (iv) el mayor movimiento rotatorio de los vínculos laborales (de trabajador subordinado a autónomo y viceversa) y (v) la intermediación laboral, la terciarización del empleo o la existencia de más de un empleador frente a un mismo trabajador, en un contexto de descentralización productiva. Por último, (vi) los cambios en las fórmulas o sistemas de remuneración del trabajo, pasando de remuneraciones por jornada o unidades de tiempo a remuneraciones por rendimiento y/o vinculadas a la rentabilidad de las empresas (variables)<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> FERRARI, V. «El incierto futuro de los derechos en el trabajo humano», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 52, 2019. Págs. 15-23. En materia de subordinación económica y jurídica, como referencia para construir garantías que permitan aunar distintas formas de trabajo, véase la doctrina de Supiot y Freeland plasmada en las obras *Op. Cit.*

<sup>155</sup> Sobre la función originaria del Derecho del Trabajo y la incidencia de las transformaciones del trabajo dependiente, véase CAAMAÑO ROJO, E. «Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico», *Revista de Derecho Vol. XVIII- N° 1*, julio 2005. Págs. 25-53.

<sup>156</sup> Según el planteamiento de ECHEVERRÍA TORTELLO, M. «Tiempo de trabajo, tiempo de sociedad» en CAAMAÑO ROJO, E., *Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal ... Op. Cit.* Sobre la descentralización productiva, conocida como «outsourcing», véase CRUZ VILLALÓN, J. «Outsourcing y

El resurgimiento del debate en torno a la tradicional delimitación entre trabajo subordinado y trabajo autónomo se construye sobre novedades concentradas en dos factores que se retroalimentan. De un lado, cambios tecnológicos que provocan una superación de los datos fácticos tradicionalmente identificativos de las exigencias legales típicas determinantes de la subordinación. Por otro lado, los cambios organizativos que abocan a fórmulas de externalización productiva que se proveen de mecanismos de contratación no laboral que generan dudas sobre su subsunción en el trabajo subordinado u autónomo. Según la doctrina, no ha existido una alteración de las reglas delimitadoras de la frontera o cambio de los requisitos legales, sino que, ante las mismas reglas, las empresas disponen de un mayor margen organizativo y tecnológico para alterar los elementos fácticos que inciden sobre la forma de prestación del servicio, que ahora pueden prestarse con mayor autonomía y tecnificación tecnológica<sup>157</sup>.

Así, en un contexto de mundialización o globalización de la economía, en el cual se han ampliado las conexiones de interdependencia a través de la internacionalización de las economías nacionales, las estrategias de las empresas tienden a potenciar la fragmentación de los procesos productivos, distribuyendo cada fase en unidades empresariales inferiores y sustituyendo -en la medida de lo posible, el trabajo subordinado por redes contractuales de naturaleza mercantil.

Los cambios en la clásica configuración del trabajo y su valoración se manifiestan en aspectos que, desde finales del siglo XX, pretenden cuestionar de forma radical el esquema en torno al cual se originó el Derecho del Trabajo. Así, la doctrina identifica dos crisis: (i) la del trabajo subordinado como consecuencia del nacimiento de las «nuevas formas de empleo» o «formas atípicas» y (ii) la decadencia del trabajo subordinado en términos generales y «el discreto retorno del arrendamiento de servicios», entendido como el trabajo autónomo en el marco de las relaciones civiles o comerciales. A estos dos, Caamaño Rojo añade un tercero, esto es, el surgimiento de formas fronterizas de empleo que se encuentran en una zona gris entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil o Mercantil (la llamada «parasubordinación»), las cuales reclaman una respuesta normativa que satisfaga las necesidades de protección jurídica y social de dichos trabajadores<sup>158</sup>.

---

relaciones laborales», *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, 2000. Pág. 253.

<sup>157</sup> CRUZ VILLALÓN, J. «El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo», *Revista de derecho social*, N° 83, 2018, Págs. 13-44. Este artículo se realizó en el marco del proyecto de investigación «Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía», DER2017-83488-C4-1-R, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

<sup>158</sup> CAAMAÑO ROJO, E. «La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo», *Revista Laboral Chilena*, diciembre 2004, Pág. 61 (Parte I) y, enero de 2005. Págs. 68 y ss. (Parte 2). El autor comparte la tesis defendida por RACCIATI, O., en «Las transformaciones en el Mundo del Trabajo y el Derecho Laboral», *Riesgo, Flexibilización Laboral, Transformaciones y Derecho Laboral*, Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Págs. 1-34. El concepto de forma de empleo u ocupación «atípica» ha sido definido en distintos términos por diversos autores. Para Caamaño Rojo, incluye todas aquellas modalidades de contratación laboral que no se insertan en el modelo de relación laboral «normal», en relación con los parámetros de duración, continuidad, lugar y tiempo de trabajo. Por otro lado, en la misma línea, Pablo Guerra, en GUERRA, P., «¿Es necesariamente precaria la flexibilización?»



En el marco del creciente proceso de descentralización productiva y creciente flexibilización de la organización interna, debe traerse a colación la teoría de la «empresa flexible» de Atkinson, que se identificaría como el «empleo del futuro» y que ofrecería una visión prospectiva sobre el modelo de mercado de trabajo actual, configurando la organización empresarial a través de un sistema de círculos concéntricos más o menos próximos al núcleo en función de su mayor o menor proximidad con la nota de subordinación y fuerte seguridad en el empleo<sup>159</sup>.

Tradicionalmente, se han considerado como formas atípicas de contratación las siguientes: contratos de duración determinada (a plazo fijo y por obra, faena o servicio); trabajo a domicilio; teletrabajo; subcontratación de servicios personales -trabajo temporal- y contrato a tiempo parcial. Según apunta Caamaño Rojo, únicamente podrían entenderse como «nuevas» la subcontratación de servicios personales y el teletrabajo, dado que las demás en mayor o menor medida han tenido presencia en los ordenamientos jurídicos laborales, aunque vinculadas al modelo tradicional de relación laboral. A los efectos de evitar que dichas modalidades de empleo «atípico» acaben subsumiéndose en la categoría de empleo «precario» el autor señala la ineludible necesidad de reconocer normativamente las ocupaciones atípicas y establecer unas garantías universales de ingreso suficiente para la subsistencia, el acceso al amplio sistema de Seguridad Social, estándares mínimos de seguridad y salud en el trabajo y una disposición autónoma sobre el tiempo libre, a fin de conciliar la vida laboral y familiar.

En la cúspide del debate sobre el trabajo atípico se encuentra el impacto que ha tenido el empleo derivado de la expansión de la economía digital, aunque no deba confundirse la «digitalización de la economía», que afecta a todos los sectores productivos, con la aparición de mercantiles que actúan en el ámbito de las «plataformas digitales». Según Cruz Villalón el dinamismo y expansión de la economía de las plataformas se manifiesta con mayor fuerza o potencialidad en la creación de empleo en empresas de atención al cliente «call center» que

---

Notas sobre las amplias, controvertidas y difusas interpretaciones del concepto de flexibilidad», Seminario Latinoamericano sobre Precarización del Empleo y Desgaste de Salud de los Trabajadores, CLACSO-PET, Santiago, Chile, 1994, lo define como «aquél que rompe con los moldes tradicionales y típicos definidos por la relación laboral clásica» y, William Thayer y Patricio Novoa la entienden como «aquella relación jurídica, de índole laboral, que liga a un dependiente con el respectivo acreedor de trabajo, sin que se den en ella todas las diversas características de la relación laboral normal, o algunas de ellas emerjan muy pálidas», en THAYER, W. y NOVOA, P. «Manual de Derecho del Trabajo», Tomo II, 3ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, 1998. Pág. 125.

<sup>159</sup> Según dicha teoría, la organización de la empresa se plantea como un sistema de círculos concéntricos, cuyo núcleo se compone por un grupo de trabajadores dotados de fuertes garantías de seguridad en el empleo (relación laboral normal – empleo subordinado) encargados de desempeñar las funciones claves, permanentes o de más responsabilidad en la empresa. En torno a dicho núcleo girarían los trabajadores «periféricos», gracias a los cuales las empresas obtendrían la suficiente flexibilidad numérica y cuyo volumen iría en función de las fluctuaciones de la demanda (aunaría distintas modalidades de contratación: duración determinada, tiempo parcial, obra y servicio, fin de semana, nocturno y otras modalidades subvencionadas para el fomento del empleo). El tercer círculo sería denominado «trabajo a distancia» caracterizado por el mayor grado de desvinculación con la empresa (teletrabajo, trabajo a domicilio y subcontratación). Sobre esta cuestión, véase ATKINSON, J. y MEAGER, N. «New forms of work organization», *Institute for Employment Studies*, 1986. Sobre la controvertida teoría de Atkinson de la «empresa flexible», véase «El trabajo a tiempo parcial», Informe N° 4, de la Sesión Ordinaria del pleno del Consejo Económico y Social de 18 de septiembre de 1996, Madrid, España, 1996, Págs. 11-13.

tienden a articularse a través de trabajo subordinado en su mayoría<sup>160</sup>. La economía de plataformas o «economía colaborativa», también conocida como «crowdwork», «sociedad de la información», «nube humana», «tareas de Inteligencia Humana», «knowmads», «millenials», «gig-economy», «sharing economy», «trabajo bajo demanda -on demand-», «freelancers», «prosumers», etc.; pretende dar nombre a un fenómeno relativamente nuevo que se basa en el flujo de servicios y productos a través de plataformas tecnológicas que, a la vez que permite aumentar la flexibilidad y autonomía en el empleo, pueden abocar a situaciones de precariedad laboral en algunos casos.

El trabajo en las plataformas digitales se divide en dos áreas: la «gig economy» o trabajo «off-line» y el «crowd-work» o trabajo «off-line»<sup>161</sup>. En la primera, se sitúan las plataformas de servicios de reparto, transporte o trabajo a domicilio (trabajo «en la calle»)<sup>162</sup>. En la segunda, se sitúan las plataformas «on-line» de mayor dificultad de regulación y control, dado que requieren de una fuerte inteligencia humana frente a la artificial. Así, las plataformas «crowdwork» serían las contratantes de personas que consideran como trabajadores independientes (con su propia organización, fiscalidad y honorarios) y que forman parte de una «nube humana» virtual, a través de su registro en una cuenta, superando test y procurando cualificación y habilidad profesional.

En el marco del Reino Unido, la legislación tradicional en materia laboral ha utilizado la misma categorización bipartita empleada en el derecho tributario y de Seguridad Social, establecida entre los «empleados» y «contratantes independientes» o entre los «contratos de empleo» y «contratos de servicios». Según apuntan los autores Freedland y Prassl<sup>163</sup>, el término de «sharing» o «gig economy» debería sustituirse por el de «on-demand», dada su directa vinculación con los incentivos económicos más que con fines altruistas, al margen de que el lenguaje de «gigs», «tasks» o «rides» utilizados por muchos operadores oscurecería la realidad de los trabajos que subyacen y que recuerdan a las condiciones de trabajo de las formas tradicionales de trabajo de los sectores de bajo nivel salarial.

---

<sup>160</sup> CRUZ VILLALÓN, J. *El concepto de trabajador subordinado...* Op. Cit. Pág. 183.

<sup>161</sup> PÁRAMO MONTERO, P. «Economía de plataformas y digitalización del trabajo: «uberlitigación» y tensiones en la relación laboral clásica», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 57, 2019. Págs. 27-49.

<sup>162</sup> «Uber, Cabify, Eatwith, Myfixpert, Neweuropetours, Flycleaners, Aayook, Clintu, Freelancer, Upwork, Nubelo, Twago, etc.»

<sup>163</sup> FREEDLAND, M. y PRASSL, J. *Employees, workers and the 'sharing economy'. Changing practices and changing concepts in The United Kingdom...* Op. Cit. Págs. 19-21. Según los autores, el contrato de zero horas («Zero-Hours Contract») no debe concebirse como una categoría global o principio general organizador del trabajo precario en el marco del trabajo «atípico». De hecho, se observa un grado de heterogeneidad en el trabajo temporal reflejado en la nomenclatura de «trabajo atípico» o «trabajo no estándar», al margen de las categorías de trabajo «temporal», «part-time» y «trabajo autónomo». En este sentido, las organizaciones «Zero-Hours» representarían distintos grados de fragmentación del trabajo -desde el regular hasta el mercado de entrega inmediata o «spot-market». Así, más que subsumirse en una categoría unitaria o global, evidenciarían algunas de las distintas formas de empleo, desde elegidas como preferentes, estables y bien remuneradas, hasta las más vulnerables o pobres. Sobre los distintos grados de fragmentación del trabajo, véase la Pág. 20 de la obra Op. Cit.

La Comisión Europea estimó que la economía colaborativa representará, en 2025, una factura de alrededor de 300.000 millones de euros. Sin embargo, por otro lado, no puede obviarse la necesidad de abordar los interrogantes que generan las nuevas plataformas, en términos de seguridad jurídica, así como en términos de fragmentación del mercado y desigualdades económicas<sup>164</sup>.

Ante la ausencia de encuadramiento explícito a través del marco legal de dichas nuevas fórmulas de empleo, los Tribunales afrontan el gran reto de categorizar su naturaleza sin sacrificar el equilibrio entre un trabajo decente y los beneficios derivados de esta nueva economía<sup>165</sup>.

Los primeros pronunciamientos judiciales que han analizado la clasificación del trabajo prestado a través de plataformas digitales han considerado que éste ejerce control y organiza la forma de trabajar, en relación a las siguientes materias o ámbitos: prestación *intuitu personae*, uso de la marca comercial, asistencia regular y continuada al trabajo -aunque con horario flexible-, equipamiento, relación con el cliente, precio y lugar de la prestación del servicio, áreas geográficas y horarias, tiempo desconexión mínimo a la *app*, incentivos en función de horarios o días de trabajo, atención de incidencias, sistemas de valoración del trabajo, formas de comportamiento ante el cliente, lugares de encuentro e inicio del trabajo, cambios de turno, geolocalización, entre otras normas de prestación del servicio.

La primera Sentencia en Europa sobre esta cuestión fue la del caso *Aslam vs Uber*<sup>166</sup> en Reino Unido, pionera en la materia, que falló a favor de la laboralidad de la relación mantenida, resolución que fue confirmada en apelación por el Tribunal de Apelación de Empleo<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> En su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas», COM/2015/0550 final.

<sup>165</sup> Sobre el rol de los Tribunales de Justicia en la delimitación de la naturaleza jurídica de las relaciones de empleo en las décadas precedentes, ver FREDMAN, S. «Labour Law in Flux: The Changing Composition of the Workforce», *Part III: Judging the differences: The Role of the Courts; Industrial Law Journal, Volume 26, Issue 4, December 1997*. Págs. 345-352. En relación con el concepto de «trabajo decente», entendido como «trabajo productivo para hombres y mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana» por la OIT, véase AHMED, I. «El trabajo decente y el desarrollo humano», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 2, N° 2, 2003/2.

<sup>166</sup> «Case Nos: 2202550/2015 & Others, Employment Tribunal, London, 28.10.2016». Posteriormente, en fecha 05.01.2017 el mismo Tribunal falló a favor de dicha categorización en el caso *Ms M Dewhurst v. Citysprint UK Ltd* («Case Nos: 2202512/2016»).

<sup>167</sup> «United Kingdom Employment Appeal Tribunal, Appeal No. UKEAT/0056/17», 10.11.2017. El Tribunal de apelación puso en duda que los conductores, sin tener relación directa con los clientes, pudieran considerarse como trabajadores autónomos, repasando todos los argumentos utilizados por la sentencia de instancia (acceso personal a la *app*, uso no transferible, falta de contacto directo entre conductor y cliente tras el servicio, pago del cliente a UBER, obligación de aceptar un 80% de los encargos como mínimo, tarifas impuestas por UBER, etc.).

La «Supreme Court United Kingdom», el 13.6.2018, había dictado una Sentencia en el caso *Plimlico Plumbers Ltd & Anor v Smith* que confirmaba la decisión de la Corte de Apelación de 10.02.2017, a favor de la laboralidad de la relación (*Trinity Term, 2018, UKSC 29, On appeal from 2017, WECA Civ 51*).

Desde ese momento, sin embargo, las plataformas han ido perfeccionando sus contratos a fin de ir neutralizando las notas de laboralidad que se iban identificando por parte de los Tribunales<sup>168</sup>. En el Reino Unido, se han pronunciado a favor del carácter autónomo o independiente de la relación mantenida por los «riders» en el caso *Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB) v. RooFoods Limited T/A Deliveroo*<sup>169</sup>.

En Francia, el *Conseil de Prud'Hommes* de Paris, en primera instancia, dictó una sentencia en el caso *Menard v. Uber*<sup>170</sup> en la cual declaraba la inexistencia de relación laboral entre un conductor de UBER y la plataforma, al no existir horario ni control del mismo por ésta, dado que el conductor no recibía instrucciones directas (salvo las derivadas de la *app*), ejerciendo UBER como plataforma meramente intermediaria y no como empresa transportista.

El nuevo modelo de negocio ha sido denominado, por la doctrina estadounidense, como «uber economy» o «crowdwork offline específico»<sup>171</sup>. La «uberlitigación» empezó su trayectoria con el asunto *Berwick v. Uber Technologies*<sup>172</sup>, en la cual la Corte Suprema de San Francisco falló a favor de la laboralidad de la relación, señalando que la calificación otorgada por las partes a la relación era irrelevante ante datos objetivos de peso que habilitaba la aplicación de la presunción de laboralidad *iuris tantum*. En dicha Sentencia, el Tribunal aplicó como guía el «test de control» *Martinez v. Combs*<sup>173</sup>, en virtud del cual se establecían los siguientes criterios a tomar en consideración: el control del empleador sobre salarios, las horas de trabajo, las

---

<sup>168</sup> En Países Bajos, el Tribunal «Rechtbank Amsterdam» dictó una Sentencia en fecha 15.01.2019 sobre la Plataforma *Deliveroo* en la cual declaró la laboralidad de la relación vinculada a su derecho a la negociación colectiva (7044576 CV EXPL 18-14763). Por su lado, en Suiza, «Tribunal des prud'hommes de Lausanne» también falló a favor de la naturaleza o estatus laboral del trabajador en su Sentencia de 05.05.2019, en el caso *Uberpop*.

<sup>169</sup> «High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court», *Case n° CO/810/2018, Desember-5-2018*, confirmatoria de la decisión emitida por el *Central Arbitration Committee* en el *Case number: TUR17985 (2016), November-14-2017*.

<sup>170</sup> «General Role No. F 16/11460», mars 2018. Esta sentencia no tomó en consideración lo declarado por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso «Élite Taxi» (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-434/15), Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L.), en el cual entendió que UBER no podía considerarse una sociedad de la información ni una simple intermediadora del servicio, sino una prestataria directa del servicio de transporte. Posteriormente, sin embargo, la *Cour d'Appel* de París, en el caso *Petrovich v. Uber* («CA Paris 6-2, N° RG 18/08357», 10 janvier 2019) declaró la laboralidad de la relación en base a que la libertad de conexión y horario no eran condiciones contradictorias con la concurrencia de relación laboral, máxime ante el control vía geolocalización llevado a cabo por UBER (en diciembre de 2017, la *Cour d'Appel* de París había dictado sentencia sobre la plataforma «LeCab», considerando que existía relación laboral y que el conductor VTC era trabajador por cuenta ajena; dadas las circunstancias de ausencia de autonomía de control del trabajador sobre el puesto de trabajo, la obligación de permanecer conectado y, entre otras, la exclusividad en su prestación de servicios para dicha empresa).

<sup>171</sup> En palabras de HOWE J. «The rise of Crowdsourcing» *Wired*, junio 2006, Pág. 176-179 en TODOLÍ SIGNES, A. «El impacto de la «uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor* 3/2015, N° 3, 2015. El «crowdwork» consiste en tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria.

<sup>172</sup> Case Number CGC-15-546378, *Superior Court of California, San Francisco, Jun-16-2015, Labor Commission Appeal*.

<sup>173</sup> *Martinez v. Combs* 231 P.3d 259 (Cal. 2010).

condiciones del empleado, la permisión sobre el trabajo y su grado de involucración en la relación laboral.

El segundo pronunciamiento en EEUU se emitió por el Tribunal del Distrito Norte de California en el caso *O'Connor v. Uber Technologies*<sup>174</sup>. En éste, a pesar de mantenerse que *a priori* existía una relación laboral ordinaria, se cuestionó la vigencia de los test de laboralidad que se habían aplicado hasta la fecha por parte de los tribunales. Dicha sentencia aplicó el «test Borello» en virtud del cual se analizaron una multiplicidad de factores e indicios que no permitieron arrojar un resultado inequívoco, dado que las nuevas realidades habían dejado obsoleto su mecanismo<sup>175</sup>.

El Tribunal del Distrito Federal de Pensilvania, por su lado, en la Sentencia *Razak v. Uber Technologies, Inc.*<sup>176</sup> enjuició una causa referida a los conductores de *limousines* (*UberBlack*) tomando en consideración un total de seis factores, cuatro de los cuales apuntaban a la independencia, autonomía o «no laboralidad» de la relación<sup>177</sup>.

Otro sector que ha generado un elevado volumen de litigiosidad es el de las plataformas digitales de reparto, cuyo debate ha girado en torno a la naturaleza jurídica de la relación mantenida por los repartidores con la empresa titular de la plataforma. Uno de los primeros casos fue resuelto por el *Central Arbitration Committee* de Londres en relación con la plataforma *Deliveroo*, excluyendo condición de empleado por cuenta ajena de los repartidores, en la medida en que en los contratos suscritos ya se permitían las sustituciones y, por ende, no era necesario usar uniforme con siglas o anagramas, no había exclusividad en la prestación, se les posibilitaba la desconexión y la libre gestión de la jornada o horario, entre otras<sup>178</sup>.

---

<sup>174</sup> *Case No. C-13-3826 EMC*. En términos similares se había pronunciado el mismo Tribunal en el caso *Cotter v. Lyft, March-11-2015, Case No. 13-cv-04065-VC*.

<sup>175</sup> Posteriormente, la empresa UBER alcanzó un acuerdo con los representantes de los conductores demandantes, aunque fue impugnado por la Asociación de Conductores del área Bahía de San Francisco. Finalmente, dicha Sentencia fue recurrida ante el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito, el cual suspendió la resolución hasta que el Tribunal Supremo de EEUU resolviera otro asunto. Una vez resuelta, el Tribunal de Apelación anuló la Sentencia del juez del Distrito Norte de California y declaró válido el acuerdo arbitral que habían alcanzado UBER y sus conductores, neutralizando la demanda colectiva que habían planteado los conductores. La empresa UBER también ha generado litigiosidad en otros países, como es el caso de Australia. Así, la resolución dictada en el asunto *Kaseris v. Rasier Pacific, la Fair Work Commission (FWC) -(U2017/9452), Melbourne, Dic-21-2017* analizó la naturaleza de la prestación de servicios ofrecida por UBER así como la relación que vinculaba al conductor con la plataforma; concluyendo en ese supuesto que la autonomía existente en la forma y condiciones de ejecución del encargo neutralizaban la concurrencia de las notas de laboralidad, conclusión contraria a la que se alcanzó por la misma *Fair Work Commission* el siguiente año en el caso *Joshua Klooger v. Foodora Australia Pty Ltd. (U2018/2625), Sidney, Nov-16-2018*). En el año 2019, la *Fair Work Ombudsman* se pronunció en el sentido de establecer que la relación existente entre *Uber* Australia y sus conductores no tenía la naturaleza de laboral («Uber Australia investigation finalized»; *Fair Work Ombudsman, Australia Government, June-7-2019*).

<sup>176</sup> (No. 16-573), *Eastern District of Pennsylvania, April-11-2018*.

<sup>177</sup> Las notas o características a favor del carácter «autónomo» de la relación eran: la oportunidad de pérdida o ganancia, la inversión, la irrelevancia de cualificaciones específicas, y a inexistencia de permanencia mínima. Por otro lado, las dos notas de laboralidad eran: el derecho de control de UBER respecto a la *app* y la integración del servicio prestado por los conductores en la empresa (imprescindibles para el servicio).

<sup>178</sup> *Case 1/895, Nov-14- 2017*.

Por su lado, la doctrina judicial francesa abordó inicialmente el debate en el marco del sector del reparto en dos sentencias en sentido contrario dictadas por el *Arrêt de la Cour d'appel*<sup>179</sup> y la *Cour de Cassation* de París<sup>180</sup>, dictando ésta última la primera de las sentencias declarando la laboralidad de la relación mantenida por los repartidores con la empresa<sup>181</sup>. En el marco europeo, la Corte Suprema de Milán<sup>182</sup> también falló a favor de la inexistencia de relación laboral de los repartidores de la empresa *Glovo* respecto a los cuales consideró que no existía sometimiento al poder directivo, organizativo y disciplinario de la empresa; en sentido análogo al que se había pronunciado el Tribunal Ordinario de Torino en Sentencia que, en cambio, no fue apoyada en su integridad por la Corte de Apelación<sup>183</sup>.

En el continente americano, los Tribunales han oscilado entre la consideración de laboral o extralaboral de las relaciones mantenidas por trabajadores con las respectivas plataformas digitales<sup>184</sup>. En Estados Unidos, la doctrina de los Tribunales dio un giro sustancial a partir

---

<sup>179</sup> *CA Paris, pôle 6 - ch. 2, 9 nov. 2017, n° 16/12875*; en relación con la *Deliveroo France*. El Tribunal declaró la inexistencia de relación laboral por cuenta ajena.

<sup>180</sup> *Arrêt n° 1737 du 28 novembre 2018 (17-20.079) - Cour de cassation - Chambre sociale*, en relación con la plataforma *Take Eat Easy*, anulando la Sentencia de la *CA Paris* dictada en fecha 20.04.2017, RG núm. 17/00511.

<sup>181</sup> A favor del carácter autónomo o independiente de la relación, se habían dictado, por parte de la *CA Paris* en relación con la plataforma *Take Eat Easy*, las Sentencias Pôle 6-chambre 2, n° 17/03088 (12.10.2017).

<sup>182</sup> *Tribunale di Milano, Causa n. 6719 R.G.L. 2017; 10 settembre 2018*.

<sup>183</sup> En el caso *Foodora*, en Sentencia del *Tribunale Ordinario di Torino* de 07.05.2018 (RG n° 4764/2017) revisada por la Sentencia de *La Corte d'Appello Di Torino* de 11.02.2019 (RG n° 468/2018).

<sup>184</sup> En Argentina, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 2 de Buenos Aires, el 02.08.2019 dictó una Sentencia (Actuación n° 13348393/2019) en el caso *Glovo, Rappi & Pedidos Ya* en la cual se obligaba a la parte empresarial a cumplir las disposiciones en materia laboral y de Seguridad Social. Unos meses antes, el 19.03.2019, el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 37 de Buenos Aires había dictado una Sentencia en el caso *Rappi* (Exp. N° 46618/2018) en la cual se analizaba la libertad de asociación regulada en el C84 OIT y, aunque no determinaba el estatus de los «riders», entendía verosímil considerar que éstos prestaban sus servicios de forma integrada en la organización empresarial. Dicha resolución no desprendió mayores efectos en este sentido, dado que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala XI) el 19.07.2019 dictó una resolución en la cual requería que, con carácter previo a la adopción de medidas cautelares en el caso *Rappi*, se entrara a analizar el estatus laboral de los «riders». En Brasil, a favor de la laboralidad de la relación, se dictaron en relación con la plataforma *Uber* las siguientes: *33ª Vara Do Trabalho de Belo Horizonte* (Processo n° 0011359-34.2016.5.03.0112, 13 de febrero de 2017; *42ª Vara Do Trabalho de Belo Horizonte* (Processo n° 0010801-18.2017.5.03.0180, 12 de junio de 2017). Por otro lado, a favor del carácter autónomo o independiente de la relación mantenida con el «rider» se dictaron las siguientes resoluciones: *Superior Tribunal de Justiça, Conflito de competencia n° 164.544-MG (2019/0079952-0)*, de 28 de agosto de 2019; *37ª Vara Do Trabalho de Belo Horizonte* (Processo n° 0011863-62.2016.5.03.0137), 30 de enero de 2017; *12ª Vara Do Trabalho de Belo Horizonte* (Processo n° 0010044-43.2017.5.03.0012), 30 de mayo de 2017; *43ª Vara Do Trabalho de Belo Horizonte* (Processo n° 0011231-35.2015.5.03.0181), 20 de julio de 2017. En Chile, a favor del carácter autónomo o independiente de la relación, se pronunció el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago el 14.07.2015, en el caso *Thomson con Uber Chile Spa* (Rit. O. 1388-2015). En Uruguay, a favor de la laboralidad de la relación se ha pronunciado el Juzgado Letrado del Trabajo de Montevideo de 6° Turno el 11.11.2019, en el caso *Uber Technologies Uruguay, S.A.*, IUE 2-3894/2019. En Panamá, a favor del carácter autónomo o independiente de la relación, se pronunció el Tribunal Superior de Trabajo -Primer Distrito Judicial en fecha 08.02.2018, *TMP, S.A.*, Sentencia N90-PJCD/16-2017.

de la Sentencia del Tribunal de California dictada en el caso *Dynamex Operations Inc.*<sup>185</sup>, en la cual abandonó los test que se habían utilizado anteriormente (Borello, Martínez, etc.) en la doctrina emanada de los tribunales de Nueva Jersey y Massachusetts<sup>186</sup>. A través de dicha Sentencia, superando la doctrina sentada por la Corte del Distrito Federal de California en el caso *Lawson v. GrubHub, Inc.*<sup>187</sup> y el Tribunal de Apelación de Nueva York, en el caso *Vega v. Postmates*<sup>188</sup>, se incorporó el denominado *test* «ABC», más flexible a la laboralidad y de carácter más restrictivo con respecto a la figura o concepto de trabajador «autónomo». Así, se estableció una presunción de laboralidad excepcionable en caso de concurrencia de tres requisitos que debían darse de forma cumulativa: (i) libertad de control o dirección sobre la prestación del servicio, (ii) naturaleza externa al curso normal del negocio del servicio prestado o bien que éste se prestare fuera del establecimiento cliente y, por último, (iii) el hecho que el trabajador habitualmente tuviera involucración en un comercio, ocupación, profesión o negocio establecido<sup>189</sup>.

En el marco judicial español, UBER, empresa que nació en California e impactó fuertemente al sector del taxi tradicional, fue analizada primeramente por parte de los Juzgados Mercantiles -en relación con el mercado de la competencia<sup>190</sup>. Sin perjuicio de que en otros países empezaron a aflorar regulaciones en materia de plataformas de economía colaborativa (Alemania, Finlandia, Dinamarca, México y Francia), el caso más paradigmático de un país

---

<sup>185</sup> *Case Number S222-732, Superior Court of California, April-30-2018.*

<sup>186</sup> *La District Court of Appeals of Florida, 3rd District*, en el asunto *McGillis v Department of Economic Opportunity, Uber* («Darrin E. McGillis») ya declare que la relación mantenida no era laboral a los efectos de la «reemployment assistance» (Nº 3D15-2758).

<sup>187</sup> *Case Number WL 776354, Superior Court of California, February-8-2018.*

<sup>188</sup> *Case Number 525233, 2018 WL 3058287*, «New York Appellate Division Court»; *June-21-2018*. En sentido favorable a la laboralidad de la relación y protecciones por desempleo inherentes se pronuncia el «State of New York Unemployment Insurance Appeal Board»; *July-12-2018*, en el caso *Uber* nº 016-23494.

<sup>189</sup> La «National Labor Relations Board», en fecha 16.4.2019 dictó Sentencia en los Casos *Uber Technologies Inc.* (13-CA-163062, 14-CA-158833 y 29-CA-177483) y la «U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit» dictó resolución el 02.05.2019 en el caso *Jan-Pro Franchising International, INC* (Nº 17-16096, D.C. No. 3:16-cv-05961-WHA) en sentido favorable a la no laboralidad. En esta última, la Corte estableció la aplicación de la doctrina sentada en el caso *Dynamex* en términos prospectivos.

<sup>190</sup> El Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, en Sentencia nº 30/2017, de 2 de febrero de 2017, marcó las diferencias entre UBER y otras plataformas (BLABLACAR), considerando que la segunda no incurría en competencia desleal. Por su lado, el Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid (Sentencia nº 159/2017, de 13 de junio de 2017) desestimó la demanda de FEDETAI contra CABIFY por competencia desleal, argumentando que no podía confundirse a la plataforma intermediadora con los titulares de VTC, siendo que las normas supuestamente infringidas no afectaban a CABIFY sino a los tenedores de las licencias VTC, sin que se hubiera acreditado que CABIFY indujera a dichos titulares a incumplir las normas. En relación con UBER, la cuestión prejudicial de *Elite Taxi Barcelona* originó la Sentencia del TJUE, Caso C-434/2015, de 20 de diciembre de 2017, que señaló que UBER debía someterse a la regulación administrativa del sector del transporte y que no podía considerarse una sociedad de la información. Paralelamente, la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia (CNMC) presentó recurso ante el Tribunal Supremo impugnando el RD 1057/2015, de 20 de noviembre, regulador de las licencias VTC, solicitando su nulidad por limitar las autorizaciones al superarse la relación de una por cada treinta taxis. Tras dicha impugnación se aprobaron distintas normas reguladoras de la transmisión de licencias y de la ratio de VTC/taxis, *inclusive* el traspaso de la competencia de esta materia a las CCAA (RD 1076/2017, de 29 de diciembre; RDL 3/2018, de 20 de abril y RDL 13/2018, de 28 de septiembre; respectivamente).

próximo al nuestro fue el de Portugal, donde se aprobó una novedosa regulación (la conocida como «Ley Uber») que impactaba sobre el funcionamiento de las plataformas, estableciendo la obligación de los conductores de UBER de cursar formación y de ser evaluados por los clientes, haciendo partícipe al Estado del 5% de la factura de cada trayecto en concepto de «tasas»<sup>191</sup>.

Los primeros pronunciamientos judiciales en España en materia laboral no surgieron del sector de transporte (como en otros países) sino del de reparto. Tras años de litigiosidad en torno a esta cuestión, que se dilucidaba ante los Juzgados de lo Social y las Salas de lo Social de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia, los cuales se debatían entre su naturaleza dependiente o autónoma en función de las circunstancias particulares de cada supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento<sup>192</sup>, la Sala 4ª del Tribunal Supremo unificó doctrina en esta materia en el año 2020<sup>193</sup>, arrojando luz en torno a la delimitación del estatus de los trabajadores «riders» que prestan servicios profesionales para plataformas digitales como *Glovo* o *Deliveroo*, debatiéndose los Tribunales Superiores de Justicia entre su naturaleza dependiente o autónoma en función de las circunstancias particulares de cada supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento.

A nivel institucional, en el marco de la Unión Europea, el Parlamento dictó una resolución sobre una «Agenda Europea para la economía colaborativa»<sup>194</sup> en la cual propugnó la

---

<sup>191</sup> El 1 de noviembre del 2018 entró en vigor la Ley portuguesa nº 45/2018, de 10 de agosto, la llamada «Ley Uber». Con esta ley se estableció, por un lado, el régimen jurídico de la actividad de transporte individual y remunerado de pasajeros en vehículos ordinarios a partir de plataforma electrónica (TVDE, por sus siglas en portugués) y, por otro lado, el régimen jurídico de las plataformas electrónicas que organizan y ponen a disposición servicios TVDE. Esta Ley estipulaba que los conductores TVDE (Transporte de Vehículo Descaracterizado a partir de una plataforma Electrónica) dispusieran de un contrato escrito entre la plataforma y el conductor, al cual le era de aplicación el Código de trabajo portugués (artículo 12 del Código *do Trabalho - presunção de contrato de trabalho*), en el cual se regulaba la presunción de laboralidad, aunque admitía que existiera prueba en contra<sup>191</sup>.

<sup>192</sup> Entre otras, en sentido favorable a la laboralidad del vínculo, véase la Sentencia nº 213/2018 del Juzgado de lo Social nº 11 de Barcelona, de 29 de mayo de 2018 (*Take Eat Easy*); Sentencia nº 53/2019 del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 (*Glovo*); Sentencia nº 61/2019 del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, de 20 de febrero de 2019 (*Glovo*), confirmada por la Sentencia nº 1818/2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de julio de 2019 (Rec. 1143/2019); Sentencia nº 193/2019 del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona (*Deliveroo*), de 11 de junio de 2019; Sentencia nº 188/2019 del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid (*Deliveroo*) de 22 de julio de 2019; Sentencia nº 1155/2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2019 (*Glovo*), Rec. 588/2019; Sentencia nº 1223/2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2019 (*Glovo*), Rec. 714/2019. En sentido favorable al carácter independiente o autónomo de la relación profesional, se pronunció, entre otras, la Sentencia núm. 715/2019, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de septiembre de 2019 (Rec. 195/2019).

<sup>193</sup> Sobre esta primera Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2020 (RCUD núm. 4746/2019), véase TODOLÍ SIGNES, A. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales», *Labour & Law Issues*, Vol. 6, Nº 2, 2020. En el FJ Vigésimo Primero, el Tribunal, tras constatar la existencia de ajenidad en los medios, concluye que «Globo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. No se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación (...) sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo (...) es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad (...)».

<sup>194</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017 (2017/2003/INI).



necesidad de establecer una nueva regulación que garantizara la seguridad jurídica, promoviendo la economía colaborativa y removiendo, en la medida de lo posible, las zonas «grises» existentes en las relaciones mantenidas entre los trabajadores y las respectivas Plataformas. En definitiva, se abogaba por una modernización de la legislación, de los sistemas de seguridad social, así como por la actualización de los convenios colectivos, su adaptación en el entorno laboral digital y la promoción de la protección de derechos colectivos.

Por su parte, el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo aprobaron la Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea<sup>195</sup>, la cual dio un paso evolutivo en la regulación de formas de empleo no convencionales (entre las que se encuentran los trabajos *on-demand* o de plataformas digitales), al recoger normas sobre el programa de trabajo establecido por el empresario, regulando derecho a la predictibilidad y derecho de los trabajadores a recibir información sobre franjas horarias o días de trabajo, así como la antelación mínima con la que deben llegar los avisos del empresario para trabajos determinados. Por otro lado, la Directiva también abordó la materia de la Seguridad Social, el lugar de trabajo, la prohibición de las cláusulas de exclusividad, el derecho a la transitoriedad hacia otra forma de empleo más estable, así como las garantías frente a la extinción contractual<sup>196</sup>.

A propósito de la necesidad de categorizar y dotar de seguridad jurídica las nuevas formas de empleo emergidas con ocasión de la evolución del mercado de trabajo en torno a las plataformas digitales, han nacido propuestas por parte de distintas instancias en el panorama internacional. En el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) algunos expertos han propugnado la organización del trabajo en plataformas a través de la legislación laboral<sup>197</sup>, en el bien entendido de que la actual organización del trabajo «crowdwork» no proporciona oportunidades de trabajo decentes.

En relación a los sistemas de protección social, destaca la propuesta de modelo de Seguridad Social Digital (SSD) y de cotización «pay-as-you-earn» que fue presentada en el marco del Departamento de Investigación de la OIT; en virtud de la cual se efectuaba una deducción de la cuota de la retribución del trabajador de la plataforma que se dirigía directamente a una cuenta SSD, para posteriormente transferirse a la institución de Seguridad Social competente

---

<sup>195</sup> Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea (DOUEL n° 186, de 11 de julio de 2019). Se trata de una Directiva que modificó la 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991, sobre la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo.

<sup>196</sup> El Comité Económico y Social Europeo, en Informe de 23 de mayo de 2018 (2018/C 283/01, Dictamen de Iniciativa), estableció que el trabajo *on-demand* no podía establecerse como forma de empleo sin previa referencia al período de trabajo y aviso con determinada antelación, recomendando que se garantizara un determinado volumen de horas y condiciones retributivas.

<sup>197</sup> BERG, J. «Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers», *Conditions of work and employment series*, N° 74, International Labour Office (ILO).

en cada país con una periodicidad mensual<sup>198</sup> entre otras propuestas en términos de seguridad y protección social de los trabajadores de plataformas presentadas en el marco de la Comisión Mundial de la OIT sobre el Futuro del Trabajo<sup>199</sup>.

Por otro lado, en relación con la figura o «estatus», en el marco comparado algunos autores también han defendido la creación de un trabajador «independiente» distinto del autónomo y del trabajador por cuenta ajena<sup>200</sup>; así como también la dotación de cuentas individuales de naturaleza «portable» de ahorro-seguro de los trabajadores de plataformas con cargo a las mismas<sup>201</sup>.

Por último, en el marco nacional, algunos autores defienden la regulación de esta naturaleza de trabajo a través de una relación laboral de carácter especial que dote de protección los derechos básicos en unos términos que no obstaculicen el desarrollo industrial y garanticen los procedimientos de representación legal de los trabajadores encaminados a lograr una plena autorregulación a través de la negociación colectiva<sup>202</sup>. Esta propuesta supondría la utilización de una vía o mecanismo de extensión del ámbito subjetivo del derecho del trabajo que ya ha sido utilizado con anterioridad por parte del legislador, en relación con otros colectivos cuyas particularidades y circunstancias específicas se consideró merecían ser dotados de la protección propia del ordenamiento laboral, entre los que se encuentran los estibadores portuarios.

d) La expansión subjetiva del ámbito de aplicación del derecho del trabajo a través de las relaciones laborales de carácter especial

La finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo ha marcado la tendencia expansiva de su ámbito de aplicación, a través de distintos mecanismos y criterios<sup>203</sup>. En el ordenamiento jurídico

---

<sup>198</sup> WEBER, E. «Setting out for Digital Social Security», *Institute for Employment Research (IAB), Research Department Working Paper n° 34*, International Labour Office (ILO), September 2018.

<sup>199</sup> Véase el Informe sobre «Futuro del Trabajo» de 22 de enero de 2019, *Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo*, Organización Internacional del Trabajo (OIT).

<sup>200</sup> HARRIS S.D. y KRUEGER, A.B. «A proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The 'Independent Worker'», *The Hamilton Project*, December 2015.

<sup>201</sup> HILL S. «New Economy, New Social Contract. A Plan for a safety net in a multiemployer world», *New America*, August 2015. En el marco de las cuentas individuales «portables», la plataforma abonaría los honorarios más un porcentaje determinado de cotización directa a la Seguridad Social a efectos de prestaciones.

<sup>202</sup> Sobre esta propuesta, véase TODOLÍ, A. «El trabajo en la era de la economía colaborativa», Ed. Tirant lo Blanch, febrero 2017, así como en *El impacto de la «uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo... Op. Cit.* Págs. 21-24. El autor propugna que esta relación laboral de carácter especial debería regular las siguientes materias o parámetros reguladores de la relación: delimitación de la autonomía, libertad de horarios y jornada, libertad para trabajar en diversidad de plataformas, responsabilidad por daños de los trabajadores, salario mínimo por tiempo de prestación de servicios, compensación por gastos y aplicación subsidiaria del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>203</sup> Sobre los criterios y mecanismos de extensión del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, véase GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, B. «La extensión del ámbito subjetivo del derecho del trabajo», *Cuadernos de*

español, el recurso a la regulación de relaciones laborales de carácter especial como fórmula de inclusión en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo<sup>204</sup> ha sido empleado en relación a distintos colectivos de trabajadores, entre otros, el que trae causa del presente estudio: los estibadores portuarios.

Esta fórmula inclusiva se erige en una manifestación de la segmentación producida en el ordenamiento jurídico español en torno a la noción de trabajador, que algunos autores como López, Chacartegui y Colás han descrito como proceso de regulación «centrípeta»<sup>205</sup>, marcando un tránsito desde el marco legal definido por la regulación de un modelo de relación laboral común, de la que se excluiría a la figura de los autónomos, hacia un panorama normativo integrado por distintos «Estatutos».

La doctrina ha afirmado que la técnica legislativa, consistente en establecer regímenes específicos distintos del laboral común, ha producido una fragmentación o diversificación de regímenes que conviven con el régimen común del trabajo por cuenta ajena<sup>206</sup>. El tratamiento normativo de las relaciones laborales de carácter especial a través del desarrollo reglamentario<sup>207</sup>, que podría ser potencialmente contrario al mandato constitucional establecido en el artículo 35 de la Constitución Española, ha sido considerado justificado por la jurisprudencia constitucional si se efectúa atendiendo a las características especiales de cada prestación laboral<sup>208</sup>, aunque no sin aseverar que esta opción normativa provoca una doble segmentación de los derechos sociales, situándolos entre la legislación laboral «común»

---

*relaciones laborales*, Vol. 25, Nº 2, 2007 (Ejemplar dedicado a: La transformación del Derecho del Trabajo). Págs. 29-37.

<sup>204</sup> Sobre el proceso de génesis de las relaciones laborales especiales y su finalidad, así como la «especialidad» de las relaciones especiales de trabajo y la ausencia de un criterio definidor unitario, véase MONTROYA MELGAR, A. «Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador», Civitas, *Revista Española del Derecho del Trabajo*, Nº 109, 2002, Págs. 5-7.

Según el autor, de la sucinta regulación de la enumeración de relaciones laborales de carácter especial, se extraen tres conclusiones básicas: 1) El carácter de especie o subtipo dentro de un género o tipo más amplio de la relación o contrato de trabajo (no considerado como *numerus clausus* en el ejercicio de la tipificación); 2) La aplicación exclusiva de la normativa básica de la Constitución Española en virtud del artículo 2.2 del Estatuto de los Trabajadores, dado que éste niega que los derechos y demás aspectos contractuales regulados en el Estatuto sean directamente aplicables a dichas relaciones de carácter especial, sustrayendo en principio su régimen jurídico a la normativa del propio Estatuto y 3) El rango reglamentario dotado al régimen normativo regulador de las relaciones laborales especiales de trabajo.

<sup>205</sup> LÓPEZ, J., CHACARTEGUI, C. y COLÁS, E. «Undermining Spain's Floor of Minimal Labor Rights: The Proliferation of Legal Codes and Status Outcomes», Ponencia presentada en la Conferencia inaugural de la *Labour Law Research Network*, Barcelona, 13-15 de junio de 2013.

<sup>206</sup> AGUSTÍ JULIÁ, J. Y PUMAR BELTRÁN, N. «El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras», Editorial Bomarzo, Albacete (España), Ed. 2009. Págs. 7-10.

<sup>207</sup> Según la autora IGUARTA MIRO, M. T. en «Visión Panorámica de las relaciones laborales de carácter especial», Ediciones Laborum, S.L., 2003. Pág. 10; el desarrollo reglamentario de las relaciones laborales de carácter especial constituye un proceso de «deslegalización».

<sup>208</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de marzo de 1988 (BOE núm. 89, de 13 de abril de 1988) y Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1984 (BOE núm. 69, de 9 de marzo de 1984).

regulada en el Estatuto de los Trabajadores y la legislación laboral «especial» de cada una de ellas, así como entre los derechos de cada estatuto de relación laboral de carácter especial<sup>209</sup>.

La doble fragmentación de derechos no ha estado exenta de críticas, que han girado en torno a la justificación de la especialidad de cada colectivo de trabajadores<sup>210</sup>. Con carácter general, las notas de laboralidad que la doctrina considera que deben concurrir en los colectivos que son objeto de inclusión en el ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo son, especialmente, las de la dependencia y ajenidad, tradicionalmente configuradas para distinguir el trabajo por cuenta propia y ajena<sup>211</sup>; aunque la proliferación de zonas o márgenes «grises» sea abundante y se pueda llegar a considerar «artificial» su segmentación<sup>212</sup>, al radicar su regulación específica en una «especialidad» no homogénea<sup>213</sup> (contenido funcional, lugar de prestación, prestadores del trabajo y su cualidad).

La técnica normativa consistente en la regulación de relaciones laborales de carácter especial, en el marco español, aunque ha servido para ampliar el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo, no ha dotado de mayor protección a los trabajadores<sup>214</sup>, siendo abundantes las críticas en torno a su utilización como pretexto de huida del Derecho del Trabajo, legitimando la rebaja de condiciones de trabajo de los colectivos afectados<sup>215</sup>. Aunque parte de la doctrina ha entendido que, la existencia de determinadas relaciones laborales de carácter especial con notas diferenciadas no es novedosa sino que forma parte de los rasgos tradicionales del Derecho del Trabajo<sup>216</sup>, ordenamiento tendente siempre a su diversificación sectorial y profesional, han existido abundantes críticas en torno al significado y consecuencias del fenómeno de creación de estatutos jurídicos diferenciados, no siendo

---

<sup>209</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 1983 (BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1983) y Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1982 (BOE núm. 137, de 9 de junio de 1982).

<sup>210</sup> DAVIDOV, G. «Setting Labour Law Coverage: Between Universalism and Selectivity», Ponencia presentada en la Conferencia Inaugural de la *Labour Law Research Network*, Barcelona, 13-15 de junio de 2013. Según el autor, el proceso de selección para el reconocimiento de derechos laborales podría lograr una mayor efectividad para dotar de protección jurídica a los colectivos más vulnerables.

<sup>211</sup> CRUZ VILLALÓN, J. «Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán», Tecnos, Madrid, 1999.

<sup>212</sup> CANALDA, S. «Normas y jurisprudencia en la formación de las relaciones laborales especiales», *Los Estatutos de los trabajadores: Papel de las normas y la jurisprudencia en su formulación*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2014. Pág. 161.

<sup>213</sup> IGUARTA MIRO, M. T. *Visión Panorámica de las relaciones laborales...* Op. Cit.

<sup>214</sup> MONTOYA MELGAR, A. *Sobre las relaciones especiales de trabajo...* Op. Cit.

<sup>215</sup> FARGAS FERNÁNDEZ, J., «La abusiva normalidad de las relaciones laborales especiales» en AGUSTÍ JULIÀ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., Op. Cit. Pág. 106.

<sup>216</sup> MARTÍNEZ MORENO, C. en «El trabajo de alta dirección. Evolución histórica y fuentes de regulación», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 36, 1995. Págs. 15-86.

pacífica la apreciación sobre la conveniencia de introducir un factor de diversificación normativa en el marco del Derecho del Trabajo<sup>217</sup>.

Algún autor ha negado la existencia de un verdadero contrato de trabajo común dotado de rasgos uniformes y de un régimen jurídico transversal, que pudiera plantearse como oposición a las relaciones laborales especiales. Según esta tesis, el único elemento común en los contratos de trabajo ordinarios es su regulación básica (Estatuto de los Trabajadores) y disposiciones complementarias. Más allá de esta regulación, los contratos de trabajo tienen regulaciones específicas derivadas, fundamentalmente, de las normas de cada sector o empresa acordadas a través de la negociación colectiva o individual<sup>218</sup>.

Según la doctrina, en la génesis de las relaciones laborales de carácter especial se encuentra la voluntad de integrar en el marco protector del Derecho del Trabajo determinadas relaciones sociales que anteriormente habían quedado excluidas del mismo, identificando la técnica legislativa como una importante forma de integrar grupos de prestadores de servicios en el marco de ordenación laboral. Sin embargo, ello se produciría a través de un sistema de ingreso suave y auxiliado de reglas constituidas *ad hoc* para lograr una mejor adaptación entre la relación jurídica y su nueva ordenación. En definitiva, las relaciones laborales no nacerían, en general, de un proceso descendente en el que dejaran de ser relaciones laborales comunes, sino, al contrario, de un proceso ascendente en el que dejarían de ser relaciones extralaborales; siendo la única forma de definir las puramente descriptiva y positivista, es decir, convirtiéndose en relaciones laborales especiales aquellas que el legislador calificara como tales en base a criterios que, aun no siendo los mismos para cada relación, se presumieran razonables y justificados, aunque no exentos de cierto relativismo por la posibilidad de incluir indebidamente alguna de dichas relaciones o por no considerarlas como tales cuando su singularidad fuera ostentosa<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Entre otros, RUIZ CASTILLO M<sup>a</sup> M. «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo «parasubordinado», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N<sup>o</sup> 2, 1991. Pág. 138.

<sup>218</sup> Véase BAYÓN CHACÓN, G. «Contratos especiales de trabajo. Concepto», *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Seminario de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1965. Pág. 12.

<sup>219</sup> Más allá de los debates doctrinales sobre la materia, la evolución legislativa se ha mostrado inconsecuente; así, la Ley del Contrato de Trabajo de 1944 —que, aunque aún no hablaba de relaciones especiales de trabajo, tenía en cuenta su existencia dotándolas de una regulación específica, contenida en su Libro II—, consideraba como tales el contrato de embarco, el trabajo a domicilio, el de aprendizaje y los contratos de mujeres y menores. Con criterio amplificador, la Ley de Relaciones Laborales de 1976 relacionaba expresamente como «relaciones laborales de carácter especial» las referidas a trabajo al servicio del hogar familiar, trabajo a domicilio, trabajo de personas con capacidad disminuida, trabajo en el mar y en la navegación aérea, aprendizaje en la artesanía, trabajo de los deportistas profesionales, trabajo del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares, trabajo de los representantes de comercio, de los artistas en espectáculos públicos, de los altos directivos de las empresas y de los internos en centros penitenciarios. El Estatuto de los Trabajadores de 1980, suprimió el trabajo a domicilio, el contrato de embargo, el aprendizaje artesanal y el trabajo del personal civil en los establecimientos militares; añadiendo el legislador más tarde la relación de los estibadores portuarios contratados a través de sociedades estatales o entidades similares. Sobre esta cuestión, véase MONTROYA MELGAR, A. en *Sobre las relaciones especiales...* *Op. Cit.*

Como botón de muestra de esta técnica legislativa expansiva merecen ser objeto de cita el trabajo de alta dirección y el trabajo doméstico, colectivos que tradicionalmente habían quedado excluidos del campo de aplicación del derecho del trabajo y que se han incorporado al mismo por distintas decisiones de política legislativa.

El tratamiento normativo que el ordenamiento jurídico español ha otorgado a los altos cargos deriva de su tradicional exclusión del ámbito del derecho del trabajo, cuya disciplina ha pasado por distintas etapas en función de la evolución de las distintas etapas de orden político<sup>220</sup>. De hecho, la normativa laboral no fue la primera en incorporar al colectivo de altos cargos o directivos en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, sino la normativa en materia de seguros y subsidios sociales (Seguridad Social) sobre aspectos concretos y puntuales<sup>221</sup>, que culminó con la Ley de Relaciones Laborales de 1976<sup>222</sup> y el Estatuto de los Trabajadores de 1980<sup>223</sup>, los cuales supusieron la definitiva incorporación del personal directivo en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 colmó las expectativas que se habían generado con ocasión de la exclusión que figuraba en el artículo 7 de la precedente Ley del Contrato de Trabajo de 1944<sup>224</sup>, que fue considerada de carácter constitutivo. Según Martínez Moreno, ello pudo obedecer a la operatividad de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo, que se convirtió en el «rasgo de identificación» de este ordenamiento. Dicha tendencia expansiva finalizó, a nivel legislativo, con la incorporación en el artículo 3.1.k) de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 de trece relaciones laborales especiales, que se completó con la delimitación llevada a cabo por el mismo precepto entre el personal de «alta dirección o alta gestión en la empresa» y quienes se limitan «pura y simplemente al desempeño del cargo de consejero en las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad».

En la génesis de la regulación de esta relación laboral, las normas y principios del Derecho Civil y Mercantil ocuparon un puesto de relevancia, al ser objeto de aplicación supletoria para todas aquellas cuestiones que no estuvieran reguladas en el RD 1382/1985<sup>225</sup>. Sin embargo,

---

<sup>220</sup> El Código de Trabajo de 1926 (Gaceta de Madrid núm. 244, de 1 de septiembre de 1926) inició una etapa en la cual ya se formulaban exclusiones del ámbito de aplicación de las disposiciones que regulaban las personas que ocupaban cargos directivos. La exclusión se acentuó con las Leyes del Contrato de Trabajo de 1931 (Gaceta de Madrid núm. 326, de 22 de noviembre de 1931) y de 1944 (Decreto de 26 de enero, BOE núm. 55), en las cuales se excluyó de forma expresa a las personas que realizaran las actividades actualmente reguladas en el campo de aplicación del RD 1382/1985, de 1 de agosto (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1985).

<sup>221</sup> Entre otros, el artículo 1 del Decreto de 28 de noviembre de 1941, por el que se dictan normas para la exacción de cuotas sindicales de productor y de Empresa (BOE núm. 333).

<sup>222</sup> En su artículo Tercero, Uno, apartado k) (BOE núm. 96, de 8 de abril de 1976).

<sup>223</sup> En su artículo Segundo, Uno, apartado a) (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980).

<sup>224</sup> Sobre la evolución normativa, criterios definitorios de la figura y naturaleza de la relación del alto cargo en la doctrina española, véase ALMANSA PASTOR, J.M. «La exclusión de los altos cargos del derecho del trabajo español», *Revista de Política Social*, N° 71, 1966. Págs. 25-36.

<sup>225</sup> *Vid.* 220.

la normativa sobre el arrendamiento de servicios contenida en los cuerpos normativos civilistas iba dirigida, en ese momento, a un segmento de la población dedicado a trabajos u oficios manuales<sup>226</sup>, circunstancia que dificultaba la toma como referencia de dichos cuerpos en la regulación del trabajo directivo. Por contra, la normativa de carácter mercantil (a través del Código de Comercio de 1829 y el de 1885<sup>227</sup>) regulaba las figuras de los «factores mercantiles» o apoderados generales y de los «gerentes» de establecimientos de comercio o fabriles susceptibles de complementar la parcela de la regulación referida a los «auxiliares del comerciante» que no podía cubrirse en su totalidad por la entonces emergente normativa laboral<sup>228</sup>.

La llamada al reglamento en general<sup>229</sup> y, en particular, para la regulación de esta relación laboral de carácter especial, planteó problemas de constitucionalidad, en la línea apuntada anteriormente. En concreto, el debate se generó en torno a su naturaleza, al mecanismo utilizado en la Ley para encomendar al Gobierno la regulación de las relaciones laborales especiales y, en definitiva, a la creación de una regulación diferenciada ante la reguladora de la relación laboral común. En síntesis, la doctrina ha venido defendiendo tres posturas en torno a la técnica de delegación legislativa utilizada por el Estatuto de los Trabajadores.

La primera sustenta que el Estatuto produce una «deslegalización» de la materia, a través de dos tipos de argumentos. El primero es propugnado por la mayor parte de los autores y deriva de la consideración del artículo 35.2 de la Constitución Española como una reserva legal que afecta a la regulación de la situación jurídica del trabajador por cuenta ajena -en sentido amplio y omnicomprendivo tanto de las realidades comunes como especiales. Según esta tesis, la regulación vía reglamento vulneraría la mentada reserva de ley<sup>230</sup>. El segundo argumento se orienta hacia la consideración de que relación de trabajo individual ha sido tradicionalmente materia reservada formalmente a la ley (sin analizar el alcance -esto es, los aspectos básicos de la relación laboral o también sus especialidades- de la reserva legal de la

---

<sup>226</sup> Sobre los trabajos «ordinarios» o «mecánicos» véase MARTÍN VALVERDE, A. «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea (Coord. Montoya Melgar, A., Martín Valverde, A. y Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.), 1990.

<sup>227</sup> Real Decreto de 22 de agosto de 1885 (BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885).

<sup>228</sup> Sobre el proceso de «laboralización» de los altos directivos, véase MARTÍNEZ MORENO, C. *El trabajo de alta dirección... Op. Cit.*

<sup>229</sup> Nótese que el llamamiento al desarrollo reglamentario contenido en la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 no llegó a materializarse y se mantuvo la aplicación -en lo no contrario a aquélla- de la regulación preexistente a la aprobación de dicha Ley, distribuida en distintos cuerpos normativos. Sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ DE LENA, F. «Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986. Págs. 112-113.

<sup>230</sup> Sobre esta corriente, véase BORRAJO DACRUZ, E. «La nueva regulación de la relación especial del personal de alta dirección», *DL*, número monográfico, 1985, Pág. 17-20, reiterada en «El personal de alta dirección en la empresa», *Civitas, Revista Española de derecho del trabajo*, N° 22, 1985. Págs. 157-180.

Constitución), teniendo cabida el reglamento en su regulación de las relaciones laborales de carácter especial<sup>231</sup>.

La segunda corriente doctrinal defiende que la técnica de regulación constituye una «remisión normativa» que encarga al reglamento la regulación de las especialidades laborales, aun sin sustituir la normativa básica de aquella<sup>232</sup>. Sin embargo, la distribución de roles entre la ley y el reglamento no parece responder a una estructura en virtud de la cual la primera reconoce los derechos y deberes básicos para remitir al reglamento la ejecución, desarrollo y especificación de las particularidades de cada relación<sup>233</sup>.

Finalmente, la tercera postura doctrinal aboga por considerar tal delegación como «recepticia atípica», resultado de un producto normativo -«conformación normativa atípica»<sup>234</sup>- situado entre la norma con rango de ley y el reglamento considerando que, las relaciones laborales especiales, tienen una naturaleza anómala al cumplir, por un lado, con las exigencias constitucionales relativas a la delegación por una materia muy concreta (artículo 82.3 Constitución Española), pero infringiendo, por el otro, los requisitos de necesidad de respeto de las líneas básicas de regulación fijadas por la norma delegante (*ex* artículo 82.4 Constitución Española).

De entre las distintas opciones doctrinales, Martínez Moreno propugnó que la reserva de ley cobraba virtualidad en función de si se entendía o no como tal el mandato del contenido del artículo 35.2 de la Constitución Española, en virtud del cual se encomendaba al legislador la aprobación de un Estatuto de los Trabajadores<sup>235</sup>. Según la autora, acogiendo la tesis de Valdés Dal-Ré, la postura más reciente sería la más ajustada a la postura de los órganos judiciales, los cuales venido declarando que el artículo 2.1.b) del Estatuto de los Trabajadores y su disposición adicional 2ª no vulneran los principios constitucionales ni legales, negando su carácter discriminatorio o vulnerador del derecho constitucional a la igualdad<sup>236</sup>,

---

<sup>231</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El desarrollo reglamentario del Estatuto de los Trabajadores (1980-1982)», *Revista de Política Social*, N° 137, enero-marzo 1983; VALDÉS DAL-RÉ, F.L. «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, Núm. 26, mayo-agosto 1989.

<sup>232</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. «La relación laboral del Servicio de Hogar Familiar», «Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique De la Villa Gil, Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, (Coord. García-Perrote, I. y Palomeque López, M. C.), *Centro de Estudios Financieros (CEF)*, junio 2016. Págs. 809-841.

<sup>233</sup> Sobre la crítica a esta postura, véase MARTÍNEZ MORENO, C. *El trabajo de alta dirección... Op. Cit.*

<sup>234</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª. E. «Derecho del Trabajo», 26ª ed. Revisada, Madrid, Ed. Civitas, 2009; VALDÉS DAL-RÉ, F. *La potestad reglamentaria... Op. Cit.*

<sup>235</sup> MARTÍNEZ MORENO, C. *El trabajo de alta dirección... Op. Cit.*

<sup>236</sup> El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 49/1983, de 1 de junio (BOE núm.144, de 17 de junio de 1983), razona sobre la significación del principio de igualdad y niega su pretendido carácter discriminatorio y contrario a la tutela judicial efectiva, sobre la base de la diferencia real y objetiva que se produce en las relaciones laborales especiales frente a la ordinaria e incluso de aquéllas entre sí.



calificando el mecanismo como una «deslegalización del régimen jurídico aplicable a las relaciones laborales especiales», aunque condicionado al hecho que, una vez precluida la posibilidad de intervención normativa por haber transcurrido el plazo otorgado por la ley al Gobierno, queda vetada la posibilidad de regulación vía reglamento salvo que se habilite nuevo plazo a tal efecto<sup>237</sup>.

El esquema normativo que sigue la regulación de la relación especial de los altos cargos coincide sustancialmente con el de las demás relaciones laborales especiales, siendo muestra evidente de ello la evolución normativa de la regulación del trabajo doméstico en nuestro ordenamiento jurídico.

La prestación de servicios en el hogar familiar se remonta al propio inicio de nuestra sociedad, evolucionando en la medida en que ésta iba experimentando un progresivo proceso de visualización<sup>238</sup>. El origen de la regulación específica para dicha especialidad emergió ante la voluntad del legislador de extender la aplicación de las condiciones de trabajo a los trabajadores domésticos y los primeros intentos de regulación del trabajo a domicilio se sitúan en los primeros años del siglo XX, coetáneamente a la creación del Instituto de Reformas Sociales en 1903<sup>239</sup>. Dicho Instituto preparó dos proyectos de ley (1918 – 1919) sobre trabajo a domicilio, el primero de ellos de gran relevancia (de 5 de julio de 1918)<sup>240</sup> y que sirvieron de base del Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1926<sup>241</sup> y el reglamento aprobado por Real Decreto-Ley de 20 de octubre de 1927<sup>242</sup>; antecedentes inmediatos de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944<sup>243</sup>.

Por su lado, el Fuero del Trabajo (en su Declaración II, 1, final) de 1938<sup>244</sup> estableció, en términos programáticos, la futura regulación del «trabajo a domicilio», que se materializó a través de la mentada Ley del 1944<sup>245</sup>.

---

<sup>237</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E. *Derecho del Trabajo... Op. Cit.*

<sup>238</sup> Sobre la evolución de esta especial relación laboral, véase DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. «La relación laboral de los empleados de hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social», *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (23), 2011-I. Págs. 137-165.

<sup>239</sup> Fue creado a través del Real Decreto de 23 de abril de 1903 (Gaceta de Madrid n<sup>o</sup> 120, 30 de abril, págs. 371-372) y su objeto fue el estudio y propuesta de leyes y decretos que mejorasen la vida y condiciones laborales de las clases obreras, asumiendo las funciones que en otros países correspondían al Ministerio de Trabajo.

<sup>240</sup> El proyecto de 1919 siguió la misma línea conceptual que el de 1918, con ligeras alteraciones.

<sup>241</sup> Gaceta de Madrid, núm. 177, de 26 de junio de 1926.

<sup>242</sup> Gaceta de Madrid, núm. 266, de 23 de septiembre de 1927.

<sup>243</sup> *Vid.* 220.

<sup>244</sup> BOE núm. 505, de 10 de marzo de 1938.

<sup>245</sup> Sobre la evolución histórica de la regulación de la prestación de servicios en el hogar familiar, véase DE LA VILLA GIL, L.E. «Contrato de trabajo a domicilio» en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad de Madrid –Facultad de Derecho, Seminario de Derecho del Trabajo, 1965, Págs. 263-287; y «La relación laboral del Servicio de Hogar Familiar», *Documentación Laboral, Número Monográfico*, 1985. Páginas 190 y ss.

A nivel internacional, la definición del trabajo doméstico se encuentra regulada en el artículo 1.a) del Convenio 189 de la OIT<sup>246</sup>, bajo los términos de «el trabajo realizado para o dentro de un hogar o varios hogares». En el orden nacional español, el primer y extinto reglamento regulador del trabajo a domicilio como relación laboral de carácter especial ordenaba la materia retributiva, de tiempos de trabajo y modalidades extintivas, entre las cuales se encontraba el desistimiento del empleador, figura consistente con la confianza mutua que debe presidir en este tipo de relación; remitiéndose en otras materias (como las horas extraordinarias y permisos) a la regulación establecida en el Estatuto de los Trabajadores y, en inverso sentido, también excluía la aplicación de determinados preceptos de la norma sustantiva laboral común<sup>247</sup>.

Dicha norma reglamentaria fue sustituida por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre<sup>248</sup>, que supuso un cambio significativo en cuanto a la regulación de importantes materias laborales se refiere, confirmándose su naturaleza especial o particular aunada a las transformaciones de índole social que se han producido a lo largo de los más de veinticinco años transcurridos desde la primera regulación reglamentaria. En materia de protección social, se aprobó el Real Decreto-Ley 29/2012, sobre mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial de Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social<sup>249</sup>.

Como tercer botón de muestra de esta vía o técnica expansiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo se analizará el origen diacrónico normativo de la relación laboral que trae origen del presente estudio: la relación laboral de los estibadores portuarios; cuya regulación material se encuentra atribuida en una pluralidad de normas legislativas y reglamentarias ajenas al orden jurídico laboral, que se encargan de ordenar los derechos y deberes derivados de la contratación de trabajadores.

---

<sup>246</sup> C189- Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189).

<sup>247</sup> Real Decreto de 1 de agosto de 1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE nº193, de 13 de agosto de 1985). En su Disposición Adicional, establecía que «En lo no previsto en la presente norma será de aplicación la normativa laboral común, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación; expresamente no será de aplicación el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores».

<sup>248</sup> BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2011. Esta norma ha sido modificada, recientemente, por el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE núm. 216, de 8 de septiembre de 2022); cuya exposición de motivos alude a la STJUE de 24 de febrero de 2022 (Asunto C-389/20), en virtud de la cual se declararon incompatibles con el ordenamiento de la UE las normas de la Seguridad Social que situaran a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, sin estar justificada ésta por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo; circunstancia agravada por la elevada tasa de feminización del Sistema Especial del empleo en el hogar familiar.

<sup>249</sup> BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 2012.

Una clara expresión de la singularidad de esta relación laboral se situaba en la necesidad de disponer de un volumen suficiente de trabajadores para atender al servicio de la estiba y desestiba<sup>250</sup> (servicio portuario de manipulación de mercancías en los términos definidos por el artículo 130 de la LPEMM<sup>251</sup>), así como de formación (prevención de riesgos laborales *inclusive*) y capacitación profesional en el lugar en el cual se realizara la actividad laboral (tradicionalmente, con fuerte intervención pública en la ordenación del tráfico mercantil marítimo), elementos que en su conjunto recomendaban dotar el sistema de una vía o mecanismo diligente y rápido de contratación de trabajo<sup>252</sup>.

El complejo estatuto jurídico del colectivo de los estibadores portuarios tiene en su base un fuerte peso o componente de orden histórico y político<sup>253</sup>. La regulación del mercado de trabajo portuario en los estados europeos, tanto en los fascistas (desde los años 1920 y 1930) como en los demás tras la Segunda Guerra Mundial, marcó una influencia en la tendencia que acogió España entre 1939 y 1968.

Durante dicho período, la ordenación de la relación laboral de los estibadores portuarios se atribuyó en exclusiva al «Servicio de Trabajos Portuarios», y la regulación marco del momento fue el Reglamento Estatal de Trabajo Portuario de 6 de septiembre de 1939. Durante el periodo republicano, se habían promulgado diversas normativas generales dedicadas a regular el subsidio de accidentes de los trabajadores portuarios, aunque dichas normas se referían en exclusiva a dicho aspecto y en principio iban destinadas a los trabajadores temporales en general, y no al colectivo de portuarios en exclusiva<sup>254</sup>.

En este sentido, el sistema partía de un modelo en el cual habían sido los Sindicatos fascistas los encargados, durante la Guerra Civil, de llevar el control del mercado de trabajo, y cada Puerto contaba con unos Servicios Sindicales del Puerto que dependían del Sindicato de Transportes de la localidad portuaria correspondiente.

---

<sup>250</sup> En relación a las causas justificadoras de la relación laboral singular, que se identifican en las particularidades del tráfico marítimo y la discontinuidad de la actividad –denominada flujo de arribada–, fines de carácter social y de política laboral para garantizar cierta estabilidad en el empleo y razones de presión sindical, y que condicionaron la creación de una relación laboral singularmente más ventajosa y proteccionista al ser menos competitiva, véase MATORRAS DIAZ/CANEJA, A. y GARCIA DE LA ROJA, C. «La relación laboral especial de los estibadores portuarios», VV.AA. (Dir. Sempere Navarro, A.V. y Cardenal Carro), *Relaciones laborales y contratos con particularidades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011. Págs. 389-392.

<sup>251</sup> 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 (BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011).

<sup>252</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A. «Las relaciones laborales, especial y común de estiba portuaria», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N° 118, 2015, Ejemplar dedicado a *Derecho del Trabajo*. Págs. 267/314.

<sup>253</sup> Sobre la singularidad de la regulación del colectivo, véase ODRIONZOLA LANDERAS, A. «La especialidad en la relación laboral de los estibadores portuarios», Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Zarautz, 2001. Págs. 44 y ss.

<sup>254</sup> GELABERT, J. «La productividad en el trabajo en los puertos de España. Una aproximación a partir de las memorias de los Servicios de Trabajos Portuarios». 1957-1969. Año 2005. Págs. 1-12.

No fue hasta septiembre de 1939 que se aprobó la primera regulación en materia portuaria, a través de la Orden de 6 de septiembre de 1939<sup>255</sup>, que vino a regular el acceso al trabajo portuario a través de un elevado control público, por parte de los nuevos sindicatos del régimen, y que establecía que la autoridad pública era la encargada de fijar el número de trabajadores que debían formar parte de la plantilla del mismo, los cuales eran censados e incluidos en listas categorizadas, por parte del «Servicio de Trabajos Portuarios».

La autora Rodríguez Ramos, en su obra detalla la distribución del censo que incluía, esencialmente, los tres grupos siguientes de trabajadores: los «fijos de empresa», los «fijos del censo» y los «eventuales censados»<sup>256</sup>. Del examen de las tres modalidades instauradas por dicha Orden se colige que, ya en los orígenes del nacimiento de esta relación laboral, se empezaba a discernir el esquema triangular, el cual ha ido sufriendo transmuciones a propósito del cambio del papel y de las competencias propias de «empleador» asumidas por cada sujeto de la relación triangular.

Tras aprobarse el mentado Reglamento, en un contexto de decrecimiento de la intensidad del régimen franquista, los «Servicios Sindicales del Puerto» fueron sustituidos por la «Sección de Trabajos Portuarios» de cada puerto, mutando de una estructura eminentemente sindical, a otra más política, dependiente del Ministerio del Trabajo, y pasando a pender dichos organismos del Delegado Provincial del Trabajo de cada puerto<sup>257</sup>.

En definitiva, en la exégesis de dicha figura, a pesar de que la estructura de relaciones triangular (trabajador - empresa estibadora - organismo de control dependiente del ejecutivo) se mantendría en las subsiguientes reformas, las funciones asignadas al ente público se vieron potenciadas hasta pasar a ejercer un formal papel de empleador del cual en ese momento carecía.

Dicha política intervencionista en la gestión del trabajo portuario no tardó en evidenciarse. Así, durante el régimen franquista, el sistema de relaciones laborales que se implementó fue de índole intervencionista, dado el acuciante deseo de reequilibrar las potencias sociales y económicas quebradas, y que se alejaba, a través de su práctica proteccionista, de los principios democráticos de cualquier Estado. En este ámbito concreto, a través del Decreto 88/1968<sup>258</sup>, de 18 de enero, los «Servicios de Trabajos Portuarios» se transformaron en la «Organización de Trabajos Portuarios», la cual, tras diversas modificaciones, se mantuvo

---

<sup>255</sup> Reglamento Nacional de Trabajo Portuario dictada por la Orden de 6 de septiembre de 1939 del Ministerio de Trabajo (BOE de 28 de septiembre de 1939).

<sup>256</sup> Para un prolijo análisis sobre la evolución de la regulación que precedió en este particular sector, véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. «Marco y Contexto del Trabajo Portuario», *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Ed. Trotta, 1997. Págs. 25-44.

<sup>257</sup> Modificación del Reglamento del Trabajo de 6 de septiembre de 1939. Ministerio de Trabajo, 27 de marzo de 1943.

<sup>258</sup> Decreto 88/1968, de 18 de enero, de reorganización del Ministerio de Trabajo (BOE núm. 23, de 26 de enero de 1968).

vigente hasta 1986.

Por otro lado, se aprobó la Ley de Convenios Colectivos de 1973<sup>259</sup>, que sustituyó la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 24 de abril de 1958<sup>260</sup>, aunque no supuso un gran cambio con respecto a la primera. Frente al modelo intervencionista, que imperó durante la postguerra, se abrieron las puertas a una nueva era que debía permitir acoger la capacidad negociadora de los sujetos colectivos. Sin embargo, en ese periodo, las fuerzas sociales (canalizadas oficialmente a través de la Organización Sindical), en la práctica se desmarcaban de cualquier estructura institucionalizada para actuar a través de canales y vías paralelas.

La Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios de 1974<sup>261</sup>, que sustituyó la de 1969<sup>262</sup>, introdujo una regulación más detallada del sistema de relaciones laborales, en el marco de un contexto en el cual la intervención pública constituía el pilar básico del sistema de contratación y colocación de los trabajadores.

Resulta reseñable la estructura triangular de la relación laboral objeto de descripción en el artículo cinco de dicho Reglamento. Así, en ese momento ya se identificaba el triple sujeto en juego en la relación laboral (trabajadores, empresas y organismos rectores, administrativos o de vigilancia)<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> En su Texto se hacía constar la «necesidad de adecuar las normas sobre contratación colectiva a los específicos fines que aquélla señala a la Organización Sindical y de hacer realidad la actualización, con carácter progresivo y la agilización de los procedimientos de tramitación, aprobación y revisión de los Convenios» impuesta por la entrada en vigor de la nueva Ley Sindical y los postulados de los Planes de Desarrollo Económico y Social (BOE núm. 3, de 3 de enero de 1974).

<sup>260</sup> Orden por la que se aprueba la Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios (BOE núm. 81, de 4 de abril de 1974).

<sup>261</sup> Orden por la que se aprueba la Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios (BOE núm. 81, de 4 de abril de 1974).

<sup>262</sup> Orden por la que se aprueba la Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1969).

<sup>263</sup> La Orden de 1969 sometía al ámbito de aplicación de la Ordenanza a: a) Como trabajadores, los de las plantillas de trabajadores portuarios y, si los hubiere, los comprendidos en los registros nominativos para cubrir las necesidades de las operaciones en determinados días; b) Como empresas: 1. Las de estiba, armadores, consignatarios, agentes de aduanas, comisionistas de tránsito, contratistas portuarios y demás entidades que, previa inclusión en el Censo General de Empresas Portuarias que establezca la Junta de cada puerto, figuren asimismo en el Censo Especial de Empresas de la Organización de Trabajos Portuarios. 2. Las Juntas de Puertos y C.A. de Grupos de Puertos o sus Entidades delegadas, cuando actúen en régimen de empresas en operaciones de carga y descarga. 3. Las sociedades cooperativas definidas y comprendidas en la Ley de 3 de enero de 1942 y Reglamento para su aplicación de 11 de noviembre de 1943. 4. Los grupos o «collas» de trabajadores que, de acuerdo con los artículos 17 a 20 de la Ley del Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, realicen en los puertos faenas en común en los términos que señalan dichos preceptos legales. 5. Las sociedades laborales de trabajadores portuarios. c) Como Organismos rectores, administrativos o de vigilancia: La Organización de Trabajos Portuarios, a través de sus Secciones, Subsecciones y Representaciones y, dentro de las mismas, con sus oficinas administrativas, Juntas y Comisiones».

La sucesora Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios de 1974 enmendó el déficit regulador de su predecesora<sup>264</sup>, y nació con el objeto de regular todas las eventualidades que pudieran surgir de la ejecución de las labores portuarias en cada zona territorial portuaria. En este sentido, se aplicaba tanto a los «estibadores» (los que formaban parte de las plantillas y los que constaban en los registros nominativos), como a las entidades que constaban en el Censo Especial de Empresas Portuarias de la Organización de Trabajos Portuarios (O.T.P., en adelante).

El sistema de funcionamiento de dicho colectivo era el siguiente: la O.T.P. proporcionaba personal a las Empresas Portuarias, que eran las encargadas de ejecutar las operaciones y prestar los servicios regulados en el ámbito funcional de la Ordenanza. El Delegado de Trabajo debía fijar la relación de estibadores (llamados «trabajadores del censo») y concretar su categoría profesional.

En el artículo 14 se regulaban las «facultades de las Empresas», entre las cuales se incluían la fijación del número de trabajadores y la categoría y especialización que en cada tipo de tarea debían intervenir, reservándose la potestad de acordar dicho mínimo al «Comandante de Marina, el Ingeniero Director del puerto y el Delegado de Trabajo»<sup>265</sup>. En el artículo siguiente, se regulaba la intervención de la O.T.P. en similares términos a los que se regulaba la de las «Secciones de Trabajo Portuario» en el Reglamento precedente.

El personal subministrado por la O.T.P. podía cubrir tanto necesidades permanentes como temporales. Las permanentes, eran satisfechas por los denominados «Fijos de Empresa» (de la plantilla del puerto)<sup>266</sup> y, las eventuales, derivadas de incrementos de actividad imprevistas, se cubrían con «trabajadores del censo» que prestaban sus servicios en las Empresas Estibadoras a través del turno de rotación<sup>267</sup>. Por otro lado, también había trabajadores que formaban parte de la «plantilla de las Empresas Estibadoras», adscritos en exclusiva a las mismas, previa solicitud dirigida a la Organización local de Trabajos Portuarios para obtener su adscripción en exclusiva<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. «Marco y Contexto del Trabajo Portuario», *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Págs. 30-33.

<sup>265</sup> Las discrepancias surgidas en torno al mínimo de trabajadores debían resolverse por parte de la Dirección General de Trabajo, de acuerdo con las de Navegación y de Puertos y Señales Marítimas (artículo 11 de la Ordenanza de 1974).

<sup>266</sup> Artículo 30 de la Ordenanza de 1974: «Las Empresas, para integrar sus propias plantillas, solicitarán de la O.T.P. local el personal que precisen y que pueden elegir libremente entre los de la plantilla del puerto, sin más condicionamiento que en la medida impuesta sobre colocación de mayores de cuarenta años en la proporción que éstos existan en aquélla».

<sup>267</sup> Artículo 29 de la Ordenanza de 1974: «La colocación de los trabajadores comprendidos en esta Ordenanza, cuando no se trate de puestos expresamente determinados como de Libre elección, se efectuará por riguroso orden de rotación de la lista o listas de los trabajadores de la plantilla, y de existir, a continuación de entre los comprendidos en el Registro nominativo para cubrir las necesidades de las operaciones en determinados días».

<sup>268</sup> Artículo 28 de la Ordenanza de 1974: «Las Empresas podrán solicitar de la Organización Local de Trabajos Portuarios la adscripción, con carácter exclusivo, como trabajadores de la plantilla de la Empresa, de los que

En cualquier caso, la existencia del triángulo O.T.P., Empresa y trabajador, en ese momento ya evidenciaba potenciales conflictos prácticos derivados de las relaciones entre sí y de la necesidad de identificar y discernir las relaciones de carácter laboral entre los mismos. Ello derivaba, principalmente, del hecho que la Ordenanza atribuyera y disociara competencias, deberes y facultades vinculadas a la condición de empresario a distintas entidades (O.T.P. y Empresas Estibadoras), circunstancia que dificultaba la identificación del empleador real en los distintos ámbitos de la relación laboral: retribución, régimen disciplinario, poder de dirección, etc.

En materia de categorización de la relación laboral de los estibadores portuarios, debe significarse que el Estatuto de los Trabajadores de 1980<sup>269</sup>, rompiendo la tendencia inclusiva de la preconstitucional Ley de Relaciones Laborales de 1976 -en la cual, como mínimo, constaban los «trabajadores del mar» como colectivo con relación laboral «especial»-, en su redacción inicial omitió hacer figurar la misma como relación especial en su elenco clasificador del artículo segundo. Así, no fue hasta la aprobación de la Ley 32/1984, de 2 de agosto<sup>270</sup>, que la relación laboral especial de los estibadores portuarios pasó a sistematizarse y regularse junto con las demás relaciones especiales en su artículo segundo.

El Real Decreto 2302/1980, de 4 de octubre<sup>271</sup>, por su lado, reguló la estructura administrativa de las actividades laborales y empresariales en los puertos de interés general. Uno de los aspectos que marcó dicha norma y que se fue trasladando en los sucesivos cuerpos normativos que se fueron aprobando a partir de entonces, fue la importante asignación de competencias atribuidas a la Administración, como garante del servicio público, circunstancia que condicionó inexcusablemente el trabajo en los puertos.

En el artículo 1 del citado RD 2302/80, se identificaba a la O.T.P. como organismo autónomo del Estado de naturaleza administrativa, que debía actuar como Oficina Especial de Empleo para el sector portuario, asegurando la regularidad en el empleo de los estibadores del censo portuario a través de la gestión de las solicitudes que presentaban las Empresas Estibadoras. El detalle de las competencias de la O.T.P. se encontraba en el artículo 2, a

---

libremente elija entre los de la plantilla del puerto, y será de su cargo exclusivo el abono de las retribuciones directas que reglamentariamente les corresponda, sin perjuicio de que continúen como de la plantilla del puerto a los efectos de la liquidación de los devengos económicos diferidos y de los beneficios de la Seguridad Social. Las Empresas que soliciten la adscripción con carácter exclusiva para integrar su propia plantilla estarán sujetas a las prescripciones de carácter general sobre colocación de mayores de cuarenta años en la proporción que éstos existan en la plantilla del puerto.»

<sup>269</sup> Artículo Segundo de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980).

<sup>270</sup> Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores. En su Disposición Adicional Primera, segundo párrafo, de estableció que «la relación laboral de los estibadores portuarios se considerará de carácter especial, entendiéndose incluida entre las previstas en el artículo 2, punto 1 (BOE núm. 186, de 4 de agosto de 1984).

<sup>271</sup> BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1980.

través de sus correspondientes cinco apartados<sup>272</sup>.

El carácter mediador de la O.T.P., que ya se vislumbraba a través de la regulación del RD 2302/80, se confirmó a través de la Orden de 16 de junio de 1981, que desarrolló la primera, cuyo contenido material se centró en el ingreso al trabajo, la colocación de los estibadores, su régimen económico y el ejercicio de facultades directivas y sancionadoras. Por otro lado, en su artículo 1.2, descartaba la catalogación de dicha función de «aseguramiento regular del empleo» como propia de una relación jurídico-laboral entre la O.T.P. y los trabajadores, la cual se había plasmado en las regulaciones precedentes. Ello condicionó indefectiblemente el cambio de sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a las relaciones entre ambos.

El RD 2302/80 y la Orden de 1981 abogaron por atribuir a la O.T.P. la condición de Oficina Especial de Empleo<sup>273</sup> y, la jurisprudencia del momento no tardó en buscar elementos que contribuyeran a reforzar dicha atribución y a poder afirmar la existencia de relación laboral entre la O.T.P. y los estibadores portuarios, a pesar de que éstos últimos prestaran servicios según adscripción exclusiva a las Empresas portuarias<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> «Uno. Establecer la organización adecuada al objeto de facilitar a las Empresas el personal portuario que éstas soliciten, bien con carácter fijo u ocasional [...]. Dos. La gestión y administración de los fondos correspondientes para el pago de salarios [...]. Tres. La creación y sostenimiento de las instalaciones destinadas a Servicios administrativos, sanitarios y acción social [...]. Cuatro. La formación y perfeccionamiento de los Estibadores Portuarios [...]. Cinco. La colaboración en la aplicación de la Seguridad Social a los Estibadores portuarios.»

<sup>273</sup> La Organización de Trabajos Portuarios, constituida como Organismo autónomo del Estado de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Trabajo a través de la Subsecretaría del Departamento, tiene como cometido esencial, en cuanto Oficina Especial de Empleo para el sector portuario, el de asegurar la regularidad en el empleo de los estibadores del censo portuario, atendiendo las solicitudes que formulen las Empresas estibadoras, de acuerdo con la normativa vigente (artículo 1º RD 2302/80, de 24 de octubre, por el que se regula la estructura administrativa de las actividades laborales y empresariales en los puertos de interés general (BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1980).

<sup>274</sup> STS 14 de abril de 1983 [1983\1939]: «Que ciertamente la Organización de Trabajos Portuarios no es una mera oficina de colocación o empleo, sino que como señala la S. de esta Sala de 5 octubre 1982 (RJ 1982\6102) y reitera la de 15 diciembre de dicho año (RJ 1982\7816) «facilita a los estibadores la efectividad del trabajo, la garantía de percepción del salario y de prestaciones de Seguridad Social, otorgando una protección que no es la de una mera agencia de colocaciones, sino de contratación de servicios a través de persona u organismo interpuesto»; la Organización de Trabajos Portuarios según dispone el art. 1 del R. D. de 24 octubre 1980 (RCL 1980\2390 y 2472) y reitera el del mismo número de la O. de 16 junio 1981 (RCL 1981\1386), es Organismo Autónomo del Estado, cuya función primordial es asegurar la regularidad del empleo de los trabajadores inscritos en sus censos aparte de otras en relación con el abono de salarios, acción social, formación profesional, abono de cuotas de la Seguridad Social y seguridad e higiene -S. de 30 octubre 1982 (RJ 1982\6289)- correspondiéndole importantes funciones en relación con los estibadores portuarios; mas según señala el art. 1 de la O. de 1981 y del Decreto de 1980 «en ningún caso supondrá esta función (la de asegurar la regularidad del empleo de los estibadores) la existencia de relación jurídico laboral entre el organismo (la Organización de Trabajos Portuarios) y los mencionados trabajadores» -en la misma línea cita el M.º Fiscal la S. 24 enero 1977 (RJ 1977\1293) que contempla la situación anterior al Real Decreto de 1980- estableciendo el art. 4 de la citada Orden de 1981 que a los efectos de lo dispuesto en el art. 60 de la Ordenanza de Trabajo de Estibadores Portuarios de 29 marzo 1974, (RCL 1974\737, 977 y NDL 25441) la Organización de Trabajos Portuarios sólo satisfará los salarios en nombre de las empresas cuando éstas hayan efectuado provisión de fondos, y que en ningún caso adelantará fondos para pago de salarios; de ello se deduce que no tiene la Organización de Trabajos Portuarios legitimación pasiva como empresario en la relación laboral con el estibador [...]», STS 2 de julio de 1983 [1983\3701]: «delimitada la naturaleza primordial de la demandada como Oficina especial de empleo, sin carácter patronal respecto de los estibadores del censo; coincidiendo, el



En cualquier caso, más allá de las vacilaciones jurisprudenciales del momento, lo cierto y real es que existía una incongruencia entre el derecho positivo y la realidad material, que se vio reflejada en distintas Sentencias del Tribunal Central del Trabajo y de los Tribunales Superiores de Justicia que, si bien en general se decantaban por la no laboralidad de los vínculos en su mayoría, el criterio sufrió ciertas oscilaciones al respecto de la naturaleza de dicha vinculación.

La evolución normativa en la materia condujo a la aprobación de la Ley 32/1984, de 2 de agosto<sup>275</sup>, que vino a modificar el Estatuto de los Trabajadores de 1980, categorizando la relación laboral de los estibadores portuarios como «especial» en el artículo 2.1) e instándose a regular el régimen jurídico de la mentada relación en un plazo máximo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de la citada Ley.

De forma prácticamente coetánea, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 1.10.1985<sup>276</sup> marcó un punto de inflexión en la regulación de la relación laboral de los estibadores portuarios, declarando la nulidad del RD 2302/80 y de la Orden del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social de 16 de junio de 1981, por un defecto formal en el procedimiento de elaboración consistente en la falta de solicitud del preceptivo informe consultivo al Consejo de Estado.

Tras la anulación de la taxativa norma existente hasta ese momento, que de forma categórica venía a negar la laboralidad del vínculo entre la O.T.P. y los estibadores portuarios, el país se situó en un vacío legal que, aunado con los cambios en el sistema de relaciones laborales derivados de la aprobación de la Constitución Española de 1978, así como la incorporación de España en la Comunidad Económica Europea, propició que se realizara un ejercicio de reflexión profundo sobre la necesidad de dotar a las actividades portuarias de un marco regulador adecuado al contexto de ese momento.

Lamentablemente, la nueva regulación no nació de un cuerpo legislativo intensamente reflexionado, sino de un precipitado Real Decreto-Ley de urgencia (2/1986), de 23 de mayo sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques<sup>277</sup>, que vino a erigirse en la vía de ejecución del Gobierno para incorporar cambios e iniciativas que habían sido rechazados por los sindicatos, cuyo desarrollo reglamentario se llevó a cabo a través del Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo<sup>278</sup>. Ello originó una gran ola de huelgas y conflictos laborales en

---

documento del folio 8, no obstante el error mecanográfico en él detectable, revela que el demandante no trabajaba para dicho organismo autónomo, sino que a través del mismo lograba la colocación o trabajo diario que por turno correspondiese (...).

<sup>275</sup> Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm.186, de 4 de agosto de 1984).

<sup>276</sup> RJ 1985/4530.

<sup>277</sup> BOE núm.126, de 27 de mayo.

<sup>278</sup> Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba (BOE núm. 64, de 16 de marzo de 1987).

los puertos españoles, al considerarse dicha práctica del ejecutivo como un claro veto a la entrada de la negociación colectiva y una vía libre para la privatización del sector, con pérdida de protecciones antes garantizadas a través de la relación con la anterior O'TP.

A través de dicha Ley, se reguló la constitución de las Sociedades de Gestión de Estibadores Estatales (SEED), que vinieron a suceder a las anteriores O.T.P. Dichas Sociedades, constituidas como Sociedad Anónima pero con participación mayoritaria de la Autoridad Portuaria –en calidad de Administración- (al amparo del artículo 6.1.a de la Ley General Presupuestaria) tenían por objeto asegurar la profesionalidad de los trabajadores que desarrollaran actividades portuarias y la regularidad en la prestación de servicios en tales actividades, estableciéndose en el artículo 7 de dicho cuerpo normativo que contratarían en el ámbito de la relación laboral especial de estibadores portuarios a aquellos trabajadores necesarios para el desarrollo de tales tareas<sup>279</sup>.

A nivel legislativo, las Sociedades de Gestión de Estibadores Estatales se mantuvieron durante años hasta que evolucionaron hacia las Agrupaciones de Interés Económico (APIE, en adelante) a través de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre<sup>280</sup>, en virtud de las cuales los socios pasaron ser responsables mancomunadamente.

Posteriormente, se produjo la transformación de las APIE en Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP, de participación privada y constituidas por empresas titulares de licencias de prestación de servicios portuarios de manipulación de mercancías)<sup>281</sup>, a través de la Ley 33/2010, de 5 de agosto<sup>282</sup>, que posteriormente fue refundida a través del TRLPEMM y que pretendió profundizar en la liberalización recomendada por la Comisión Nacional de la Competencia<sup>283</sup>.

---

<sup>279</sup> «1. En cada puerto incluido en el ámbito de esta norma se constituirá una Sociedad Estatal, como Sociedad Anónima de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.a), de la Ley General Presupuestaria. Dichas Sociedades tendrán por objeto asegurar la profesionalidad de los trabajadores que desarrollen actividades portuarias y la regularidad en la prestación de servicios en tales actividades, a cuyo fin contratarán en el ámbito de la relación laboral especial de estibadores portuarios a aquellos trabajadores necesarios para el desarrollo de tales tareas, de acuerdo con lo previsto en los Títulos IV y V de este Real Decreto-ley. 2. La participación del Estado en el capital de dichas Sociedades será superior al 50 por 100 del mismo, consistiendo su aportación inicial en el patrimonio neto perteneciente en la actualidad al Organismo Autónomo Organización de Trabajos Portuarios, una vez que se cumplan las previsiones contenidas en la Disposición Transitoria Primera de la presente norma».

<sup>280</sup> Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003).

<sup>281</sup> Regidas por lo dispuesto en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y, supletoriamente, por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (antiguo artículo 142.2. del LPEMM, actualmente derogado por RD-Ley 8/2017).

<sup>282</sup> Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general (BOE núm. 191, de 7 de agosto de 2010).

<sup>283</sup> Sobre el marco normativo interdisciplinar y de referencia, su evolución y el fundamento complejo del establecimiento de un régimen laboral especial tras la aprobación del TRLP, véase MATORRAS DIAZ-CANEJA y GARCIA DE LA RIOJA, C. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Págs. 385-394.

Durante las distintas etapas legislativas que fueron sucediendo desde la incorporación de la relación laboral de los estibadores portuarios como especial en el Estatuto de los Trabajadores del 1980 –a través de la modificación operada a través de la antecitada Ley 32/1984<sup>284</sup>, su categorización se mantuvo incólume hasta que el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, superado por el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo<sup>285</sup> que, a través de Disposición Derogatoria, eliminó del elenco de relaciones laborales de carácter especial la de dicho colectivo, volviendo a concederles por silencio la condición o estatus de «común» o de relación «ordinaria» que tenían antes de la mentada modificación del Estatuto de los Trabajadores de 1980.

De la precedente evolución diacrónico-evolutiva de la normativa reguladora del sector se colige que el carácter especial de la relación de los estibadores portuarios se ha vinculado, tradicionalmente, a las propias manifestaciones del trabajo de la estiba y desestiba, caracterizado por la irregularidad de necesidades de mano de obra para la carga y descarga de buques, que a su vez debe compaginarse con la dotación de suficiente de personal -en términos cuantitativos y cualitativos- a efectos de permitir proporcionar a las empresas estibadoras el capital humano necesario en cada momento para poder dar respuesta a las necesidades derivadas de un mercado marítimo muy demandante.

A propósito de la dificultad de conjugar los anteriores axiomas (irregularidad de necesidades – necesidad de cualificación del capital) el legislador español configuró un desdoblamiento del vínculo laboral o relación laboral especial triangular que la convierte en única en nuestro sistema jurídico laboral, y que ha venido produciéndose entre dos empleadores distintos: por un lado, las SAGEP (anteriormente APIE o SEED) y, actualmente, Centros Portuarios de Empleo –CPE<sup>286</sup>-, que se encargan de contratar y ceder posteriormente a los trabajadores estibadores y, por otro lado, las empresas estibadoras, que a su vez cuentan con la autorización o licencia para prestar el servicio portuario de manipulación de mercancías. La vinculación triangular entre los tres sujetos (trabajador, SAGEP –ahora CPE- y empresa estibadora) se activaría en el momento en que la SAGEP o CPE cediera al trabajador en el momento requerido por la empresa estibadora, previa formación adecuada del mismo para el puesto de trabajo; al tiempo que mantendría viva su vinculación laboral con el mismo a través de una relación laboral especial -hasta la aprobación del RD-Ley 8/2017 que derogó esta catalogación- y común a partir de entonces, al tiempo que también habría mantenido, en el formato anterior a la reforma de 2017, una relación laboral común con la empresa estibadora hasta que se constituyeron los CPE como específicas ETT del sector.

---

<sup>284</sup> *Vid.* 275.

<sup>285</sup> *Vid.* 5.

<sup>286</sup> 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, desarrollando la figura de los Centros Portuarios de Empleo en su función de puesta a disposición o intermediación laboral (BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2019).

Si bien el análisis de esta relación laboral se desarrollará con mayor profusión en el capítulo tercero, la precedente evolución revela que la especialidad de la relación ha derivado de un sistema o realidad triangular el origen de cuya configuración se remonta a las históricas necesidades de conjugar la profesionalidad de la mano de obra con la flexibilidad en la contratación, materializado en la práctica a través el sistema de puesta a disposición o cesión antes aludido.

Sucedo, sin embargo, en la práctica, que históricamente no ha existido una distinción material relevante entre los derechos y deberes laborales derivados de la relación laboral especial (mantenida con las anteriores SAGEP) y la relación laboral común mantenida con la respectiva empresa estibadora; resurgiendo en este ámbito de nuevo el debate acerca de la idoneidad y justificación de la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo a través de la técnica normativa reguladora de una relación laboral al margen de la común, vinculado a la «especialidad» real de la causa. Veremos si esta aparente asimilación se mantiene tras la descategorización practicada a través de la reforma de 2017<sup>287</sup>, en virtud de la que se eliminó del elenco de relaciones laborales de carácter especial del artículo 2 del vigente ET; con los efectos que se abordarán en sede de conclusiones del presente estudio.

---

<sup>287</sup> *Vid.* 7.

## CAPÍTULO II. EL TRABAJO DE LA ESTIBA Y DESESTIBA EN EL PANORAMA INTERNACIONAL Y COMUNITARIO: DEBATES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIA APLICATIVA EN TORNO A LA ESPECIALIDAD DE LA ESTIBA PORTUARIA

### 2.1. El trabajo de la estiba y desestiba: marco internacional y comunitario de «hard law» y «soft law»

Una vez delimitada la relación laboral de la estiba portuaria a partir de una perspectiva taxonómica y de interrelación entre los distintos sujetos intervinientes procede, en este capítulo, enmarcar el trabajo en la estiba y desestiba en el ámbito del derecho internacional y del derecho comunitario. El trabajo portuario ha sido presentado en el precedente capítulo como botón de muestra de la expansión subjetiva del ámbito de aplicación del derecho del trabajo a través de las relaciones laborales de carácter especial y, en adelante, constituirá el punto de referencia funcional de la presente investigación.

La comunidad internacional, consciente de las particulares condiciones del trabajo portuario, a lo largo de la historia ha abordado este especial sistema de empleo a través de diversos convenios y recomendaciones aprobados por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT)<sup>288</sup>.

Las primeras ocasiones en que la CIT analizó el trabajo portuario se sitúan en 1929 y 1932, años en los cuales la CIT se centró en la prevención de accidentes de trabajo<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup>Las funciones de la CIT (también conocida como «parlamento mundial del trabajo»), integrada en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se centran en elaborar y adoptar normas internacionales del trabajo, que revisten la forma de convenios y recomendaciones y que, una vez adoptados, se someten a la ratificación de los Estados Miembros. A diferencia de los convenios, las recomendaciones no son vinculantes en el plano jurídico y sirven más bien como directivas tendientes a ayudar a los Estados Miembros a formular sus políticas nacionales. En general, completan un convenio, pero pueden también adoptarse de forma autónoma. La CIT también supervisa la aplicación de los mismos y, desde la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), se encarga de examinar el Informe Global preparado por la Oficina de la OIT. Asimismo, adopta resoluciones orientativas sobre política general y actividades futuras de la OIT y es un foro en el cual pueden debatirse con libertad las cuestiones sociales y laborales de relevancia en el mundo. Sobre la CIT, véase <https://www.ilo.org/ilc/AbouttheILC/lang-es/index.htm>

<sup>289</sup> C028-Convenio sobre la protección de cargadores de muelle contra los accidentes (1929) y C032- Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (27 de abril de 1932). El primero, fue retirado por decisión de la CIT en su 106ª reunión (2017), así como también lo fueron la R033 – Recomendación sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad), 1929, y R034 – Recomendación sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (consulta a las organizaciones), 1929; por decisión de la CIT en su 92ª reunión, 2004. El segundo, ha sido superado y actualmente está abierto a denuncia (30 octubre 2019 – 30 octubre 2020). La R040 – Recomendación sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad, 1932, vinculada al C032), también ha quedado superado. Otro Convenio coetáneo a los anteriores, todavía pendiente de revisión (Convenio

Posteriormente, la Comisión de Transportes Interiores (CTI) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) abordó, en unos términos más específicos, la regularización del empleo (1949), del bienestar (1954) y de la organización del trabajo portuario (1957), a través de la emisión de resoluciones y conclusiones que sirvieron de guía para los gobiernos, autoridades portuarias y agentes sociales<sup>290</sup>.

La proliferación de nuevos métodos de manipulación de cargas y mercancías en la industria portuaria ha sido una constante desde la Segunda Guerra Mundial, así como su impacto directo sobre el volumen de mano de obra requerida para llevar a cabo estas operaciones. El carácter ocasional inherente a este tipo de trabajo hizo necesario establecer un sistema de registro y colocación de trabajadores portuarios que pudiera garantizar un nivel de empleo y de ingresos suficiente. Los distintos aspectos susceptibles de necesario debate y regulación a fin de superar los problemas sociales vinculados a las reducciones del volumen de trabajadores como consecuencia de los nuevos métodos de manipulación de cargas condujeron a la convocatoria de una reunión tripartita sobre trabajo portuario por parte del Consejo de Administración de la OIT, que se celebró en Rotterdam en abril de 1969<sup>291</sup>. En dicha reunión se debatieron las respectivas funciones (de los gobiernos, organizaciones de empleadores y de trabajadores) y se consideró más idóneo que cada país tuviera libertad para aplicar las prácticas que se adaptaran mejor a su particular situación.

Asimismo, se constató la necesidad de abordar, específicamente, las repercusiones sociales derivadas de los cambios en los métodos de manipulación portuaria, la regularización del empleo y de los ingresos, las relaciones profesionales, la mejora de la eficacia del trabajo y las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores portuarios; a través de la posible adopción de un instrumento internacional. Este punto del orden del día fue incluido por el Consejo de Administración en la 57ª reunión de la CIT en 1972<sup>292</sup> que, tras intensos y prolongados debates, culminó con la decisión de adoptar un convenio acompañado de una recomendación, aunque con la abstención del grupo de empleadores. Ahora bien, los empleadores no tardaron en reconocer la necesidad de adoptar dichos instrumentos

---

Técnico), susceptible de denuncia desde 9.3.2022 y hasta 9.3.2023, es el C027- Sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929.

<sup>290</sup> Durante la 94ª reunión del Consejo de Administración de la OIT (Londres, 1945) se crearon las Comisiones de Industrias, cuyo objetivo era adaptar los mecanismos y métodos de la OIT a las necesidades urgentes de la post guerra. La CTI fue una de las siete Comisiones de industria de carácter tripartito que constituyó el Consejo. Sobre su constitución, véase 94ª reunión del Consejo de Administración (OIT). *Actas de la 94ª reunión del Consejo de Administración de la OIT*, Pág. 125. Londres, 25-31 de enero de 1945.

<sup>291</sup> En la 8ª reunión de la Comisión de Transportes Interiores (1966) se adoptó una resolución que motivó que el Consejo de Administración convocara esta reunión técnica tripartita sobre el trabajo portuario (abril de 1969, Rotterdam).

<sup>292</sup> En esta reunión, los distintos grupos no lograban ponerse de acuerdo sobre la forma que debía tener el instrumento internacional. Los miembros trabajadores estaban a favor de la adopción de un convenio que estableciera unos principios generales, acompañado de una recomendación que los desarrollara. Los miembros gubernamentales estaban divididos y los miembros empleadores se oponían a la existencia de dos instrumentos, dado que para éstos los trabajadores portuarios suponían una minoritaria parte de trabajadores del mundo y según su criterio el ajuste que precisaba el sector era de naturaleza coyuntural o temporal.

internacionales, aunque fuera con la condición de que el convenio fuese lo suficientemente flexible para aplicarse a las particulares y cambiantes condiciones de cada país según sus respectivas fases de desarrollo<sup>293</sup>.

Los dos instrumentos internacionales que se adoptaron por amplia mayoría fueron los primeros dirigidos a los trabajadores portuarios desde la adopción, en 1932, del C032: C137 OIT y R145<sup>294</sup>; ambos en 1973.

En el análisis de los citados instrumentos cobra especial relevancia el papel de las Comisiones de Expertos de la OIT y la naturaleza jurídica y relevancia de sus aportaciones, entre las que destacan las del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR, en adelante) constituido en el marco de su proceso de supervisión del cumplimiento de los estándares de derecho internacional («monitoring compliance<sup>295</sup>»).

En el ejercicio de su función, el CEACR lleva a cabo interpretaciones de estándares de derecho internacional y, a lo largo del tiempo, sus observaciones han ido adquiriendo una considerable fuerza moral, aunque no puede obviarse que en virtud del artículo 37 de la Constitución de la OIT<sup>296</sup> únicamente la Corte Internacional de Justicia es competente para tomar las decisiones definitivas concernientes a los Convenios de la OIT<sup>297</sup>. En este sentido, las observaciones del CEACR constituyen valoraciones sobre la adecuación de las legislaciones nacionales de un Estado Miembro con los Convenios que ha ratificado, pero no interpretaciones definitivas.

---

<sup>293</sup> El grupo de empleadores tomó conciencia de su idoneidad en la 58ª reunión de la CIT (1973).

<sup>294</sup> C137 – Convenio sobre el trabajo portuario, 1973 (núm. 137) y R145 – Recomendación sobre el trabajo portuario, 1973 (núm. 145). El Convenio se adoptó por 338 votos a favor, 24 abstenciones y ningún voto contrario. La Recomendación se adoptó por 328 votos a favor, 16 abstenciones y ningún voto contrario (Véase CIT, 58ª reunión, 1973, *Actas de las sesiones*, págs. 720, 723-726).

<sup>295</sup> El proceso de supervisión de la aplicación de los instrumentos internacionales ratificados ha desplegado sus efectos desde su primera inclusión en la Constitución de la OIT de 1919, que formó la Parte XIII del Tratado de Versalles. En concreto, el artículo 408 del Tratado de Versalles (actual artículo 22 de la Constitución de la OIT) introdujo el concepto de «mutual supervision», emergido del trabajo que condujo al desarrollo de la OIT, basado en la consigna de que todos los miembros de la OIT estarían obligados por los mismos convenios objeto de ratificación, evitándose de este modo la competencia desleal entre países. Sobre la composición y funcionamiento del CEACR, véase «The key role of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Monitoring Compliance with International Labour Standards». International Labour Office, *Geneva*, ILO, 2019. *Centenary Edition*. 2019.

<sup>296</sup> «1. Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta Constitución y de los convenios ulteriormente concluidos por los Miembros en virtud de las disposiciones de esta Constitución serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia para su resolución. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, el Consejo de Administración podrá formular y someter a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un tribunal encargado de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación de un convenio que le fuere referida por el Consejo de Administración o en virtud de los términos de dicho convenio. Cualquier fallo u opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia obligará a cualquier tribunal establecido en virtud del presente párrafo. Toda sentencia dictada por tal tribunal deberá ser comunicada a los Miembros de la Organización, y cualquier observación que éstos formulen al respecto deberá someterse a la Conferencia».

<sup>297</sup> «La Corte Internacional de Justicia podrá confirmar, modificar o anular las conclusiones o recomendaciones que pudiere haber formulado la comisión de encuesta».

Para llevar a cabo su tarea valorativa, en aplicación de los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>298</sup> es dable recurrir a los trabajos preparatorios de un instrumento internacional para interpretar de buena fe su contenido, según su contexto y a la luz de su objeto y fin en caso de ambigüedad, oscuridad o bien en el supuesto de que conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Así, en el marco de la OIT, se llevan a cabo referencias simultáneas al texto de la norma internacional del trabajo y a sus documentos preparatorios, con pleno respeto a las aportaciones realizadas por los mandantes tripartitos durante la elaboración de cada instrumento; concediendo el mismo valor a la triple voz (Trabajadores, Empleadores y Gobiernos) en aras a garantizarse que las opiniones de los interlocutores sociales se reflejen en las normas laborales y en la formulación de programas y políticas<sup>299</sup>.

El trabajo interpretativo de la CEACR desprende efectos e influencia más allá de las fronteras de la OIT, siendo concebido por los Empleadores como una forma o suerte de jurisprudencia de normas laborales de derecho indicativo («soft law jurisprudence»<sup>300</sup>). Generalmente, el papel de la CEACR en la interpretación de los Convenios internacionales se ha considerado inherente a sus tareas de supervisión de la aplicación de los estándares de derecho laboral internacional y del análisis de la práctica de los estados<sup>301</sup>.

A tal fin, la CEACR ha ido desarrollando el significado propio de los instrumentos internacionales y ha delimitado su alcance, en determinados casos extendiéndolo más allá de lo previsto en el momento en que fueron adoptados. La tarea interpretativa se revela como ineludible ante contenidos o conceptos vagos o genéricos que precisan flexibilidad en la

---

<sup>298</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 (entrada en vigor: 27 de enero de 1980).

<sup>299</sup> «The key role of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Monitoring Compliance with International Labour Standards». International Labour Office, *Geneva*, ILO, 2019. *Centenary Edition*, 2019, Pág. 23.

<sup>300</sup> Sobre el alcance, dimensiones, significado y efectos de la yuxtaposición de los términos «soft law» y la «jurisprudence» de la CEACR, véase LA HOVARY, C. «The ILO's supervisory bodies 'soft law jurisprudence'» en BLACKETT, A. y TREBILCOCK, A. «Research Handbook on Transnational Labour Law». Págs. 316-328. Este artículo fue inicialmente presentado, en junio de 2013, en la «Labour Law Research Network Conference».

<sup>301</sup> Sobre el papel de los órganos de supervisión de la aplicación de los estándares de derecho internacional laboral en el marco de la OIT (ILO's Supervisory bodies), su constante presencia como «soft law» en la configuración e interpretación de la regulación laboral nacional susceptible de colisionar con los Convenios de la OIT («hard law») como una realidad autónoma o independiente del orden interno -a pesar de su incorporación en el ordenamiento a través del mecanismo de la ratificación-, así como sobre el debate dicotómico entre la efectividad *versus* la fuerza aplicativa o vinculante de las orientaciones emanadas de los Comités de Expertos de la OIT; véase KALULA, E. (*University of Cape Town*) y LÓPEZ, J. (*Universitat Pompeu Fabra*). «The ILO Supervisory Bodies at a Crossroads: A Discussion», en las ponencias presentadas en el curso de *Transnational Futures of International Labour Law (La justice sociale dans le monde du travail)*, impartido en el marco del «Labour law and development research laboratory» de la Universidad McGill (Canadá), enero 2020. <https://www.mcgill.ca/lldrl/what-we-teach/tfill>.



implementación<sup>302</sup>, al tiempo que el carácter sucinto de determinados Convenios precisa ser reforzado o completado a fin de verificar el cumplimiento nacional de los instrumentos internacionales ratificados.

Las interpretaciones de la CEACR, no vinculantes, han sido concebidas como problemáticas en el marco de la OIT; siendo exponentes de ello las críticas del grupo de Empleadores (emergidas en junio de 2012) en el sentido de identificarse como una forma de «soft law labour standards jurisprudence», construidas en base a interpretaciones de Convenios, con influencia fuera del ámbito de la OIT.

La preocupación del grupo de Empleadores sobre la naturaleza de las observaciones de la CEACR llevó a que se discutiera sobre el carácter de «soft law jurisprudence» de sus pronunciamientos en el marco de la CIT<sup>303</sup>, más allá de las consideraciones emanadas, al respecto de esta cuestión, del propio ámbito de la CEACR<sup>304</sup>.

En cualquier caso, los pronunciamientos de la CEACR han tenido una considerable influencia en otros órganos de control de la OIT y, por ese motivo, en parte de la doctrina científica se identifican abundantes referencias a los «case law» o «jurisprudence» de los órganos de supervisión de la OIT.; sin perjuicio de que el uso de este término no esté exento de críticas y matices por los motivos antes expresados<sup>305</sup>.

Las precedentes consideraciones en torno a la relevancia del papel de los Comités de Expertos de la OIT y a la naturaleza de sus aportaciones deberán servir como referente valorativo en el análisis de los instrumentos internacionales que se llevará a cabo a continuación, pudiéndose leer en clave de «soft law» determinadas cuestiones no reguladas por el instrumento vinculante y que forman parte del acervo valorativo de la CEACR.

---

<sup>302</sup> Véase POLITAKIS, G.P., «Deconstructing flexibility in international labour Conventions», en la Parte 4 (Constitutional Theory and Current Issues) de *Les Normes Internationales Du Travail: Un Patrimoine Pour l'Avenir* (Jean-Claude Javillier et Bernard Gernigon), Bureau international du Travail, Genève, 2004, Págs. 463-492.

<sup>303</sup> «Report of the Committee of Experts, General Report», en la 78ª Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT).

<sup>304</sup> Según Claire Hovary, en *Research Handbook on Transnational... Op. Cit.* Pág. 319 y ss. el uso del término «jurisprudencia» podría ser considerado, especialmente por los abogados nacionales que siguen la tradición del «common law», como totalmente erróneo. En los términos que afirmó la CEACR, sus comentarios y evaluaciones «no prevalecen erga omnes». Considera la autora que, en parte, por esta razón, los Empleadores en 2000 recordaron que la Comisión de Expertos había manifestado en numerosas ocasiones que no tenía las funciones propias de un órgano judicial, por lo que sus comentarios no se podían elevar a la categoría de «jurisprudencia». Sin embargo, recuerda Hovary que la CEACR también señaló, en su Informe General de 1977, que los estándares son internacionales y la forma en que se implementan debe ser uniforme y no verse afectada por conceptos derivados de aspectos sociales o económicos.

<sup>305</sup> ALSTON, PHILIP. «Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda», *The European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 3, EJIL 2005; VALTICOS, N. & VON POTOBOSKY, G. «International labour law», 2ª Ed., 1995 y SERVAIS, J-M. «International Labour Law», 6ª Ed., junio 2020.

a) El Convenio 137 (C137) y la Recomendación 145 (R145) como instrumentos de «hard law» y «soft law» en el marco de la OIT

El ámbito subjetivo de aplicación del C137 y de la R145 de la OIT se detalla en su respectivo artículo primero, circunscribiéndose a «las personas que se dedican al trabajo portuario de manera regular y que obtienen de este trabajo la mayor parte de sus ingresos»<sup>306</sup>.

Ambos instrumentos se presentan a través de un Preámbulo que toma en consideración determinadas circunstancias para impulsar la adopción de disposiciones favorables a la regularización del empleo y a la estabilidad de los ingresos u otras medidas que mejoren las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores portuarios, así como su seguridad e higiene. Los cambios producidos en los procedimientos de manipulación de cargas en los puertos<sup>307</sup> y en el movimiento de las mercancías; el impacto positivo a nivel socioeconómico en cada país de dichos cambios, las repercusiones sobre la organización del empleo en los puertos y en las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores portuarios son, en esencia, los aspectos materiales que contextualizan, en el Preámbulo que precede a su articulado, la adopción de cada respectivo instrumento internacional, en aras a facilitar su posterior ratificación por parte de los Estados Miembros de la comunidad internacional<sup>308</sup>.

El Convenio núm. 137, en su condición de tratado internacional legalmente vinculante a través del mecanismo de la ratificación, regula principios generales e insta a la política nacional a promover medidas que aseguren el empleo permanente o regular, así como períodos mínimos de empleo o ingresos mínimos para los trabajadores portuarios<sup>309</sup>. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) ha significado, según apunta el Informe III (Parte 1B) de la CIT<sup>310</sup>, que la remuneración debería ser lo suficientemente elevada para permitir que los trabajadores portuarios vivieran decentemente sin tener que realizar una jornada extraordinaria, primas o compensaciones especiales al margen. No puede obviarse una breve alusión, en este orden del debate, al instrumento internacional que reconoce el principio en función del cual «al fijar el nivel

---

<sup>306</sup> El párrafo segundo de la R145 pretende facilitar la definición de las expresiones «trabajador portuario» y «trabajo portuario», posibilitando la realización de consultas y la participación en las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, en unos términos que tomen en consideración los nuevos métodos de manipulación de cargas y sus efectos sobre las distintas tareas de los trabajadores portuarios.

<sup>307</sup> El Preámbulo de ambos instrumentos ejemplifica estos cambios a través de los siguientes métodos: unidades de carga, sistemas de trasbordo horizontal (roll-on/roll-off) y aumento de la mecanización y de la automoción.

<sup>308</sup> El C137 tiene la condición de tratado internacional legalmente vinculante y susceptible de ratificación por parte de los Estados Miembros. En cambio, la R145 no es jurídicamente vinculante y recoge directrices a modo de complemento del convenio, con el fin de facilitar su aplicación.

<sup>309</sup> Artículo 2, párrafo 1 y párrafo 2, respectivamente, del Convenio núm. 137. En la Recomendación núm. 145, se referencia en distintas disposiciones, especialmente, a propósito de los nuevos métodos de manipulación (párrafo 34).

<sup>310</sup> CIT, 90.<sup>a</sup> reunión, 2002; Informe III (Parte 1B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. «Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973»; Pág. 77, pár. 160.

mínimo de vida, deberán tomarse en cuenta necesidades familiares de los trabajadores, de carácter esencial, tales como los alimentos y su valor nutritivo, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y la educación»<sup>311</sup>.

A estos efectos, regula la llevanza de registros de trabajadores, revisables periódicamente, en función de las necesidades de cada puerto<sup>312</sup>. Los trabajadores deberían manifestar su disponibilidad para prestar servicios, según la legislación nacional de cada Estado. La cooperación de las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores se erige en pieza fundamental para lograr los máximos beneficios sociales de los nuevos métodos de manipulación. Por último, también se consigna el deber de regularse disposiciones adecuadas en materia de seguridad, higiene, bienestar y formación profesional por parte de cada Estado Miembro<sup>313</sup>. La aplicación de las disposiciones del Convenio compete a cada legislación nacional, en la medida en que se apliquen por contratos colectivos, laudos arbitrales u otro medio conforme a la práctica nacional<sup>314</sup>.

A propósito de la necesidad de dotar a los Estados de directrices que faciliten la aplicación del citado tratado internacional, la R145<sup>315</sup> incide, especialmente, en la mejora de la situación de los trabajadores portuarios frente a los constantes cambios de los métodos de manipulación. A tal efecto, realiza un llamamiento a mecanismos paritarios profesionales que examine las repercusiones, inmediatas y futuras, de estos nuevos métodos de manipulación sobre la mano de obra, incidiendo, en su apartado III sobre «Regularización del Empleo y de los Ingresos» en la importancia de asegurar el empleo permanente o regular, adaptar el número de trabajadores de los registros o incluso llegar a afectar mano de obra en caso de que los trabajadores portuarios no tengan empleo permanente o regular con un determinado empleador.

---

<sup>311</sup> Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (núm. 117). Artículo 5.

<sup>312</sup> En virtud del artículo 3 del Convenio núm. 137 y el párrafo 11 de la Recomendación núm. 145, deberían establecerse y llevarse registros de todas las categorías de trabajadores portuarios, en la forma determinada por la legislación o práctica nacionales. Según el párrafo 15 de la Recomendación «No debería normalmente emplearse como trabajador portuario a quien no esté registrado como tal. En casos excepcionales, cuando todos los trabajadores portuarios registrados estén empleados, podría contratarse a otros trabajadores».

<sup>313</sup> Artículo 6 del Convenio núm. 137 y párrafo 31 de la Recomendación núm. 145. Según la CEACR de la OIT, existe una íntima vinculación entre la política de empleo y los programas de orientación y de formación profesional. Este principio está consagrado en el Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 142) y la Recomendación núm. 150 que la completa. Véase, sobre esta estrecha relación, el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), y la Recomendación sobre la política de empleo, 1964 (núm. 122); la Recomendación sobre los programas especiales para los jóvenes, 1970 (núm. 136) y la Recomendación (núm. 168) sobre la readaptación profesional (personas inválidas), 1983.

<sup>314</sup> Estas materias son reguladas por las disposiciones 1-7 del C137 (1973).

<sup>315</sup> La R145 se estructura en los siguientes apartados: I. Campo de Aplicación y Definiciones; II. Repercusiones de los Cambios en los Métodos de Manipulación de la Carga; III. Regularización del Empleo y de los Ingresos (A. Empleo Permanente o Regular, B. Garantías de empleo o de ingresos, C. Registro, D. Ajuste del número de inscritos en los registros, E. Distribución de la Mano de Obra); IV. Relaciones de Trabajo; V. Organización del Trabajo Portuario; VI. Condiciones de Trabajo y de Vida; VII. Disposiciones Varias.

En virtud del artículo 1 del Convenio y de los párrafos 1 y 2 de la Recomendación, el ámbito subjetivo de aplicación de estos instrumentos es «las personas que se dedican al trabajo portuario de manera regular y que obtienen de ese trabajo la mayor parte de sus ingresos anuales». El desarrollo de las expresiones «trabajadores portuarios» y «trabajo portuario», a criterio de la CEACR, se debían dejar a la legislación o a la práctica nacional (por ejemplo, a través de los convenios colectivos)<sup>316</sup>. Ciertamente, del análisis del contenido de ambos instrumentos se observa, tal y como significaba el Informe III (Parte 1B) de la CIT<sup>317</sup>, que no se detalla el modo de determinar la condición de «trabajador portuario» o del «trabajo portuario» y, a modo de ejemplo, ha de significarse que algunos países (como Suecia o Costa Rica) que han ratificado el Convenio no disponen de disposiciones con rango legal que definan tales categorías o conceptos, debiéndose buscar en regulaciones convencionales.

Del apartado IV de la Recomendación núm. 145 resulta especialmente elocuente la relevancia que se otorga a los mecanismos mixtos de consultas, no únicamente para abordar los denominados «problemas corrientes» (en términos de la Recomendación) sino también para obtener acuerdos globales que abarcaran el conjunto de medidas sociales para hacer frente a las repercusiones de los nuevos métodos de manipulación de mercancías; sin olvidar la trascendencia de las materias de seguridad, higiene, bienestar y formación procesional<sup>318</sup>, duración del trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas y trabajo por turnos (apartados V y VI de este instrumento jurídico orientador).

El tiempo de trabajo es una cuestión brevemente abordada en la Recomendación, cuyo cuerpo refiere que «las normas relativas a duración del trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas y condiciones análogas no deberían ser menos favorables para los trabajadores portuarios que para la mayoría de los trabajadores de las empresas industriales»<sup>319</sup>, si bien según la Comisión CEACR, la naturaleza ocasional del trabajo portuario o sus necesidades

---

<sup>316</sup> Esta conclusión se alcanzó tras indicarse, en el informe presentado a la 57.<sup>a</sup> reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) para el primer debate sobre la adopción de estos instrumentos, que la mayor parte de los gobiernos consideraron que la expresión «trabajo portuario» debía extenderse a todo trabajador ocupado en la manipulación de mercancías en un puerto, tanto en tierra como a bordo de los buques, aunque otros mostraron sus reservas y se manifestaron a favor de que la legislación y prácticas nacionales de cada país definieran el significado de dicha expresión. CIT, 90.<sup>a</sup> reunión, 2002; Informe III (Parte 1B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. «Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973»; Capítulo II; Págs.48-50.

<sup>317</sup> *Vid.* 310.

<sup>318</sup> El Convenio núm. 137 y la Recomendación núm. 145 no prescriben la forma en la cual debe llevarse a cabo la formación (en el marco de la empresa o fuera de ésta, dirigirse a todos los trabajadores o adaptarse a cada empresa, etc.). Estas modalidades de formación dependen de la disponibilidad, la existencia y el coste de los institutos de formación, el volumen de manipulaciones y de la idoneidad o carácter apropiado para la empresa de lo que es objeto de formación. Sobre la Formación Profesional, véase CIT, 90.<sup>a</sup> reunión, 2002; Informe III (Parte 1B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación... Op. Cit.* Págs.70-74, pár.145-153.

<sup>319</sup> Párrafo 32 (apartado VI. Condiciones de Trabajo y de Vida).

económicas no deberían justificar una duración del trabajo indebidamente prolongada<sup>320</sup>. En relación a esta materia, la CIT ya adoptó el Convenio sobre horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1)<sup>321</sup>, aplicable expresamente a «la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos y almacenes». El descanso semanal, se regula en el Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (núm. 14), aplicable a la industria portuaria<sup>322</sup>.

La materia prestacional es obviada en el Convenio núm. 137 y únicamente la Recomendación prevé disposiciones para los supuestos de inactividad o reducción inevitable de la fuerza de trabajo, mencionando sistemas de pensiones y de jubilación<sup>323</sup>; aunque la Comisión CEACR, en su tarea de recopilación de memorias informativas de los países, observó que la mayor parte de ellos no disponían de un régimen de seguridad social específico para los trabajadores portuarios<sup>324</sup>.

En definitiva, de cuanto precede puede colegirse que tanto el Convenio núm. 137 como la Recomendación núm. 145 fueron creados para dotar unos mínimos de protección social susceptibles de aplicarse en cualquier país, con independencia de su nivel de desarrollo, su estructura económica o infraestructura social, siendo prueba de ello la gran flexibilidad otorgada a los Estados Miembros para llevar a cabo su implementación.

El Convenio núm. 137 entró en vigor el 24 de julio de 1975 y, hasta fecha de hoy, ha sido ratificado por un total de 25 países<sup>325</sup> (el Reino de España, el 22 de abril de 1975), habiendo sido objeto de una denuncia por parte de Países Bajos. En el marco de la Unión Europea, únicamente once países lo han ratificado (España, Finlandia, Francia, Italia, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia y Países Bajos), quedando gran parte de la zona costera de la

---

<sup>320</sup> CIT, 90.<sup>a</sup> reunión, 2002; Informe III (Parte 1B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. «Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973»; pág. 78, pár. 162.

<sup>321</sup> Ratificado por 52 Estados y denunciado por Nueva Zelanda.

<sup>322</sup> La CEACR ya advertía, según recoge el Informe III (Parte 1B) de la CIT *Op cit.*, que en la industria portuaria puede imponerse la necesidad de trabajar los días de descanso en caso de régimen a turnos, aunque en la medida de lo posible debería realizarse la fórmula del descanso compensatorio en aras a la preservación de la salud y el rendimiento de la mano de obra; Pág. 79, pár. 165.

<sup>323</sup> Párrafos 8.c, 10 y 35; respectivamente.

<sup>324</sup> Según recoge el Informe III (Parte 1B) de la CIT *Op cit.* Pág. 79-80, pár. 167.

<sup>325</sup> Los 25 países que lo han ratificado, son: Afganistán, 16 de mayo de 1979 (En vigor); Australia, 25 de junio de 1974 (En vigor); Brasil, 12 de agosto 1994 (En vigor); Costa Rica, 3 de julio de 1975 (En vigor); Cuba, 7 de enero de 1975 (En vigor); Egipto, 4 de agosto de 1982 (En vigor); España, 22 de abril de 1975 (En vigor); Federación de Rusia, 14 de julio de 2004 (En vigor); Finlandia, 13 de enero de 1976 (En vigor); Francia, 15 de febrero de 1977 (En vigor); Guyana, 10 de enero de 1983 (En vigor); Iraq, 9 de marzo de 1978 (En vigor); Italia, 23 de junio de 1981 (En vigor); Kenya, 9 de abril de 1979 (En vigor); Mauricio, 18 de marzo de 2003 (En vigor); Nicaragua, 1 de octubre de 1981 (En vigor); Nigeria, 22 de marzo de 2004 (En vigor); Noruega, 21 de octubre de 1974 (En vigor); Países Bajos, 14 de septiembre de 1976 (Denunciado el 17 febrero 2006); Polonia, 22 de febrero de 1979 (En vigor); Portugal, 9 de enero de 1981 (En vigor); República Unida de Tanzania, 30 de mayo de 1983 (En vigor); Rumania, 28 de octubre de 1975 (En vigor), Suecia, 24 de julio de 1974 (En vigor); Uruguay, 31 de julio de 1980 (En vigor).

Unión y determinados puertos principales europeos (Amberes, Róterdam, Hamburgo o Bermen-Bremerhaven) fuera de su ámbito de aplicación<sup>326</sup>. Aunque no se trate de una tasa de ratificación elevada, se aproxima al número de ratificaciones registradas para otro Convenio referente en este sector, esto es, el Convenio sobre Seguridad e Higiene (trabajos portuarios), de 1979 (núm. 152)<sup>327</sup>.

La voluntad de la Conferencia en el 1973, al adoptar los instrumentos internacionales, era lograr mejorar la regularización del empleo de los trabajadores portuarios en un contexto de proliferación de nuevos métodos de manipulación de cargas, estabilizar sus ingresos y, en definitiva, favorecer sus condiciones de trabajo, seguridad e higiene en los puertos. A pesar de ello, la Conferencia no era ajena al posible impacto negativo que podían producir los nuevos métodos sobre el nivel de empleo, y por ello pretendió que dichos instrumentos sentaran sus bases sobre los siguientes dos principales objetivos: por un lado, ofrecer una protección en su vida profesional a través de medidas sobre sus condiciones de acceso al empleo y condiciones en el desarrollo del trabajo y; por otro, prever y gestionar, de la forma más favorable posible, las variaciones del trabajo y los contingentes necesarios<sup>328</sup>.

Desde el inicio de la década de los noventa, se desarrolló el transporte multimodal, se intensificó la competencia entre puertos regionales y las redes marítimas y portuarias globales crecieron, se consolidaron y contribuyeron a acelerar un proceso de modernización progresiva. En este contexto de renovación, las complejidades inherentes a la aplicación del instrumento internacional de referencia fueron llamadas a estudio por parte de la Conferencia Internacional del Trabajo, en su 90ª reunión celebrada en 2002, a través de su «Informe III (Parte 1B) sobre el Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973»<sup>329</sup>, cuyos antecedentes y contextualización fueron los que se expondrán a continuación.

Como consecuencia de los debates que tuvieron lugar durante la 82ª reunión de la CIT (1994), durante la celebración del 75º aniversario de la OIT, en la 262ª reunión (marzo-abril 1995) del Consejo de Administración de la OIT se creó un Grupo de Trabajo sobre política de revisión de normas en el seno de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo (LILS)<sup>330</sup>.

---

<sup>326</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. «El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro». *TEMAS LABORALES* núm. 142/2018. Págs. 106-108.

<sup>327</sup> A fecha de hoy, registra un total de 27 ratificaciones y ninguna denuncia.

<sup>328</sup> CIT, 90.ª reunión, 2002; Informe III (Parte 1B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145)* ... *Op. Cit.* Pág.103, pár. 226.

<sup>329</sup> CIT, 90.ª reunión, 2002; Informe III (Parte 1B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. «Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973», Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución de la OIT).

<sup>330</sup> La Mesa de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo está compuesta por un Presidente (un miembro gubernamental), un Vicepresidente de los empleadores y un Vicepresidente de los trabajadores (designados por sus Grupos respectivos) y es nombrada por toda la duración del mandato del

Durante la reunión tripartita que se celebró el 1996 sobre problemas sociales y laborales ocasionados por determinados ajustes estructurales en la industria portuaria<sup>331</sup>, se evidenció la existencia de opiniones muy divididas sobre la pertinencia del Convenio núm. 137.

En noviembre de 1997, el Grupo de Trabajo creado en el seno de la Comisión LILS celebró su quinta reunión, en la cual se examinó el Convenio núm. 137 a efectos de analizar sus necesidades de revisión, con opiniones dispares sobre su pertinencia. Los representantes de los trabajadores defendían la necesidad de ratificarse, mientras que los representantes de los empleadores mantuvieron que había quedado obsoleto bajo la convicción de que «no responde a las necesidades actuales del sector portuario»<sup>332</sup>. La reunión finalizó con una resolución por medio de la que se solicitaba a la Oficina la elaboración de un estudio sobre las dificultades de los Estados Miembros respecto a la ratificación y aplicación del Convenio núm. 137. En este contexto, el Grupo de Trabajo propuso mantener el *statu quo* del Convenio y solicitar a la Comisión de Expertos un Estudio general sobre su aplicación<sup>333</sup>.

El Estudio recogido en el Informe III de la CIT (90ª reunión), sin embargo, se vio limitado a la hora de recoger todas las dificultades de ratificación o de aplicación, dado que no todos los gobiernos proporcionaron la información oportuna y necesaria a los efectos pretendidos<sup>334</sup>. En sus conclusiones, una vez analizada la legislación y la práctica de los Estados Miembros, la Comisión significó la existencia de múltiples puntos de convergencia

---

Consejo de Administración (3 años). A la Comisión LILS le compete ocuparse de: los asuntos constitucionales, reglamentos (Conferencia Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, reuniones regionales y reuniones sectoriales), actividades y procedimientos relativos a las normas de la OIT, acciones relativas a la protección de derechos humanos (en particular, la eliminación de la discriminación basada en motivos de raza y sexo), los instrumentos jurídicos internacionales y las decisiones judiciales que afectan a la labor normativa de la OIT, los acuerdos jurídicos celebrados por la OIT con otras organizaciones internacionales (excepto en el ámbito de la cooperación técnica). La Comisión LILS se reúne durante las reuniones de primavera y otoño del Consejo de Administración.

<sup>331</sup> Véase el «Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre los problemas de carácter social y laboral producidos por los ajustes estructurales en la industria portuaria», OIT, Ginebra, 1996.

<sup>332</sup> «Reunión tripartita sobre los problemas de carácter social y laboral producidos por los ajustes estructurales en la industria portuaria», Ginebra, 20-24 de mayo de 1996, *Nota sobre las labores*, documento TMPI/1996/10, párrafos 31-32.

<sup>333</sup> Las propuestas del Grupo de Trabajo, que fueron aprobadas por el Consejo de Administración fueron las siguientes: a) Recomendar al Consejo de Administración que se mantuviera el *statu quo* en relación con el Convenio núm. 137, invitar a los Estados Miembros a que comunicaran memorias en virtud del artículo 19 de la Constitución y solicitar a la Comisión de Expertos que realizara un estudio general sobre la materia; b) que el Grupo de Trabajo (o la Comisión LILS) volviera a examinar la situación del Convenio núm. 137 en su momento. Documento GB.270/LILS/3, pár. 86-90

<sup>334</sup> Sobre las observaciones formuladas en relación a las garantías de empleo o de ingresos, registro de los trabajadores portuarios, adaptación del nivel de efectivos y el proceso de privatización; así como las perspectivas de ratificación extraídas de las memorias remitidas por determinados gobiernos a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, véase CIT, 90ª reunión, 2002; Informe III (Parte 1B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. «Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973»; Págs. 98-102.

entre las reglamentaciones nacionales sobre el trabajo portuario y los instrumentos de la OIT, habiéndose aplicado sus principios esenciales incluso en países que no lo habían ratificado. Por otro lado, lamentó no haber podido examinar, con mayor intensidad, los efectos prácticos de dos importantes medidas contempladas por los instrumentos: el establecimiento de registros y la adaptación del número de trabajadores a las necesidades del puerto. Esta imposibilidad se imputó a la falta de información recibida por parte de los Estados<sup>335</sup>. Ello no fue óbice, a juicio de la Comisión, para considerar que ciertas medidas previstas en los instrumentos adoptados en 1973 habían perdido su pertinencia, aun reconociendo que sus tres principios básicos: el empleo permanente o regular, unos ingresos mínimos y un sistema de registro, siguen desprendiendo plena eficacia en determinados países con puertos altamente mecanizados<sup>336</sup>.

A propósito de la voluntad de la Comisión de promover la aceleración de ulteriores labores de investigación y consultas en torno a esta materia, el Consejo de Administración aceptó su propuesta de debate general durante la reunión 282.<sup>a</sup> (noviembre de 2001) sobre el trabajo portuario basado en un enfoque integrado<sup>337</sup>. Sin embargo, a pesar de que esta fue una de las propuestas incluidas en el orden del día de la 92.<sup>a</sup> reunión (2004) de la Conferencia Internacional del Trabajo, finalmente la Resolución de la CIT que se adoptó tras su celebración no contempló a dicho colectivo de trabajadores en particular en sus conclusiones finales<sup>338</sup>.

Descendiendo al plano actual, el Convenio núm. 137 no es considerado un convenio fundamental ni prioritario, en el sentido de regular una materia específica no considerada esencial por el Consejo de Administración de la OIT o de singular importancia en el funcionamiento del sistema de normas internacionales del trabajo<sup>339</sup>. Actualmente se encuentra en situación provisoria<sup>340</sup>, pendiente de examen por parte de un Grupo de Trabajo

---

<sup>335</sup> Los debates previos de la Comisión pusieron de relieve que existían multitud de países que no tenían ningún tipo de registro. Cuando los sistemas de registro no están todavía desarrollados o las protecciones alternativas no están disponibles todavía, los registros se mantienen como una herramienta indispensable para dotar a los trabajadores de las protecciones pretendidas por dichos instrumentos internacionales. Sobre esta cuestión, véase CIT, 90.<sup>a</sup> reunión, 2002; Informe III (Parte 1B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. *Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) ... Op. Cit., Observaciones Finales, 1973*, Págs. 105-106.

<sup>336</sup> *Vid.* 310.

<sup>337</sup> Este enfoque «integrado» tenía como objeto mejorar la coherencia, pertinencia y repercusión de las actividades normativas de la OIT, con vistas a lograr un plan de acción global. La preparación de este debate debía conllevar un análisis de todos los medios de acción existentes (normas, recomendaciones prácticas, actividades de cooperación técnica y servicios consultivos) e identificar las posibles lagunas y prever mejores medios para superarlas a fin de determinar si respondían a las necesidades y objetivos de la OIT en esta materia. Véase el documento GB.282/2/1, Parte II, 112. «Un enfoque integrado del trabajo en los puertos». Ginebra, 26 de octubre de 2001, pár. 171 – 181.

<sup>338</sup> CIT, 92.<sup>a</sup> reunión, Ginebra, 2004. «Resolución relativa a un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada».

<sup>339</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. *El régimen jurídico...* *Op. Cit.* Pág. 105.

<sup>340</sup> Los convenios en situación provisoria, según el procedimiento de revisión de las normas de la OIT, son una «categoría residual en la que se incluyen los instrumentos que han dejado de estar completamente actualizados



Tripartito a través del Mecanismo de Examen de las Normas (MEN) previsto en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y que funciona en el seno de la iniciativa sobre normas del Director General de la OIT, cuyo objetivo es consolidar el consenso tripartito en torno a un sistema de control reconocido y mejorar la pertinencia de las normas internacionales del trabajo a través del mecanismo de examen de las normas.

Tras el Grupo de Trabajo «Cartier»<sup>341</sup>, que finalizó sus trabajos de revisión de convenios y recomendaciones internacionales de trabajo en marzo de 2002, en 2015<sup>342</sup> se estableció el Grupo de Trabajo tripartito del MEN compuesto por 32 miembros (dieciséis representantes gubernamentales, ocho representantes de los empleadores y ocho representantes de los trabajadores, para reunirse una vez al año durante una semana) que se reunió en 2016 en dos ocasiones. La primera reunión, se celebró durante el mes de febrero (22-26) en Ginebra, y partió de dos documentos preparatorios que pretendían facilitar los debates de esa reunión y programa de trabajo. En el primer documento preparatorio, se recogía el Convenio núm. 137 y la Recomendación núm. 145 dentro del epígrafe de instrumentos de carácter transversal y sectorial incluidos en el ámbito del examen inicial del Grupo de Trabajo tripartito del MEN<sup>343</sup>; el cual fue complementado a través del segundo documento de trabajo centrado en explicar la terminología utilizada para describir la situación o *status* de los instrumentos (en

---

pero que siguen siendo pertinentes en ciertos aspectos, decidiendo por el momento el Consejo de Administración mantener el *statu quo*». Sobre esta cuestión, véase RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M. «Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores», *Relaciones Laborales Núm. 1*, 2002, laleydigital. Pág. 16.

<sup>341</sup> La consulta del «Examen de las normas: Decisiones sobre el estatus» del portal oficial de la OIT: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12040:0::NO::>, remite al anterior Grupo de Trabajo «Cartier», sobre Política de Revisión de Normas (1995-2002), que fue constituido durante la 262.<sup>a</sup> reunión del (marzo-abril de 1995) por el Consejo de Administración de la OIT. Dicho Grupo de Trabajo celebró un total de 14 reuniones y finalizó sus trabajos en marzo de 2002, formulando un importante número de propuestas que se aprobaron por unanimidad por la Comisión LILS y por el Consejo de Administración.

<sup>342</sup> En su 312.<sup>a</sup> reunión (noviembre de 2011), el Consejo de Administración abordó el establecimiento de un mecanismo de examen de las normas (MEN) en el marco general de la «Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa» y de la «política normativa de la OIT». Posteriormente, en su 323.<sup>a</sup> reunión (marzo 2015) el Grupo de Trabajo tripartito del MEN celebró consultas tripartitas y se elaboró un proyecto de mandato, que se examinó en su 325.<sup>a</sup> reunión. Asimismo, el Consejo de Administración nombró al Sr. Jan Farzan (Alemania) Presidente del Grupo de Trabajo tripartito del MEN y convocó, en 2016, dos reuniones, una antes de su 326.<sup>a</sup> reunión y otra antes de su 328.<sup>a</sup> reunión.

<sup>343</sup> Primera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del MEN (22-26 de febrero de 2016). «Grupo de trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas. Documento de trabajo núm. 1: Definición del programa de trabajo»; Pág. 17.

este caso, en el significado de su situación «provisoria»<sup>344</sup>) y el método empleado para agruparlos<sup>345</sup>.

La segunda reunión del Grupo de Trabajo se celebró en Ginebra, en la sede de la OIT durante el mes de octubre de 2016 (10-14)<sup>346</sup> y, en sus documentos preparatorios vinculados a los trabajadores portuarios, se identificaban como instrumentos de carácter transversal y sectorial superados el Convenio núm. 32<sup>347</sup> y la Recomendación núm. 40<sup>348</sup>, sin hacer mención alguna al Convenio núm. 137. Como resultado de dicha reunión, el Grupo de Trabajo tripartito del MEN alcanzó un acuerdo consensuado en relación al seguimiento que debía darse a los 63 instrumentos superados, decisiones que posteriormente se aprobaron por el Consejo de Administración en su 328ª reunión<sup>349</sup>.

La tercera reunión del Grupo de Trabajo tripartito MEN también se celebró en la sede de la OIT, entre los días 25 y 29 de septiembre de 2017. Durante esta reunión, el Grupo de Trabajo llevó a cabo una revisión de 19 instrumentos sobre seguridad y salud en el trabajo, alcanzando un acuerdo consensuado en relación con los 19 instrumentos sobre esta materia y adoptándose un sistema de clasificación de instrumentos a efectos del trabajo de revisión de normas que incluyó tres categorías: «actualizado», «grupo que requiere mayor acción para

---

<sup>344</sup> La situación o estatus de los convenios de la OIT en materia de trabajadores portuarios es la siguiente: Instrumentos actualizados: Convenio núm. 152, sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979; Recomendación núm. 160, sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979. Instrumentos en situación provisoria: Convenio núm. 137 sobre el trabajo portuario, 1973; Recomendación núm. 145, sobre el trabajo portuario, 1973. Instrumento pendiente de revisión: Convenio núm. 27, sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929. Instrumentos que han sido superados: Convenio núm. 32, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932; Recomendación núm. 440, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad), 1932. Instrumento retirado: Recomendación núm. 33, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad), 1929; Convenio núm. 28, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes, 1929; Recomendación núm. 34, sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (consulta a las organizaciones), 1929.

<sup>345</sup> En relación con los instrumentos en situación provisoria, y de conformidad con el documento de la Oficina de 2002 que resumía el seguimiento de las recomendaciones del Grupo de Trabajo «Cartier» (Documento GB.283/LILS/WP/PRS/1/2, pág. 34), dentro de la categoría de «otros instrumentos» se incluyen los instrumentos que han dejado de estar completamente actualizados pero que siguen siendo pertinentes en ciertos aspectos, designados ulteriormente como «instrumentos en situación provisoria». Primera reunión del Grupo de Trabajo tripartito del MEN (22-26 de febrero de 2016). «Documento de trabajo núm. 2: Información general para definir el programa de trabajo del Grupo de Trabajo tripartito del MEN»; Pág. 3.

<sup>346</sup> Durante esta reunión, el Grupo de Trabajo tripartito del MEN determinó el seguimiento que debía realizarse de los 63 instrumentos (36 convenios y 27 recomendaciones) identificados como superados. Segunda reunión del Grupo de Trabajo Tripartito del Mecanismo de Examen de las Normas (10-14 de octubre de 2016). Seguimiento pendiente de los instrumentos que el Grupo de Trabajo «Cartier» consideró superados. «Nota técnica 5.3: Instrumentos superados en relación con los trabajadores portuarios».

<sup>347</sup> Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932 (núm. 32).

<sup>348</sup> Recomendación sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad), 1932 (núm. 40).

<sup>349</sup> 328.ª reunión, Ginebra, 27 de octubre – 10 de noviembre de 2016. «Tercer punto del Orden del Día de la Conferencia Internacional del Trabajo. Addendum». *Propuestas de derogación de los Convenios núms. 21, 50, 64, 86 y 104 y de retiro de las Recomendaciones núms. 7, 61 y 62*. GB.328/INS/3 (Add).

asegurar su continuidad y futura relevancia» y «superado». En el decurso de la reunión el Grupo de Trabajo no abordó la pertinencia y situación provisoria del Convenio núm. 137<sup>350</sup>.

La cuarta y quinta reunión del Grupo de Trabajo se celebraron en septiembre de 2018 (17-21) y septiembre (23-27) de 2019, respectivamente. En la cuarta, se llevó a cabo la revisión de 9 instrumentos sobre seguridad y salud en el trabajo (ciertas ramas de actividad), estadísticas de trabajo e inspección de trabajo y se analizó el seguimiento a dar a determinados instrumentos adicionales superados<sup>351</sup>. En la quinta, se revisaron siete instrumentos sobre Política de Empleo y se analizó el seguimiento de un instrumento de esta área temática clasificado como superado<sup>352</sup>. Nuevamente, el Convenio núm. 137 y la Recomendación núm. 145 seguían sin ser objeto de tratamiento en dichas reuniones del Grupo de Trabajo.

En el marco de su 337<sup>a</sup> reunión (tras la quinta reunión del Grupo de Trabajo de septiembre de 2019) el Consejo de Administración tomó la decisión de que la sexta reunión del Grupo de Trabajo tripartito se llevara a cabo entre el 14 y 18 de septiembre de 2020, momento en el cual se analizarían los instrumentos relativos a la seguridad social (prestaciones de desempleo, normas generales y atención médica y enfermedades). Sin embargo, el contexto de pandemia por COVID-19 y las incertidumbres relacionadas con restricciones de desplazamiento, llevaron a posponer la sexta reunión a una fecha posterior en 2021, que finalmente se celebró en formato virtual entre el 13 y 18 de septiembre de 2021, sobre la revisión de cinco instrumentos relativos a la seguridad social (prestaciones de desempleo, normas generales y atención médica y enfermedades)<sup>353</sup>. El contenido de dicha reunión tampoco abordó la situación provisoria del Convenio núm. 137 que, si bien aparecía en los documentos preparatorios de la primera reunión celebrada en 2016<sup>354</sup>, parece seguir siendo objeto de olvido en las sucesivas reuniones del Grupo de Trabajo MEN. De igual modo, en la séptima reunión celebrada del 12 al 16 de septiembre de 2022, tampoco se abordó dicho instrumento, examinándose el Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo

---

<sup>350</sup> Sobre el resultado de la tercera reunión del Grupo de Trabajo MEN de septiembre de 2017, véase 331.<sup>a</sup> reunión, Ginebra, 26 de octubre – 9 de noviembre de 2017. «Segundo punto del orden del Día. La iniciativa relativa a las normas: Informe de la tercera reunión del Grupo de Trabajo del mecanismo de examen de las normas. Informe de la Mesa, con arreglo al párrafo 17 del mandato del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas». GB.331/LILS/2.

<sup>351</sup> 334.<sup>a</sup> reunión, Ginebra, 25 de octubre – 8 de noviembre de 2018. «Tercer punto del Orden del Día. La iniciativa relativa a las normas: Informe de la cuarta reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas. Informe de la Mesa, con arreglo al párrafo 17 del mandato del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas». GB.334/LILS/3.

<sup>352</sup> 337.<sup>a</sup> reunión, Ginebra, 24 de octubre – 7 de noviembre de 2019. «Primer punto del Orden del Día. La iniciativa relativa a las normas: Informe de la cuarta reunión del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas. Informe de la Mesa, con arreglo al párrafo 17 del mandato del Grupo de Trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas». GB.337/LILS/1.

<sup>353</sup> 343.<sup>a</sup> reunión, Ginebra, noviembre de 2021. «Primer punto del Orden del Día: Informe de la sexta reunión del Grupo de trabajo tripartito del mecanismo de examen de las normas (Ginebra, 13 a 18 de septiembre de 2021).

<sup>354</sup> *Vid.* 349.

(agricultura), 1921 (núm. 12) y el seguimiento a dar a seis instrumentos en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, clasificados como superados<sup>355</sup>.

En definitiva, se estaría ante un instrumento internacional que no es ajeno ni puede ignorar el gran proceso de transformación que ha sufrido el sector por efecto de las nuevas tecnologías, la mecanización del trabajo y el gran impacto de la globalización económica en este sector. Según Rodríguez Ramos<sup>356</sup>, el propio tenor del preámbulo del Convenio núm. 137, en el cual se aludía a «importantes cambios en los métodos de manipulación de cargas en los puertos (...) y el aumento de la mecanización y la automoción», cuya incidencia en el trabajo en los puertos se identificaba como justificación de la aparición de la norma, debería servir como canon interpretativo de este instrumento internacional en la actualidad, en virtud del artículo 3.1 del Código Civil<sup>357</sup>.

Sin embargo, tal como se ha indicado por algunos autores<sup>358</sup>, el punto débil del Convenio núm. 137, posiblemente, haya sido la imposición de un sistema de registro de trabajadores portuarios como instrumento necesario, al haber conducido en ocasiones al establecimiento de un sistema de reserva o monopolio profesional con ventajas desproporcionadas para un grupo de trabajadores. Esta circunstancia ha evidenciado una clara confrontación o desigualdad en momentos en los que la precariedad laboral se ha convertido en una situación globalizada, al erigirse como un colectivo con ciertos privilegios difícilmente justificables, desde una perspectiva de la libertad de empresa<sup>359</sup>, libertad de trabajo y libre elección de profesión u oficio<sup>360</sup>.

En este contexto, cabe reflexionar, nuevamente, sobre la esencia que subyace a la necesidad de dotar a determinados trabajadores de una prioridad para el trabajo portuario. Según Rodríguez Ramos el dato material de la presencia de trabajadores portuarios disponibles con prioridad de acceso al empleo sería lo verdaderamente relevante, por encima de la existencia

---

<sup>355</sup> 346.ª reunión, Ginebra, octubre-noviembre 2022 (BG.346/LILS/1).

<sup>356</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. *El régimen jurídico...* Op. Cit. Pág. 106. La autora distingue entre los preceptos «no self-executing» de las disposiciones de aplicación más directa, identificando las segundas en aquellas que prescriben el establecimiento de registros para todas las categorías de trabajadores portuarios, la prioridad para el trabajo portuario de los trabajadores registrados, la disponibilidad para el trabajo portuario de los trabajadores registrados, la revisión periódica del número de trabajadores inscritos en los registros y la adopción de las medidas necesarias para impedir o atenuar los efectos perjudiciales de la reducción del contingente total de trabajadores registrados cuando sea inevitable.

<sup>357</sup> «Las normas se interpretarán según (...) la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

<sup>358</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. *Trabajo portuario y libertad de contratación...* Op Cit. Págs. 16-17.

<sup>359</sup> Cf. Artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUEC núm. 303 de 14 de diciembre de 2007) y artículo 38 de la Constitución Española (BOE núm. 311. de 29 de diciembre de 1978).

<sup>360</sup> Cf. Artículo 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUEC núm. 303 de 14 de diciembre de 2007) y artículo 35 de la Constitución Española (BOE núm. 311. de 29 de diciembre de 1978).

formal de un registro<sup>361</sup>. Ahora bien, el equilibrio pretendido por el instrumento internacional de referencia, en términos de privilegios que sirvieran a modo de neutralizador de las circunstancias de irregularidad y penosidad en el trabajo portuario en orden a igualar este colectivo con respecto al resto de trabajadores, probablemente ha perdido su sentido en un contexto de precariedad globalizada en el mercado laboral, al cual debe aunarse el gran proceso de transformación, mecanización y automatización que ha sufrido el trabajo en los puertos y que sitúa a los trabajadores portuarios en un colectivo no equiparable, en absoluto, al concurrente en el momento de adoptarse el mentado instrumento internacional.

Por otro lado, la naturaleza del Convenio núm. 137 de «norma de transacción y de transición» ha sido defendida por Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer<sup>362</sup>, cuestionando su viabilidad futura, siendo elocuente su escasa ratificación en términos generales y, especialmente, durante las últimas tres décadas. Esta valoración en cuanto a sus posibilidades de ratificación es coincidente con el diagnóstico que realiza la Comisión de Expertos, si bien ésta ha mantenido que los principios de protección de los trabajadores portuarios ante las modificaciones sustanciales de las posibilidades y características del empleo que condujeron a la aprobación del Convenio núm. 137 se mantienen, o incluso se han agravado debido a la mayor competitividad entre puertos y la precarización del empleo. El autor defiende la idoneidad de mantener un marco internacional sobre el trabajo portuario, debido a la progresiva interdependencia y la competitividad entre los puertos y los sistemas portuarios, que debería conducir a una homogeneización de las regulaciones nacionales sobre trabajo portuarios, si bien identifica como punto débil del Convenio núm. 137 la imposición de un registro de trabajadores portuarios como instrumento necesario, traducido en ocasiones en un «monopolio profesional con ventajas desproporcionadas»<sup>363</sup> para un colectivo concreto de trabajadores que ha dificultado el acceso de terceros y la libertad de elección de trabajadores por parte de las empresas. En definitiva, aunque el Convenio no tenga que suponer necesariamente la constitución de un monopolio o método de contratación directa, es evidente que en su virtud sí debe crearse una lista de trabajadores profesionalmente cualificados y disponibles. Como se verá a continuación, los planteamientos normativos en el panorama multinivel (en concreto, internacional y comunitario) difieren en su propia lógica de origen, al contraponerse el ánimo regulador del marco internacional al propósito liberalizador del trabajo portuario en su dimensión comunitaria.

---

<sup>361</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. *El régimen jurídico...* Op. Cit. Pág. 108.

<sup>362</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. *Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores...* Op. Cit. Págs. 7-8 y 16.

<sup>363</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. en «La estiba sigue en conflicto: Liberalización de mercados vs. garantías sociales», RTSS, CEF, núm. 409 (abril 2017). Págs. 10-11, significa la posibilidad de articular sistemas de registros que no conlleven necesariamente monopolizar la oferta de este tipo de servicios profesionales, permitiendo el control de la adecuada profesionalidad (titulación o formación), en aras a la seguridad en la prestación del servicio, sin lesionar la libertad de contratación ni la de establecimiento, ajenos a las exigencias de participación accionarial o condicionamientos sobre la composición de la plantilla de las empresas estibadoras.

## b) La Comisión Europea y sus frustrados intentos de regulación del trabajo portuario a través de Directiva

La voluntad de crear un marco comunitario regulador del trabajo portuario nació a propósito de la necesidad de aplicar las libertades fundamentales garantizadas en el Tratado de la Unión Europea y reglas sobre competencia en los distintos puertos de mar, así como incrementar la eficiencia de éstos en el marco de la Unión a través de un enfoque regulador más sistemático.

El debate en torno a la eficiencia de los puertos y las infraestructuras marítimas, su integración en la red multimodal transeuropea y la aplicación de las reglas de competencia a este sector tiene sus orígenes en el Libro Verde sobre los puertos y las infraestructuras marítimas de 1997<sup>364</sup>. En éste se identificaban los servicios portuarios como parte integrante del sistema de transporte marítimo y se apuntaba a la necesidad de que las normas del Tratado de la Unión Europea en materia de competencia se aplicaran de forma más sistemática, ajustándose a la política de la Unión en materia de fomento de la modernización y la eficiencia ante la evolución estructural de la competencia internacional. En esencia, dicho Libro mostraba el deseo de dotar al sector de un marco regulador a nivel comunitario que permitiera una liberalización más sistemática de servicios portuarios en los principales puertos de tráfico internacional. El objetivo principal era establecer condiciones de competencia que fueran equilibradas tanto entre los puertos comunitarios como en el interior de estos, garantizando el cumplimiento de las normas en materia de seguridad marítima y portuaria.

La Comisión Europea, partiendo del avivado debate que se generó entre las partes interesadas y las instituciones europeas durante la discusión del Libro Verde – primer intento de la Comisión Europea de avanzar hacia una política coherente en el ámbito de la infraestructura marítima-, dirigió una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Refuerzo de la calidad de los servicios en los puertos de mar: una clave para el transporte europeo»<sup>365</sup> en la cual se incluyeron consignas de gran calado, con tendencia liberalizadora, que giraban en torno a las siguientes ideas: el tradicional desarrollo de los servicios portuarios en un entorno caracterizado por derechos exclusivos y monopolios de hecho o de derecho de índole pública o privada; la necesidad de que los servicios portuarios comerciales tuvieran que regirse por las normas de competencia y las libertades fundamentales del Tratado; además del impacto de la eliminación de las restricciones de acceso al mercado de manipulación de las mercancías sobre la necesidad de dotar al sector de un nuevo marco normativo.

Tras dicha Comunicación, el 13 de febrero de 2001 la Comisión Europea presentó al Consejo y al Parlamento Europeo su primera Propuesta de Directiva sobre el acceso al mercado de

---

<sup>364</sup> Libro Verde, de 10 de diciembre de 1997, sobre los puertos y las infraestructuras marítimas (COM (97) 678 final). No fue publicado en el Diario Oficial.

<sup>365</sup> COM/2001/0035 final. La Propuesta de Directiva fue conocida como el «paquete portuario».

los servicios portuarios<sup>366</sup> con el fin de crear un marco jurídico comunitario más liberalizado. Ya en su propia Exposición de Motivos se aludía a la necesidad de sustituir la aplicación casuística de las normas del Tratado por un enfoque más sistemático<sup>367</sup>, basado en el principio fundamental de libre acceso al mercado, la garantía de las libertades fundamentales y la libre competencia<sup>368</sup>. El ámbito de aplicación de la Propuesta, se circunscribía a todos puertos o sistemas portuarios de mar situados en el territorio de un Estado miembro y abiertos al tráfico marítimo comercial general, siempre que el tráfico medio anual del puerto no fuera inferior, en los tres últimos años, a 3 millones de toneladas de mercancías o 500.000 pasajeros<sup>369</sup>. Los servicios portuarios comprendidos en la Propuesta de Directiva se detallaban en su Anexo e incluían los servicios técnicos náuticos<sup>370</sup>, operaciones de manipulación de carga<sup>371</sup> y servicios de pasajeros<sup>372</sup>. Los servicios de estiba y desestiba se situaban en el ámbito de las operaciones de manipulación de carga y se erigían en un elemento consustancial de su ámbito de afectación<sup>373</sup>.

Sobre la primera Propuesta de Directiva de 2001 deben destacarse dos aspectos. El primero es la regulación de las autorizaciones de los prestadores de servicios portuarios y el derecho a emplear el personal de su elección para llevar a cabo los servicios cubiertos por la misma, dentro de la exigencia de determinadas cualificaciones profesionales para las que debía

---

<sup>366</sup> COM/2001/0035 final – COD 2001/0047. Diario Oficial n° 154 E de 29/05/2001, p. 0290 – 0296.

<sup>367</sup> En el apartado segundo de la Exposición de Motivos, se hacía referencia a las siguientes circunstancias justificadoras de la necesidad de establecer un marco jurídico comunitario que garantizara el acceso al mercado de servicios portuarios: la competencia entre puertos del mismo Estado miembro o entre puertos de Estados miembros vecinos, la tendencia continuada y progresiva hacia unos servicios portuarios prestados por el sector privado en lugar de por el público, el carácter heterogéneo de los servicios portuarios y la diversidad de los puertos (en cuanto a su categoría, propiedad, tamaño, función y características geográficas), la necesidad de fijar unas condiciones de ejercicio de las libertades y limitar el número de prestadores en caso de justificarse objetivamente la necesidad, la duplicidad de papeles desempeñados por el organismo gestor del puerto, que actuara como entidad (pública o privada) encargada de la gestión del puerto y de su desarrollo, así como prestador de servicios portuarios entre otros prestadores admitidos. Según la Exposición de Motivos, el marco jurídico debía establecerse con arreglo al Tratado y permitir que los Estados miembros y sus autoridades competentes lo desarrollaran con normas específicas que atendieran a las características geográficas y de otro tipo de puertos, así como a sus especificidades locales, regionales y nacionales.

<sup>368</sup> Libertades y principios sobre la concurrencia regulados en los artículos 85 a 90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE de 31 de agosto de 1992, C 224, vigente hasta 1 de diciembre de 2009) y posteriores artículos 105 a 110 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010).

<sup>369</sup> Artículo 2 de la Propuesta de Directiva COD 2001/0047.

<sup>370</sup> a) practicaaje; b) remolque y c) amarre.

<sup>371</sup> a) estiba, arrumaje, transbordo y otras operaciones de transporte intraportuario; b) almacenaje, depósito y mantenimiento, según las categorías de carga; c) agrupación de la carga.

<sup>372</sup> Incluidos el embarque y el desembarque.

<sup>373</sup> Sobre las distintas iniciativas de la Comisión Europea para impulsar un marco regulador específico en el sector portuario, véase FERNÁNDEZ PRIETO, M. «La relación laboral de la estiba tras la STJUE de 11 de diciembre de 2014», *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos* (Coord. Cabeza Pereiro, J y Rodríguez Rodríguez, E.), *Editorial Bomarzo*, 2015. Pág. 553 y ss.

proporcionarse formación suficiente por parte de la autoridad competente<sup>374</sup>. El segundo, la regulación de la denominada «autoasistencia»<sup>375</sup>, condicionada a la obtención de una autorización supeditada a los mismos criterios fijados para los demás prestadores de los mismos o similares servicios<sup>376</sup> y que, como se verá más adelante, constituyó un punto clave en la controversia entre el Parlamento y el Consejo. Si bien éstos no discrepaban sobre la necesidad de adoptar una Directiva en esta materia, defendían posiciones alejadas respecto a la aplicabilidad sobre los servicios de practicaje, las normas de autorización para los servicios portuarios, el período de vigencia de las autorizaciones, las indemnizaciones compensatorias para anteriores prestadores de servicios, la autoasistencia, las medidas transitorias y las normas de transparencia para la competencia interportuaria<sup>377</sup>.

El Comité Económico y social rápidamente mostró su reticencia a la práctica de la «autoasistencia», bajo la consideración de que los criterios de mayor flexibilidad podían comprometer la seguridad, la cualificación del personal, la estabilidad y la calidad en el empleo o la salubridad<sup>378</sup>. De entre las distintas enmiendas que formuló el Parlamento en materia social, de empleo, medioambiental y de seguridad<sup>379</sup>, la Comisión Europea únicamente asumió un aspecto, que le llevó a modificar la propuesta de Directiva: la toma en consideración de criterios de cualificación profesional y medioambientales en la práctica de la «autoasistencia» (más allá de los otros relacionados con el empleo y aspectos sociales ya admitidos)<sup>380</sup>.

---

<sup>374</sup> Artículos 6 y ss. de la Propuesta de Directiva COD 2001/0047.

<sup>375</sup> Definida, en su artículo 4, número 7, como «la situación en la que el usuario de un puerto se presta a sí mismo una o varias categorías de servicios portuarios, sin que normalmente se celebre ningún tipo de contrato con terceros a efectos de tal prestación».

<sup>376</sup> En la Exposición de Motivos de la Propuesta identificaba, como parte de sus principios fundamentales, que «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar la práctica de la autoasistencia» así como que «(...) no hay razones para que no se permita la autoasistencia en los puertos si los operadores consideran que de ese modo se aprovechan mejor sus recursos y sus servicios ganan en eficacia. El principio considera, además, que las condiciones y criterios aplicables a los que optan por la autoasistencia no deben ser más estrictos que los fijados para otros prestadores de estos o similares servicios».

<sup>377</sup> Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios. COM (2004)0654 – C6-0147/2004 – 2004/0240 (COD).

<sup>378</sup> Véase el artículo 4.4 del Dictamen 2002/C 48/27 (que fue aprobado el 29 de noviembre de 2001 por 62 votos a favor, 8 en contra y 10 abstenciones) en el cual se disponía que «La autoasistencia plantea los mismos problemas de seguridad y cualificación que para el personal de manutención del puerto. Los equipamientos, por ejemplo las grúas, requieren un personal altamente cualificado cuya formación es larga: no sería serio autorizar al armador del buque o al propietario del cargamento a emplear personal externo temporal o personal de la empresa insuficientemente cualificado, pues ello incidiría en los salarios y el empleo regular existente en el puerto, e implicaría un aumento del riesgo de accidentes de personas, o incluso de contaminación o de accidentes materiales graves resultantes de una manipulación ineficaz de algunos cargamentos (...)».

<sup>379</sup> Recomendación para la segunda lectura de 20 de febrero de 2003. A5-0050/2003.

<sup>380</sup> La Consideración 32ª de la Propuesta quedó redactada como sigue: «Los Estados miembros podrán supeditar la autoasistencia a una autorización previa concedida de conformidad con criterios relacionados con el empleo, con la cualificación profesional y con aspectos sociales y medioambientales, entre otras cosas». En cambio, la Comisión Europea rechazó una enmienda que pretendía incorporar una limitación adicional en la definición o concepto de dicha técnica, en virtud de la cual ésta sólo se podía desarrollar con personal embarcado (si bien, en la redacción originaria, se admitía con el personal propio fijo con base en tierra o embarcado)<sup>380</sup>. El



Otras enmiendas del Parlamento también fueron rechazadas al considerarse contrarias al objeto y fin de la Directiva, esto es, facilitar la autorización de la «autoasistencia» cuando fuera posible. En definitiva, el Parlamento y el Consejo defendían posiciones radicalmente distintas o con lógicas contrarias, bajo el prisma de que las enmiendas parlamentarias buscaban limitar esta práctica para impedir el «dumping económico y social en los puertos»<sup>381</sup>.

La definición que acabó plasmada en la Posición Común del Consejo recogía un concepto claramente limitativo de la «autoasistencia»<sup>382</sup>, excluyente de cualquier posibilidad de realizarse con personal temporal o externo, o con material ajeno<sup>383</sup>, alejada de la libre competencia que parecía fomentar el artículo 13 de la Propuesta, en los términos de la Posición Común<sup>384</sup>. En el Informe de la Comisión de Política Regional, Transportes y Turismo sobre Acceso al mercado de los servicios portuarios, en materia de libertad de contratación, se introdujo una enmienda que refería al respeto de la legislación de cada Estado miembro en el cual se prestaran los servicios, interpretado por la doctrina como respeto de las disposiciones nacionales sobre límites o reservas de contratación de los

---

argumento en el que se sustentó el rechazo de la Comisión Europea fue que, mientras que la limitación de la autoasistencia al personal embarcado no impedía que las normas del Tratado se siguieran aplicando a la autoasistencia realizada por personal con base en tierra, la extensión de la técnica al otro personal sí que impediría que «normas específicas y claras rigieran la autoasistencia realizada por este tipo de personal» además de que «no contribuiría a facilitar que los operadores comerciales hicieran un mejor uso de los recursos existentes aunque tuvieran que respetar las normas vigentes en aspectos varios, incluido el social»<sup>380</sup>. La imposibilidad de excluir al personal propio «no embarcado» apuntada por la Comisión Europea para no comprometer el Derecho originario, ha sido objeto de crítica por la Doctrina, en el sentido que la misma lógica argumental podría conducir a entender que la exigencia aceptada por la Posición Común del Consejo (sólo desarrollarse la autoasistencia con personal propio y fijo) también podría haber situado al Derecho originario en entredicho. Sobre la propuesta de 2001 y las discrepancias del Parlamento Europeo, véase CABEZA PEREIRO, J. «Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria: En torno a un cisma sobre el Proyecto de Directiva de acceso al mercado de los servicios portuarios», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* N° 14/2003, parte Estudio. Págs. 1-6.

<sup>381</sup> A criterio de la Comisión Europea, plasmado en su Dictamen de 15 de abril de 2003, las enmiendas del Parlamento «invierten exactamente el objeto de la Directiva, que es autorizar la autoasistencia siempre que sea posible, de manera que se pone en su lugar el mayor número posible de obstáculos». La Comisión Europea también rechazó otra enmienda que limitaba la práctica a determinados usuarios que navegaran bajo el pabellón de un Estado miembro.

<sup>382</sup> Artículo 4.9 de la Posición Común (CE) núm. 61/2002, de 5 de noviembre: «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por (...) «autoasistencia», la situación en la que una empresa que podría normalmente contratar servicios portuarios se presta a sí misma una o varias categorías de servicios portuarios con personal fijo con base en tierra y/o embarcado, y con material propio».

<sup>383</sup> Según CABEZA PEREIRO, J. en *Sobre la autoasistencia... Op. Cit.*, la posición de la Comisión Europea respecto a la técnica de la autoasistencia según la cual no puede limitarse (desde la perspectiva del Derecho Originario) que una empresa realice las tareas portuarias con su propio personal de tierra, puede colisionar con los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria relativos a este sector de actividad, que conducen a su juicio a una conclusión distinta a la defendida por la Comisión Europea con el objeto de liberalizar el mercado de los servicios portuarios.

<sup>384</sup> En virtud del cual «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para permitir, siempre que sea posible, la práctica de la autoasistencia de conformidad con la presente Directiva. Los Estados miembros velarán por que la autoridad competente sólo limite la autoasistencia cuando existan razones objetivas que vengán al caso y sean compatibles con los motivos que conduzcan a aplicar las limitaciones mencionadas en el artículo 8».

trabajadores portuarios<sup>385</sup>. Siguiendo la interpretación de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer<sup>386</sup>, la intención fue, seguramente, asegurar el respeto de las disposiciones vigentes en materia de Derecho del Trabajo en el ámbito nacional (incluso como premisa para la obtención de autorización), incluidas las de protección social de los trabajadores afectados.

En definitiva, de la lectura de la propuesta se colige la voluntad que subyacía de dar virtualidad a las libertades fundamentales, a la libre competencia (derivada de la libertad de prestación de servicios portuarios) y al acceso libre al mercado, posibilitando a los organismos gestores de los puertos ser tratados como cualquier otro competidor en el mercado, más allá de la posibilidad de practicar la citada «autoasistencia». El orden público, la seguridad, la fiabilidad de los puertos y la protección del medio ambiente no eran materia de regulación de la propuesta de Directiva.

El 29 de septiembre de 2003, el Parlamento y el Consejo alcanzaron un endeble principio de acuerdo<sup>387</sup> pendiente de ratificarse por el Plenario sobre un texto conjunto de Directiva, cuyos puntos esenciales eran: las normas de autorización, la «autoasistencia», los servicios de practicaje, la competencia interportuaria, la transparencia de las relaciones financieras y el tipo y vigencia de las autorizaciones, así como de las medidas transitorias e indemnizaciones compensatorias para prestadores de servicios anteriores. Sin embargo, en la sesión plenaria de 20 de noviembre de 2003, el Parlamento acabó rechazando<sup>388</sup> el compromiso por una mayoría de 209 votos a favor, 229 en contra y 16 abstenciones, dándose por concluso este primer procedimiento legislativo<sup>389</sup>.

El 13 de octubre de 2004, la Comisión Europea presentó una nueva propuesta de Directiva<sup>390</sup> sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios que, si bien se basaba en las disposiciones y estructura básica de la iniciativa anterior, incorporaba las enmiendas formuladas por el Parlamento Europeo, las modificaciones derivadas de la posición común del Consejo y el texto de compromiso del Comité de Conciliación anterior. La Comisión Europea insistía, en este segundo intento, en la necesidad de establecer un marco jurídico

---

<sup>385</sup> Informe Jarzembowski (A5-0354/2001) - Acceso al mercado de los servicios portuarios sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios [COM (2001) 35 - C5-0078/2001 - 2001/0047(COD)]. Comisión de Política Regional, Transportes y Turismo.

<sup>386</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. *Trabajo portuario y libertad de contratación...* Op. Cit. Págs. 14-15.

<sup>387</sup> Texto conjunto aprobado por el Comité de Conciliación (PE-CONS 3670/2003 – C5-0461/2003).

<sup>388</sup> El rechazo vino auspiciado por la oposición de los sindicatos de trabajadores mostrada ante una regulación que consideraban perjudicial para sus intereses. Sobre este aspecto, véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. *El régimen jurídico...* Op. Cit. Pág. 84.

<sup>389</sup> Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre el texto conjunto, aprobado por el Comité de Conciliación, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios [PE-CONS 3670/2003 C5-0461/2003 2001/0047(COD)].

<sup>390</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios (COM/2004/0654 final - COD 2004/0240).

común, con pleno convencimiento de que gran mayoría de los argumentos esgrimidos en la anterior propuesta de 2001 mantenían su validez<sup>391</sup>.

La segunda propuesta de Directiva generó un intenso debate en el seno de la Comisión de Transportes y Turismo. Para preparar el debate, su Ponente Georg Jarzembowski presentó un documento de trabajo<sup>392</sup> que recogía los puntos más relevantes de la propuesta de la Comisión -tal y como se desarrolla en su mismo Informe de 14 de diciembre de 2005<sup>393</sup>- y, en el primer debate, se informó a los miembros de la Comisión de los aspectos más controvertidos de la misma. Seguidamente, se llevó a cabo un procedimiento de consulta pública en el marco del Parlamento Europeo en el que fueron invitados los representantes de todas las organizaciones a las cuales afectaba la misma para que pudieran participar<sup>394</sup>.

En el procedimiento de consultas la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor<sup>395</sup> y la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales<sup>396</sup> elevaron su opinión, durante el mes de septiembre de 2005, a la Comisión de Transportes y Turismo, solicitando que recomendara el rechazo de la propuesta de Directiva. Ambas comisiones compartían su decepción sobre el hecho que la nueva propuesta de la Comisión Europea se basara, esencialmente, en el Texto del Comité de Conciliación y que ésta hubiera eludido cualquier diálogo social previo, considerando que ello contravenía los artículos 136, 138 y 140 del

---

<sup>391</sup> Las principales diferencias con respecto a la primera propuesta se referían a: las normas de autorización obligatorias para todos los servicios portuarios, los periodos de vigencia inferiores de las autorizaciones, la normativa de mínimos sobre las indemnizaciones compensatorias para los prestadores de servicios anteriores, la ampliación de la autoasistencia a nuevos hechos generadores y la renuncia en la práctica al establecimiento de normas transitorias para los prestadores de servicios que operaban hasta esa fecha. Véase, sobre este aspecto, el «Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios [COM (2004)0654-C6-0147/2004-2004/0240(COD)]; Comisión de Transportes y Turismo. Ponente: Georg Jarzembowski.

<sup>392</sup> Documento de trabajo PE 355.765.

<sup>393</sup> *Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios [COM (2004)0654-C6-0147/2004-2004/0240(COD)] ... Op. Cit.*

<sup>394</sup> Se organizó el 14 de junio de 2005 y en ésta participaron representantes de las siguientes organizaciones: *European Sea Ports Organisation (ESPO)*, *Federation of European Private Port Operators (FEPORT)*, *European Freight Forwarders (CLECAT)*, *European Maritime Pilots' Association (EMPA)*, *European Boatmen's Association (EBA)*, *European Tugowners' Association (ETA)*, *European Shippers Council (ESC)*, *European Community Shipowners Association (ECSA)*, *European Transportworkers Federation (ETF)*. Sobre el resultado del procedimiento de consulta celebrado en la Comisión de Transportes y Turismo una vez negociadas las posibles transacciones entre los miembros de otros grupos parlamentarios y el resultado de la votación en la Comisión de Transportes y Turismo, véase la opinión del Ponente Georg Jarzembowski en su «Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios... Op. Cit.

<sup>395</sup> «Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor» para la Comisión de Transportes y Turismo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios» [COM (2004)0654-C6-0147/2004-2004/0240(COD)], de 16 de septiembre de 2005. Ponente: Eva-Britt Svensson.

<sup>396</sup> «Opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales» para la Comisión de Transportes y Turismo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios» [COM (2004)0654-C6-0147/2004-2004/0240(COD)], de 19 de septiembre de 2005. Ponente: Stephen Hughes.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La prontitud con la que la Comisión Europea presentó su segunda propuesta, a costa de sacrificar el procedimiento democrático y no abordar cuestiones que habían generado una intensa preocupación por parte del Parlamento Europeo en el primer procedimiento, constituyeron la esencia de la motivación o justificación de las opiniones de rechazo que, respectivamente, emitieron. Finalmente, el 18 de enero de 2006 el Parlamento Europeo rechazó, por una holgada mayoría, la propuesta de directiva de liberalización de los servicios portuarios, por 532 votos de diputados en contra de su aprobación (de un total de 677 que participaron), 120 votos a favor y 25 abstenciones<sup>397</sup>.

En puridad, el fracaso del segundo intento de adopción de la Directiva comunitaria estaba anunciado por la propia precipitación con la cual se planteó tras rechazarse la primera, así como la oposición y escepticismo con el que fue recibida por parte de los partidos políticos y partes afectadas por los servicios portuarios (como la Organización europea de puertos marítimos comunitarios, el Consejo internacional de estibadores y la Federación de operadores de puertos privados en Europa<sup>398</sup>). Ya en la primera propuesta el Parlamento mostró su gran preocupación por las posibles consecuencias sociales y medioambientales asociadas a las prácticas de la «autoasistencia» y al practicaje, bajo la consideración de que el objetivo principal de la Directiva debía centrarse en la competencia entre los puertos y no en el interior de cada puerto<sup>399</sup>. La Comisión de Empleo y Asuntos Sociales compartía los motivos de rechazo de la propuesta de Directiva manifestados por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, y centró su argumentación en la crítica de la desregulación y voluntad de intensificar la competencia<sup>400</sup>, la falta de motivación convincente de la necesidad de marco jurídico común<sup>401</sup> y, por último, la falta priorización y significación

---

<sup>397</sup> «El Parlamento rechaza la propuesta sobre los servicios portuarios», *Servicio de Prensa del Parlamento europeo (Info)*, 20060113IPR04276, enero de 2006. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/presse/pr\\_info/2006/ES/03A-DV-PRESSE\\_IPR\(2006\)01-13\(04276\)\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/presse/pr_info/2006/ES/03A-DV-PRESSE_IPR(2006)01-13(04276)_ES.pdf)

<sup>398</sup> *European Sea Ports Organisation (ESPO)*, *Federation of European Private Port Operators (FEPOR)* y *International Dockworkers Council (IDC)*.

<sup>399</sup> Véase, sobre la visión del Parlamento y la opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, la «Opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales» y «Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor» *Op. Cit.* El ponente del Parlamento, Georg Jarzembowsky, declaró su voluntad de que el artículo sobre la «autoasistencia» fuera suprimido, al tiempo que aseguró que «todos estamos a favor de una mayor transparencia y competencia» y denunció a los grupos políticos que rechazaron el texto porque «impiden que se introduzcan reglas de transparencia con las que estamos de acuerdo». Sobre el debate de 16 de enero de 2006, véase «El Parlamento rechaza la propuesta sobre los servicios portuarios», Servicio de Prensa del Parlamento Europeo, 20060113IPR04276.

<sup>400</sup> La Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, en su *Opinión... Op. Cit.* significaba que «sería contraproducente aplicar una reglamentación común cuando la diversidad actual se revela favorable para la rentabilidad y la eficacia de los puertos». La Ponente de dicha comisión, Eva-Britt Svensson, consideraba que la competencia dentro de un puerto no era una cuestión esencial, sino la existente entre distintos puertos.

<sup>401</sup> La Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, en su *Opinión... Op. Cit.* significaba que «La Comisión da muestras de un enfoque dogmático de la desregulación por la desregulación misma en lugar de considerar las necesidades reales (...). Tampoco hay un balance de las necesidades y de los problemas específicos en el sector de los puertos comunitarios. Una regulación del tipo «talla única para todos» situaría a los puertos en contradicción con el principio de subsidiariedad inscrito en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea».

de la «protección social» en el texto de la propuesta, máxime al incluir una práctica (la de la «autoasistencia») que no era deseada ni por los sindicatos ni por los empleadores, habiendo por tanto alcanzado los interlocutores sociales una posición común que apuntaba a su plena eliminación. En definitiva, la visión global de ambas Comisiones era que la propuesta de Directiva generaba más problemas de los que podía resolver<sup>402</sup>.

A este nuevo -aunque ya anunciado- fracaso<sup>403</sup> le sucedió un paquete de medidas de *soft law* que, en relación a la liberalización del trabajo de manipulación de mercancías, tuvieron escasa efectividad, dada su naturaleza no vinculante. Entre este paquete de medidas, se encuentran distintas Comunicaciones dirigidas por la Comisión Europea en los años 2007<sup>404</sup>, 2012<sup>405</sup> y 2013<sup>406</sup>.

La Comunicación sobre una «política portuaria europea» de 2007, pretendía diseñar un marco de diálogo que construyera un sistema portuario fuerte para afrontar los desafíos futuros en materia de transportes, estableciendo un plan de acción para la Comisión Europea, poniendo en práctica la Comisión sobre una «política marítima integrada» que abordaba, conjuntamente, todas las políticas y actividades marítimas como medio de fomento sostenible del crecimiento económico y del empleo.

Por su lado, las medidas propuestas en la Comunicación de 2012 centraban su atención en una serie de «prioridades»<sup>407</sup> cuya efectividad se supeditaba al cumplimiento de determinadas condiciones. En primer lugar, un diálogo más abierto con la sociedad civil. En segundo lugar, una colaboración más estrecha con los distintos actores. En tercer lugar, un acceso eficaz a

---

<sup>402</sup> *Vid.* 399.

<sup>403</sup> La COM (2004) 654 final, se rechazó finalmente en el año 2006.

<sup>404</sup> «Comunicación sobre una política portuaria europea». Bruselas, 10 de octubre de 2007 (COM (2007) 616 final. Comisión de las Comunidades Europeas, que pretende poner en aplicación la previa Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Una política marítima integrada para la Unión Europea» (COM (2007)575 final). Las materias que se abordaban en la «Comunicación sobre una política portuaria europea» eran: el rendimiento de los puertos y conexiones interiores, el aumento de la capacidad respetando el medio ambiente, la modernización, unas reglas del juego justas -claridad para los inversores, operadores y usuarios- que incluían el papel de las autoridades portuarias, la financiación pública -transparencia, concesiones portuarias, servicios técnico-náuticos, manutención de carga, derechos portuarios y competencia con terceros países; diálogo entre puertos y ciudades y el trabajo en los puertos -el diálogo, la formación, la salud y la seguridad en el trabajo-.

<sup>405</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. «Acta del Mercado Único II. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. Juntos por un nuevo crecimiento». Bruselas, 3 de octubre de 2012 (COM (2011) 206 final).

<sup>406</sup> Comunicación de la Comisión «Puertos: motor de crecimiento». Bruselas, 23 de mayo de 2013 (COM (2013) 295 final).

<sup>407</sup> Un total de doce: 1) el acceso de las PYME a la financiación, 2) la movilidad de los ciudadanos, 3) los derechos de propiedad intelectual, 4) los consumidores como actores del mercado único, 5) los servicios, 6) las redes, 7) el mercado único digital, 8) las empresas sociales, 9) la fiscalidad, 10) la cohesión social, 11) el entorno regulatorio de las empresas y 12) los contratos públicos.

la información por parte de los ciudadanos y de las empresas y, por último, un control más riguroso de la aplicación de las normas del mercado único.

No fue hasta 2013, a través de la Comunicación «Puertos: motor de crecimiento» que la Comisión Europea reconoció el fracaso de las medidas flexibles que fueron propuestas en 2007 en materia de acceso equitativo al mercado y transparencia, tras su impacto calificado de «reducido o nulo», al seguir existiendo en ese momento los mismos problemas y desafíos: la falta de igualdad unitaria de condiciones en el sector; agravados por intervenciones nacionales que amenazaban en fragmentar todavía más el mercado interior y la continua evolución de la infraestructura portuaria, así como las continuas sus necesidades de adaptación y modernización de los servicios portuarios. La política portuaria, llamada a revisión, se anunciaba como afectada por los problemas estructurales debidos a una conectividad insuficiente con el interior, la falta de transparencia en el uso de fondos públicos, las barreras de acceso al mercado, los modelos de gobernanza anticuados y una burocracia excesiva que afectaba al rendimiento de muchos otros puertos<sup>408</sup>.

En este contexto de revisión de la política portuaria en el marco de la Unión Europea, la Comisión Europea renunció a la preparación de una nueva Directiva y, tras años de presión por parte de la Federación de Trabajadores del Transporte Europeo (ETF)<sup>409</sup>, abrió un diálogo social en materia de trabajo portuario, que se vehiculó a través del Comité de diálogo Social Sectorial Europeo<sup>410</sup>. Éste fue creado el 19 de junio de 2013 entre las autoridades portuarias, los operadores de terminales, los estibadores y otros trabajadores portuarios en el marco de la Unión Europea, siendo acogido por la Comisión Europea como plataforma de diálogo social a escala europea entre trabajadores portuarios y empleadores. El objeto del Comité era analizar los desafíos del sector y contribuir a alcanzar sus objetivos a largo plazo, prestando especial atención a la creación de más puestos de trabajo y nuevas oportunidades<sup>411</sup>.

De hecho, en la Comunicación de la Comisión de 2013, ésta ya ponía de manifiesto que había emprendido un proyecto, que iniciaría antes de finalizar 2013, para desarrollar y recoger

---

<sup>408</sup> En el marco de la estrategia marcada por la COM(2013) 295 final, se abordaban los siguientes planteamientos y acciones: 1) La conexión de los puertos con la Red Transeuropea (acción 1) y la focalización de la financiación de la UE (acción 2); 2) La modernización de los servicios portuarios a través del acceso equitativo al mercado (acción 3), la supervisión del precio y la calidad, la simplificación administrativa en los puertos (acción 4); 3) Las inversiones atractivas en los puertos, a través de la financiación transparente, la aclaración de las normas sobre ayudas estatales (acción 5), la mayor eficacia de los gravámenes de infraestructura portuaria y la dimensión internacional; 4) La promoción del diálogo social (acción 6), la salud, seguridad y formación (acción 7); 5) La mejora del perfil ambiental de los puertos (acción 8); 6) Fomento de la innovación.

<sup>409</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. *El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores...* Op. Cit. Pág. 84.

<sup>410</sup> Integrado por los siguientes agentes sociales: la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF), el Consejo Internacional de Estibadores (IDC), la Organización Europea de Puertos Marítimos (ESPO) y la Federación de la Empresa Privada Europea Operadores Portuarios (FEPORT).

<sup>411</sup> Forma parte del modelo social europeo y es reconocido como una herramienta de buena gobernanza y de subsidiariedad social, con capacidad de adaptación de la sociedad y ayuda para atenuar el impacto social negativo de la recesión y de la crisis.

información sobre el rendimiento de los puertos<sup>412</sup> al tiempo que aludía a la propuesta de Reglamento presentada en paralelo al Parlamento Europeo y al Consejo con el objetivo de regular los aspectos esenciales del acceso al mercado de los servicios portuarios, la transparencia financiera y la autonomía de los puertos<sup>413</sup>. En este sentido, la creación del Comité de Diálogo Social Sectorial Europeo formaba parte de un plan de acción que acompañaba a la propuesta legislativa de la Comisión Europea, con el fin de proporcionar soporte técnico y administrativo a dicho diálogo para abarcar debates, consultas, negociaciones y acciones conjuntas con participación de organizaciones representantes de ambos interlocutores sociales (empresarios y trabajadores)<sup>414</sup>.

La propuesta de reglamento buscaba la modernización de los servicios portuarios para absorber más mercancías y pasajeros, la reducción de restricciones y situaciones de abuso de mercado por parte de proveedores de servicios portuarios, la mejora de la coordinación en los puertos y la simplificación la actividad comercial de transportistas, operadores logísticos y propietarios de la carga, con menor tiempo y coste. Por otro lado, también buscaba mayor transparencia financiera y autonomía para atraer inversiones, reduciendo situaciones de ventaja competitiva injustificadas<sup>415</sup>.

No obstante, la propuesta de Reglamento exenciónó los servicios de manipulación de mercancías de la aplicación de determinadas disposiciones, vinculadas al acceso al mercado y la libre prestación de servicios<sup>416</sup>. La Comisión Europea consideraba que, en cuanto refería al acceso al mercado de los servicios de manipulación de carga, no había necesidad de proponer nuevas medidas. Nótese que, en el resumen de la acción de la propuesta de Reglamento, se establecía que la libre prestación de servicios se aplicaría a los servicios portuarios y que, aunque los organismos gestores de los puertos podrían imponer requisitos mínimos a los proveedores de servicios portuarios concretos, éstos se referirían exclusivamente a las cualificaciones profesionales, a los equipos necesarios o a la seguridad

---

<sup>412</sup> En el marco del 7º Programa Marco de IDT en el ámbito del transporte: convocatoria de propuestas de 2013.

<sup>413</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea un marco sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios y la transparencia financiera de los puertos. Bruselas, 23.5.2013 (COM (2013) 296 final- y la Comunicación «Puertos: una maquinaria para el crecimiento» -COM (2013) 295 final.

<sup>414</sup> La propia Comunicación afirmaba que la Comisión esperaba que los interlocutores sociales pudieran abordar los aspectos de la organización del trabajo y condiciones laborales en los puertos, comprometiéndose a la evaluación de los resultados en 2016. Sobre el difícil pronóstico del diálogo social emprendido por ese nuevo Comité y la indefinición a la que se abocaba en orden a cumplir el contenido de la posterior STJUE de 11 de diciembre de 2014 (C.576/2013), véase RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M., «La libertad de establecimiento ex art. 49 TFUE y el régimen español del trabajo portuario», *Derecho de las relaciones laborales*, N° 1, abril 2015, Pág. 28 y ss.

<sup>415</sup> Sobre los objetivos de la propuesta de reglamento, véase FERNÁNDEZ PRIETO, M. *La relación laboral de la estiba tras la STJUE de 11 de diciembre de 2014...* Op. Cit. Pág. 555 y ss.

<sup>416</sup> Véase el Capítulo II, sobre «Prestación de servicios portuarios», cuya aplicación podrían decidir libremente los Estados miembros en relación a los servicios de manipulación de carga y el artículo 11 de la Propuesta de Reglamento, en relación con el Capítulo III sobre «Autonomía y transparencia financiera» (artículos 12 a 14 -transparencia de las relaciones financieras, tasas por servicios portuarios y cánones de infraestructuras portuarias-).

marítima, así como a la seguridad general y a la protección en el puerto, sin olvidar los requisitos medioambientales, no pudiendo constituir un modo de implícita introducción de barreras de mercado.

La exclusión de los servicios de manipulación de carga de su ámbito de aplicación se efectuaba bajo la consideración que «unas disposiciones legales adicionales podrían socavar los esfuerzos que se están realizando para iniciar un diálogo social a nivel de la Unión», aduciendo que frecuentemente estos servicios están organizados a través de contratos de concesión incluidos en el ámbito de aplicación de una propuesta de Directiva sobre la adjudicación de contratos de concesión<sup>417</sup> y que «a diferencia de los servicios de practicaaje para entrar y salir de los puertos, los servicios de practicaaje que se llevan a cabo en alta mar no tienen un impacto directo sobre la eficiencia de los puertos, y por ello no es preciso incluirlos en este Reglamento<sup>418</sup>».

Por su lado, la exclusión de la aplicación de las normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos en la prestación de servicios portuarios de manipulación de carga, pasaje y practicaaje, se mantuvo en la versión definitiva de la norma, esto es, el Reglamento (UE) 2017/352, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se creó un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptaron normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos<sup>419</sup>. Es más, mientras que en cuanto al practicaaje se recogía la posibilidad de que los Estados miembros aplicaran lo dispuesto en el Capítulo II sobre «prestación de servicios portuarios», respecto al servicio de manipulación de mercancías se silenció tal posibilidad<sup>420</sup>. Sin embargo, el Considerando 38º del Reglamento no excluyó, para los servicios de manipulación de carga, la aplicabilidad del Capítulo II del Reglamento en materia de servicios portuarios, señalando que los Estados miembros deben seguir teniendo libertad para decidir en torno a la aplicación de las normas de dicho capítulo a estos servicios o al mantenimiento de la normativa nacional vigente en materia de acceso al mercado, respetando siempre los principios esenciales establecidos en la Jurisprudencia del TJUE: transparencia y no discriminación<sup>421</sup>.

Una vez confirmado el fracaso del derecho derivado en la regulación del trabajo de la estiba portuaria en el marco de la Unión, no puede cerrarse el presente apartado sin la siguiente

---

<sup>417</sup> COM (2011)897 final.

<sup>418</sup> *Vid.* 413.

<sup>419</sup> DOUE L 57/1, de 3 de marzo de 2017.

<sup>420</sup> En el artículo 10.1 y 10.2, respectivamente, del Reglamento (DOUE de 3 de marzo de 2017). Sin embargo, el precepto citado prosigue señalando que «los Estados miembros podrán decidir aplicar al practicaaje lo dispuesto en el (citado) capítulo», sin mencionar nada respecto a los restantes servicios, *a priori* excluidos. Véase, sobre el ámbito de aplicación del Reglamento, FERNÁNDEZ PROL, F.; «Relación laboral de estiba portuaria y libertad de establecimiento: la respuesta en derecho interno», en *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*, Bosch Editor, 2017; Pág. 228 y ss.

<sup>421</sup> Aborda estos principios FERNÁNDEZ PRIETO, M. en *La relación laboral de la estiba tras la STJUE de 11 de diciembre de 2014...* *Op. Cit.* Pág. 556.



reflexión teórica: la naturaleza liberalizadora de la regulación comunitaria pretendida, de haber prosperado, hubiera planteado graves problemas de compatibilidad con el Convenio núm. 137 de la OIT. Nótese que, en perspectiva diacrónica paralela, se manifestó una contradicción de lógicas en el panorama multinivel: internacional y comunitario; dado que la primera propuesta de Directiva por parte de la Comisión Europea se adoptó paralelamente a que la Comisión de Expertos de la OIT, dedicara su Estudio General al Convenio núm. 137 (1973) y a la Recomendación 145 sobre el trabajo portuario, en el que se preconizó una cierta regularización del empleo en el trabajo portuario<sup>422</sup>. El autor Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer sintetiza elocuentemente la contraposición de enfoques entre los distintos niveles de regulación, orientándose la visión de la Unión Europea desde la libertad de prestación de servicios y el enfoque de la OIT desde la problemática específica de los trabajadores portuarios y su especial situación jurídica<sup>423</sup>, visiones que a pesar de discurrir en paralelo evidencian claros puntos de confrontación.

La contraposición entre el nivel regulador internacional y los intentos de regulación comunitaria no es la única que conduce a puntos de colisión entre ambos modelos. La propuesta de Directiva comunitaria también presentaba aspectos que difieren de pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria relativos a este sector de actividad, en materia de liberalización del mercado de servicios portuarios, en función de las circunstancias y matices concurrentes en cada supuesto sometido al examen del Tribunal. Véase a continuación algunos precedentes judiciales que son muestra evidente de ello.

## 2.2. Referencias comparadas de liberalización del sector portuario por la vía judicial en el marco de la UE

La dificultad del proceso de acomodo del sistema de empleo portuario español a los principios y libertades de la Unión Europea no sólo ha sido una constante en nuestro ordenamiento jurídico<sup>424</sup>, sino que el complejo modo de adaptarse a estos cuenta con otros ejemplos comparados de países en los cuales el tráfico marítimo y trabajo portuario

---

<sup>422</sup> *Vid.* 315.

<sup>423</sup> *Vid.* 358.

<sup>424</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. en «La relación laboral especial de los estibadores portuarios», Ed. Trotta, 1997. Págs. 44-45, ya apunta a la existencia de particularidades no como novedad del extinto RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sino como una «constante» en nuestro ordenamiento jurídico; siendo harto elocuente el título que encabeza esta disquisición en particular, esto es, «La generalidad de las especialidades». En su reciente obra, RODRÍGUEZ RAMOS, P.; «*El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro...*». *Op. Cit.*, Pág. 81, identifica las siguientes circunstancias como causas generadoras de los problemas adaptativos a los imperativos comunitarios y libertades constitucionales en nuestro ordenamiento y en los de nuestro entorno: «la tradicional irregularidad del trabajo en los puertos, la necesidad por parte de las empresas estibadoras de contar con mano de obra cualificada y las exigencias derivadas del interés general que la actividad posee para toda la economía han conducido a la conformación de un mecanismo de intermediación y puesta a disposición de mano de obra que, diferencias propias aparte, obedecen a similar filosofía y reúnen algunos caracteres muy parecidos: relaciones laborales triangulares, especialidad de la relación, dificultades en la identificación del empresario, *pools* de trabajadores, prioridad en el acceso al empleo, garantía de ingresos mínimos, cierto control público del proceso».

desprende sustancial relevancia; con independencia de haber o no ratificado el Convenio núm. 137 de la OIT.

El impacto en el ordenamiento jurídico español de la Sentencia dictada por el TJUE de 11 de diciembre de 2014 en el Asunto C-576<sup>425</sup>, que será objeto de examen más adelante, ha marcado un punto de inflexión que otros países ya han debido afrontar previamente, en términos similares, en sus ordenamientos jurídicos internos. El objetivo del presente, pues, no radica únicamente en analizar la relación laboral de los estibadores portuarios desde un contexto comparado, sino en abordar la misma con una perspectiva crítica ante la necesidad de integración definitiva del sector en el marco jurídico comunitario, adaptación que en nuestro ordenamiento no pudo culminarse con plenitud a través del RD-Ley 2/1986, dada la fuerte resistencia del sector a acomodarse a la flexibilidad pretendida para las actividades vinculadas al tráfico portuario en el ámbito europeo.

Los precedentes comparados que se analizarán a continuación corresponden a países que dieron un importante giro, en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, hacia la liberalización del sector de la estiba y desestiba: Reino Unido (sin previa ratificación del C137), Italia y Bélgica (con previa ratificación del C137 y a través de la vía judicial comunitaria). Como se verá, en determinados aspectos y momentos temporales de sus respectivos procesos de adaptación, estos países mantuvieron ciertos paralelismos y similitudes con el sistema español de trabajo portuario que fue sometido a examen a través del citado Asunto C-576.

#### a) Reino Unido: La «Dock Work Act» de 1989 y la «National Dock Labour Board»

Como se verá *ad infra*, en el ámbito del Reino Unido, se observa una realidad que guardaría ciertos paralelismos con el caso español, marcados por la figura de la «National Dock Labour Board» (NDLB), de esencia paritaria y encargada de intermediar en la contratación de estibadores portuarios. Este organismo recuerda tanto al monopolio de gestión creado a través de las extintas «SAGEP» así como a las competencias y facultades atribuidas a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal (CPSE), sobre la que se abundará más adelante. Además, ya en los años 80-90 el Reino Unido transitó hacia un modelo de relación laboral común, huyendo de una especialidad que, en España, no se ha producido hasta el año 2017, y con escasa eficacia práctica, como se argumentará en los Capítulos IV y V.

El Reino Unido ha sido un Estado ribereño con larga tradición de actividad portuaria y tráfico marítimo de mercancías. A pesar de que su sistema jurídico, de tradición anglosajona, es el *common law* y que recientemente ha dejado de formar parte de la Unión Europea<sup>426</sup>, la

---

<sup>425</sup> *Vid.* 11.

<sup>426</sup> Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020, relativa a la celebración del Acuerdo sobre retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

evolución de la relación laboral de los estibadores portuarios (*dockers* o *dock workers*) en dicho país se revela como un precedente ilustrativo de la distorsión del principio de libre circulación de mercancías y servicios durante su pertenencia a la Unión Europea. La concurrencia de circunstancias socioeconómicas, jurídicas y políticas distintas a las nuestras no han sido óbice para que se interrelacionase con países de tradición continental y no se presentan, ahora, como impositivas para analizarse como precedente comparado. No puede obviarse, además, que en el Reino Unido la relación laboral de este colectivo sufrió un cambio de categorización con fuertes consecuencias que impactaron en el sector que podrían guardar paralelismo con la supresión de la condición de «especial» llevada a cabo en nuestro ordenamiento a través de la aprobación de una nueva normativa reguladora de esta relación laboral (RD-Ley 8/2017)<sup>427</sup>, tras dictarse la Sentencia de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576)<sup>428</sup>, más allá de existir ciertos puntos de confluencia entre los sucesos acaecidos durante los respectivos procesos de integración europeos.

En ambos ordenamientos se llevaron a cabo adaptaciones normativas en sus respectivos procesos de acomodo en el marco europeo. Mientras que la incorporación del Reino de España en la Comunidad Europea en 1986 coincidió, temporalmente, con la aprobación del antecitado RD-Ley 2/1986<sup>429</sup>- normativa reguladora que ha estado vigente en materia de estiba portuaria hasta el cambio operado a través del RD-Ley 4/2017 y 8/2017-, en el Reino Unido la inminencia de la culminación del proceso de Mercado Único<sup>430</sup> llevó a la adopción de la *Dock Work Act* de 1989, que asimilaba la relación laboral de los estibadores portuarios a los demás trabajadores ordinarios, incorporándoles en el régimen común de las relaciones laborales<sup>431</sup>. La integración en el sistema común, sin embargo, no supuso la desaparición de

---

<sup>427</sup> *Vid.* 7.

<sup>428</sup> Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y posterior Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo (*Vid.* 5).

<sup>429</sup> En su Exposición de Motivos, se justificaba la urgencia de la revisión de la regulación afirmándose que: «La renovación de este entorno institucional se ve urgida especialmente a partir del momento de la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, puesto que en esta nueva situación se hace cada vez más necesario contar con un marco jurídico apropiado que permita la flexibilidad y eficacia requeridas para el desarrollo en el ámbito europeo de las actividades vinculadas al tráfico portuario». En el momento de aprobarse dicho RD-Ley, la relación laboral de los estibadores portuarios se categorizaba como «especial» en el artículo 2.1.g) del vigente Estatuto de los Trabajadores.

<sup>430</sup> DOCE de 29 de junio de 1987, Acta Única Europea. En su artículo 13, completaba el artículo 8 A del TCEE con la siguiente dicción: «La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992 (...) El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado».

<sup>431</sup> En nuestro ordenamiento, tenía la consideración de Relación Laboral Común antes de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 186, de 4 de agosto de 1984), en cuya Disposición Adicional Primera se estableció su consideración de especial y su inclusión en el elenco de relaciones laborales especiales reguladas en el artículo 2.1 del citado Estatuto (en concreto, en el artículo 2.1.g), el contenido de la cual fue desarrollada en el Título V (artículos 13 a 19) del Real decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques. Tras haberse considerado «especial» durante casi cuatro décadas, se ha vuelto a categorizar como común tras la aprobación del RD-Ley 4/2017 y 8/2017 2017, una vez dictada la Sentencia del TJUE de 11 de

las especialidades de las relaciones laborales de los *dockers*, y parte de la doctrina británica consideró que obedecía a una tendencia del Derecho del Trabajo inglés sobre el «status del contrato»<sup>432</sup>.

La *Dock Work Act* pretendía superar las incomodidades propias de la ocasionalidad en la oferta de empleo, en la búsqueda del denominado «scheme for decasualization of employment on the docks». A pesar de que a principios del siglo XX la mayoría de las operaciones portuarias de los puertos británicos se llevaban a cabo por empleadores y trabajadores «casual» y que ello se consideraba tanto natural como esencial o inherente al propio sistema<sup>433</sup>; las voces disidentes proliferaron desde principios de siglo, tal como muestra el «Minority Report of the Poor Law Commission of 1909»<sup>434</sup> que conectaba el trabajo «casual» con la vivienda indigna, falta de salud y condiciones sanitarias deficientes.

El sistema que quedó superado tras la aprobación de la *Dock Work Act* venía determinado por un organismo central, la «National Dock Labour Board»<sup>435</sup> encargado de la organización del empleo de los estibadores portuarios y que era considerado como un «intermediario» entre los trabajadores y empleadores por parte de la doctrina<sup>436</sup>.

El proceso de gestación de la *Dock Work Act* de 1989 tiene su origen en las críticas de las empresas portuarias frente los acuerdos colectivos «Schemes»<sup>437</sup>, considerados contrarios a sus intereses. Los motivos que promovieron dicha Ley se plasmaron en un documento

---

diciembre de 2014, que ha dejado de calificarla como «especial» en el Estatuto de los Trabajadores. En la reforma operada a través del RD-Ley 2/1986, pues, la relación laboral de este colectivo tenía la condición de «especial».

<sup>432</sup> SELWIN, N. M. «Law of Employment», 7ª Ed., *Butterworths*, London, 1991. Págs. 36-37.

<sup>433</sup> Recuérdese como Lascelles y Bullock, en 1924, esgrimían que el sistema de empleo «casual» debía existir en la industria del trabajo portuario dado que, por su naturaleza, éste estaba sujeto a frecuentes y violentas fluctuaciones no previsibles. JACKSON, M. P. «The Decasualization of Dock Labour», *Department of Sociology, University of Stirling*, enero de 1972. Págs. 19-20 y «Labour relations on the docks», Saxon House, Hants, 1973; JENSEN, V. H. «Decasualization and modernization of dock work in London», *ILR Paperback*, 9, 1971.

<sup>434</sup> «Royal Commission on the Poor Laws and Relief of Distress», *Great Britain*, 1909.

<sup>435</sup> Estaba compuesto por 12 miembros, incluyendo al presidente y vicepresidente, previa designación por parte del Ministerio. Como mínimo, incluía a cuatro representantes de cada sector de la industria.

<sup>436</sup> JACKSON, M. P. *Labour relations on the docks... Op. Cit.* Pág. 37.

<sup>437</sup> Antes de la aparición de los «Schemes» debemos remontarnos a un remoto precedente, cual es «*Harbours, Docks and Piers Clauses Act*» de 1847 (época victoriana) que autorizaba a los empresarios a redactar normas estatutarias reguladoras de los derechos y obligaciones de los trabajadores. Sin embargo, los orígenes del sistema de relaciones laborales portuarias de gran parte del siglo XX en Reino Unido se sitúan en las «Reglamentaciones» («Schemes») no oficiales aprobadas en Liverpool (1912) y Londres antes de la Primera Guerra Mundial, basados en acuerdos colectivos que tenían como objetivo controlar el trabajo ocasional y asegurar el servicio de carga y descarga, a través de un sistema de registro de trabajadores y empresarios. La llegada de la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de priorizar la cobertura permanente de los servicios de carga y descarga provocó que se intervinieran desde el sistema público las «Reglamentaciones» (de origen convencional) a través de las «Orders», que actuaron como antecedente de la Ley marco «*Dock Workers (Regulation of Employment) Act*» de 1946. Véase el análisis sobre los orígenes de la *Dock Work Act* de 1989 en CABEZA, J. «La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido», *Civitas, Revista española de derecho del trabajo*, N° 84, 1997. Págs. 557-560.

publicado a instancias del Gobierno, denominado *White Paper Employment on the ports: the Dock Labour Scheme* (1989)<sup>438</sup>.

Como consecuencia de la constante evolución de la tecnificación de los trabajos de estiba y desestiba, la dificultad para garantizar ingresos salariales en periodos de ausencia de actividad se hizo patente<sup>439</sup>. No fue hasta el *Scheme* de 1967 que se logró que cada *docker* incorporado en un registro se destinara, una vez registrado, a un empresario concreto con carácter definitivo, el cual se encargaba de abonar el salario en periodos de inactividad. La principal característica de esta regulación fue el rígido control del trabajo portuario llevado a cabo por parte de los «*Local Dock Labour Board*», organismo encargado de reclutar estibadores portuarios y determinar los que podían inscribirse en los registros y ser elegidos; así como también de controlar las sanciones disciplinarias y amortizaciones de puestos de trabajo aplicables a dicho personal. En los restantes aspectos, el control de la actividad de estiba y desestiba se reservaba a los empresarios y trabajadores inscritos en los registros correspondientes.

Las necesidades de amortización de puestos de trabajo se generaron durante los años sesenta y setenta, como consecuencia de un exceso de mano de obra provocado por la tecnificación de las operaciones portuarias y el hecho de que el comercio marítimo británico se orientara hacia puertos no regidos por el *Scheme*, por estar excluidos de la lista de puertos a los cuales éste les era de aplicación<sup>440</sup>.

El rígido y estricto sistema de obtención de licencias para las empresas que querían dedicarse a la actividad de la estiba portuaria provocó un descenso en el volumen de registros de empresarios y, por consiguiente, también incidió en el aumento de los excedentes de mano de obra. Estas circunstancias impactaron fuertemente en la desconfianza de los *dockers* hacia lo que había supuesto un avance en sus condiciones de trabajo y su miedo a volver a situaciones de precariedad y ocasionalidad en el empleo ocasionó una fuerte oleada de huelgas. La conflictividad se resolvió a través de los *Aldington-Jones Agreements* (1972)<sup>441</sup> que, aun sin tener eficacia normativa, fueron respetados por los empresarios; obligando a éstos a mantener a los *dockers* aun sin disponer de trabajo en todo momento y admitiendo a aquéllos

---

<sup>438</sup> Según éste, las principales características del «*Scheme*» de 1947, que mantendrían su esencia hasta el año 1989, eran las siguientes: la existencia de un órgano paritario compuesto por representantes de los empresarios y de los trabajadores («*National Dock Labour Board*» -NDLB), encargado de interpretar y aplicar la «*Scheme*» y llevar el registro de empresarios y trabajadores; la definición del contenido del trabajo de estiba y desestiba y la inclusión de una lista de 84 puertos en los cuales el «*Scheme*» sería de aplicación.

<sup>439</sup> Si se quedaban sin trabajo, se incorporaban en un registro especial de trabajadores temporalmente excedentes («*Temporarily Unattached Register (TUR)*») y pasaban a depender directamente del NDLB o bien del análogo organismo local («*Local Dock Labour Board (LDB)*»), aunque el empresario formal era el NDLB, quien pagaba sus salarios y seguros sociales.

<sup>440</sup> *White Paper Employment on the ports: The Dock Labour Scheme* (1989) *Op. Cit.* Pág. 9 y ss.

<sup>441</sup> Denominación que hace honor a sus principales interlocutores: *Lord Aldington* (Presidente de la *Port of London Authority*) y *Mr. Jack Jones* (secretario de la *Transport and General Workers' Union*).

provenientes del registro especial de trabajadores excedentes en casos de cierre de su empresa empleadora.

En este contexto se reveló necesaria una nueva determinación del significado de las tareas propias de los *dockers*, pues los organismos paritarios diferían en la actualización de la definición del trabajo de carga y descarga. Por un lado, los trabajadores pretendían una delimitación de funciones más inclusiva, mientras que los empresarios propugnaban dejar al margen el mayor volumen de funciones posible para escapar de los estrictos esquemas del sector. En torno a esta cuestión se generó una abundante litigiosidad<sup>442</sup> que evidenció la imperante necesidad de nueva intervención legislativa, que llegó a través de la *Dock Work Regulation Act* (1976)<sup>443</sup>.

Esta Ley encargó al órgano paritario «NDLB» la revisión periódica de las circunstancias económicas y técnicas que pudieran afectar a la clasificación y cumplimiento del trabajo portuario, reservándose el pronunciamiento último al respecto de las concretas áreas portuarias incluidas en el ámbito de actuación de los estibadores al Secretario de Estado a través de *Orders*; al tiempo que permitió que en dicho órgano paritario se integraran otros miembros que permitieran representar los intereses más intersectoriales, en atención al valor estratégico del trabajo portuario<sup>444</sup>.

Sin embargo, a partir de los años sesenta los puertos que habían sido considerado, hasta entonces, como secundarios -a los cuales no se les aplicaba el *Scheme*-, fueron absorbiendo un volumen cada vez superior de tráfico marítimo, llegando a pasar de un tránsito del 10 por cien del total de la mercancía que entraba, salía o circulaba por Reino Unido en 1967 a un 30 por cien en 1987<sup>445</sup>. Ello se debía a la mayor flexibilidad en la adaptación de los estibadores a las nuevas tecnologías en aquellos puertos ajenos al *Scheme*, en los cuales la mayor polivalencia de la mano de obra vino acompañada de una mayor confianza e interés por parte de las empresas portuarias, al no ver sus *dockers* un descenso en la demanda de su mano de obra. Los *dockers* que prestaban servicios en estos puertos estaban sometidos al régimen común, suficiente para garantizar unas condiciones y derechos satisfactorios para los *dockers*

---

<sup>442</sup> Los litigios se resolvían, mayoritariamente, en términos restrictivos que reducían el contenido de la prestación laboral de los estibadores. Véase, sobre la litigiosidad generada en torno a este aspecto, *British Steel Corporation v. National Dock Labour Board*, «Knights Industrial Reports», XII, 1972, Pág. 99 y ss.; así como *National Dock Labour Board v. John Bland*, fallado por la *Court of Appeals*, que consideró que no podía entenderse como «cargamento» a una mercancía después de haber sido desembarcada y conducida en camiones hasta las dependencias de la empresa consignataria (por tanto, su manipulación no se reservaba a los *dockers*). Además, excluyó que su ubicación (en proximidades del puerto) correspondiera con el ámbito de actuación de dichos trabajadores. (CABEZA, J., La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido... *Op Cit.* Pág. 564.

<sup>443</sup> En relación con la *Dock Work Regulation Act*, véase «Legal justice and administrative justice», *The industrial law journal*, vol. 6, 1977; Pág. 99 y ss; en el cual se reconocía la complejidad de definir el trabajo de los estibadores. El papel protagonista conferido al NDLB equivalía a otorgar el derecho a veto a cualquiera de las partes, en la clasificación o no de un trabajo como *dock work*.

<sup>444</sup> A través del *National Joint Council for the Port Industry*, el *Trade Union Congress* (máximo órgano intersindical británico) y la *Confederation of the British Industry* (Confederación empresarial representativa a nivel nacional).

<sup>445</sup> *White Paper Employment on the ports...* *Op. Cit.* Pág. 12.

en ese momento, revelándose la *Dock Labour Scheme* como un anacronismo histórico pernicioso para los intereses de la economía británica<sup>446</sup>.

En este contexto de creciente descontento por parte de las empresas portuarias ante las dificultades de adaptar sus plantillas a las necesidades de mano de obra e incorporar las nuevas tecnologías, éstos se dirigieron al Gobierno para solicitar una nueva legislación que derogaran todas las especialidades jurídico-laborales existentes en el sector de la estiba portuaria. El ejecutivo del momento<sup>447</sup> se mostró receptivo y, el 6 de abril de 1989, publicó el ya mentado *White Paper «Employment in the Ports: The Dock Labour Scheme»*, orientado fundamentalmente en el inminente Mercado Único Europeo (que precisaba la preservación de la competitividad ante los crecientes puertos de Bélgica, Holanda, Francia y Alemania) y en las distorsiones generadas en el mercado de trabajo<sup>448</sup>, hasta entonces, por el *Scheme*<sup>449</sup>.

Ahora bien, mientras que las posiciones sindicales abogaban por la adopción de un acuerdo de ámbito nacional, la representación de los empresarios propugnaba que el ámbito de negociación de esta materia debía ser la local. El proyecto de ley, por tanto, agitó las respectivas posiciones y de nuevo se convocó una huelga en el sector<sup>450</sup> que tenía como objeto forzar la negociación de un convenio colectivo, pero que, a la postre, no impidió que se aprobara la *Dock Work Act* el 3 de julio de 1989<sup>451</sup>.

La *Dock Work Act* de 1989, como se anticipaba anteriormente, marcó un punto de inflexión<sup>452</sup> en la regulación del sector de la estiba portuaria en Reino Unido. Sus cometidos básicos

---

<sup>446</sup> CABEZA, J. «La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido... *Op. Cit.* Pág. 566.

<sup>447</sup> A cargo de Mrs. Thatcher.

<sup>448</sup> Estas distorsiones son objeto de detalle por CABEZA PEREIRO, J. en «La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido... *Op. Cit.* Pág. 568; y se centraron en los siguientes aspectos: 1) imposibilidad de los empresarios de aplicar cambios ante el veto de los sindicatos en los órganos paritarios; 2) declive de los *dockers* incluidos en el registro y auge de aquéllos regidos por la normativa común; 3) ineficiencia y escaso rendimiento de mano de obra debido a prácticas restrictivas y a la amenaza de constantes huelgas; 4) perjuicio a la población joven demandante de empleo debido a la reticencia de los empresarios a crear puestos de trabajo; 5) costes innecesarios para los usuarios de los puertos; 6) afectación de las cuentas públicas por las indemnizaciones de las amortizaciones de puestos de trabajo debidas a excedentes de mano de obra; 7) la consideración de los vínculos familiares como criterio determinante en la designación de los pocos nuevos *dockers* que se inscribían en el registro; entre otros.

<sup>450</sup> Fue declarada como «dícita» en su enjuiciamiento por parte del *High Court* competente (*Associated British Ports and others v. Transport & General Workers Union, Court of Appeal -Associated British Ports and others v. Transport & General Workers Union [1989] IRLR 305* y la *House of Lords (Associated British Ports and others v. Transport & General Workers Union [1989] IRLR 399)*).

<sup>451</sup> Puede consultarse su contenido en «UK Public General Acts», 1989 c. 13, [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

<sup>452</sup> Como recuerda RODRÍGUEZ RAMOS, P. en «La relación laboral especial de los estibadores portuarios... *Op. Cit.* Págs. 49-50 son elocuentes las palabras del Informe Devlin (*Dock Workers -Devlin Report-*), para sintetizar el diseño del trabajo portuario que se dejaba atrás: «después de la introducción del plan del 1947, hubo dos caracteres del empleo en los puertos que diferían de los normales en la industria en general. Primero, que el setenta y cinco por ciento del trabajo no era un empleo regular y, segundo, que había una división, virtualmente desconocida en la industria, entre el empleador ocupacional (*the holding employer*), es decir, la *Board*, y el empleador operacional (*the operational employer*), que utilizaba los servicios del trabajador.

fueron la abolición de la *Dock Labour Scheme*<sup>453</sup>, la extinción del «NDLB»<sup>454</sup> y *Boards* de carácter local y la priorización de las amortizaciones<sup>455</sup> de puestos de trabajos que se generaran con ocasión de su entrada en vigor<sup>456</sup>.

Se observa, pues, que en Reino Unido la fuga de la «especialidad» de la relación y la vuelta a su condición de «común» ya se produjo entre los años 80 y 90, época a partir de la cual la tendencia liberalizadora de la legislación laboral británica fue una constante<sup>457</sup>, a la cual se aunó la falta de negociación colectiva a nivel nacional y la escasa a nivel local que provocó la imposibilidad de adoptarse ningún convenio colectivo, con el consiguiente incremento del poder de dirección del empresario y el auge de la dinámica huelguística como muestra tradicional del contexto de conflictividad laboral. Como concluye Cabeza en su obra<sup>458</sup>, ello no es más que muestra evidente de que «cuando el Derecho se retira, se recurre a las formas más tradicionales de acción colectiva que se creían para siempre olvidadas».

En nuestro ordenamiento jurídico, como se ha apuntado anteriormente, el tránsito hacia la categorización de la relación como «común» no se produjo hasta 2017, a través de dos Real-Decretos Ley que pretendían dar cumplimiento a la Sentencia de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576). Sin embargo, la evolución de estructura del sistema normativo portuario en Reino Unido y las peculiaridades en la prestación de servicios portuarios mantiene paralelismos con la evolución que ha seguido el sistema español hasta 2017. Estas particularidades se han presentado, con especial significación, en el momento de acceder al mercado, a través de una figura u organismo de naturaleza «semipública» o con control de la Administración que «trianguliza» el esquema de la relación laboral, situándose entre los trabajadores y la empresa estibadora y, asimismo, garantizando derechos económicos en periodos de ausencia de actividad. Por su lado, el extinto organismo paritario NDLB, su

---

<sup>453</sup> Derogó la *Dock Work Regulation Act* de 1976 y extinguió el *Scheme* de 1967. También derogó el artículo 145 de la *Employment Protection (Consolidation) Act* de 1978 -la cual excluía a los *dockers* del ámbito de aplicación de muchos de sus preceptos- pasando los *dockers* a dejar de estar sujetos a reglas especiales e incluirse en la legislación laboral común (esencialmente, en la *Employment Rights Act* de 1996).

<sup>454</sup> Quedó disuelto, definitivamente, en 1990, a través de la *Order* nº 1158, con efectos 30 de junio; aunque hasta que se extinguió se autorizó al Secretario de Estado para que designara a personas que actuaran en su lugar en caso de que existieran desviaciones respecto de las directrices impuestas por la Ley.

<sup>455</sup> Se estableció una regulación transitoria en virtud de la cual la Secretaría de Estado podía contribuir con el empresario en el abono de la indemnización debida al trabajador. Estas medidas transitorias se aplicaron desde la fecha de la entrada en vigor de la Ley y hasta el 31 de julio de 1992, garantizando una mayor indemnización a los trabajadores que se acogieran a ellas que las previstas en la *Employment Protection (Consolidation) Act* de 1978. Sobre las amortizaciones, nos remitimos al clásico GRUNFELD, C. «The Law of Redundancy», Ed. *Sweet & Maxwell*, London, 1989.

<sup>456</sup> En relación a esta nueva Ley, véase BRODIE, D. «The Dock Work Act 1989», *The Industrial Law Journal*, Vol. XVIII, 1989. Pág. 230 y ss.

<sup>457</sup> Se pasaron a reducir los salarios -fruto de la descentralización productiva-, se aumentaron las jornadas diarias, las exigencias de disponibilidad y se flexibilizó la protección de la seguridad y la salud, con el añadido de la ausencia de negociación colectiva a nivel nacional. Véase, sobre estas consecuencias, la descripción contenida en *Port of London Authority v. Payne & Ors*, 1993, EWCA, Civ 26 (3 de noviembre).

<sup>458</sup> CABEZA, J. en «La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido... *Op. Cit.* Pág. 572.



ámbito de competencias y funcionalidades también guardaría similitudes con la figura de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal (CPSE), regulada en los acuerdos marco del sector de la estiba en el ámbito español y sobre la que más adelante se abundará.

En este sentido, aunque en momentos alejados temporalmente, las fases por las cuales el ordenamiento jurídico británico ha transitado para llegar a la estructura liberalizada derivada de la *Dock Work Act* (1989) pueden proyectarse como un referente comparado sobre los cambios que, posteriormente, impactarán en el sistema portuario español.

## b) El «judicial law-making process» en Italia: Reforma del régimen jurídico italiano y su acomodo a las libertades de circulación y a la libre competencia

El «judicial law-making process» en el ámbito italiano se produjo con ocasión de la Sentencia del TJUE dictada en el Asunto «Merci», en la cual se analizaba el derecho de determinadas empresas o compañías portuarias encargadas de organizar el trabajo de carga y descarga de mercancías desde una posición dominante en el mercado, contraria al artículo 106.1 TFUE, al constituir un monopolio de gestión del trabajo de la estiba a través de compañías de las que formaban parte los estibadores de nacionalidad italiana, con las que éstos mantenían relaciones de tipo asociativo, con cierre del mercado a terceros países y trabajadores no nacionales, restringiendo asimismo la libre circulación en el marco de la Unión. La fórmula dual por la que se abogó con el fin de adecuar el sistema italiano de la estiba a las libertades de la UE - que podría haberse tomado como referencia para abordar el proceso de liberalización español- pasó por transformar las compañías de gestión en sociedades que pudieran concurrir libremente en el mercado con otras empresas, así como constituir las en sociedades cooperativas, sometidas a las limitaciones de obstaculización, restricción o falseamiento de la libre competencia en función de sus comportamientos. Como se verá en los Capítulos IV y V del presente estudio, la esencia cooperativa no será, en rigor, la elegida finalmente por el legislador en la creación de los CPE de «base mutualista».

En sus orígenes, el régimen jurídico que regulaba el sistema de trabajo portuario se encontraba, fundamentalmente, en el Código de la Navegación<sup>459</sup> y en el Reglamento de la Navegación Marítima<sup>460</sup>.

En virtud del artículo 110 del Código de la Navegación, el personal empleado en las operaciones portuarias (debidamente inscrito en registros)<sup>461</sup> se constituía en compañías o en grupos, dotados de personalidad jurídica propia y sometidos a la vigilancia de la autoridad encargada de la regulación de los trabajos portuarios. En este sentido, dicho precepto

---

<sup>459</sup> *Codice Navigazione* (Real Decreto n° 327, de 30 de marzo de 1942).

<sup>460</sup> *Regolamento Navigazione Marittima* (Decreto del Presidente de la República n° 328, de 15 de febrero de 1952).

<sup>461</sup> Se denominaba *maestranze portuali*, calificación íntimamente relacionada con la inscripción en registros especiales, para cuyo acceso se exigía la nacionalidad italiana (artículos 150 y 152 del Reglamento de la Navegación Marítima).

reservaba a estas compañías o grupos la realización de las operaciones de embarque, desembarque, transbordo, depósito y movimiento en general de mercancías o de cualquier material en el puerto. Esta exclusividad para la realización confiaba la actividad operacional en el puerto a empresas que constituían, por regla general, personas jurídicas de Derecho privado, debiendo recurrir exclusivamente, para la realización de las operaciones portuarias, al personal dependiente de las compañías; *so pena* de incurrir en infracciones penales en caso de que cualquier usuario infringiera las normas sobre el empleo del personal<sup>462</sup>. Los trabajadores portuarios (ya fueran fijos o temporales) debían inscribirse en registros, sujeto a distintos requisitos, entre ellos, el de tener la nacionalidad italiana<sup>463</sup>.

La reserva aludida únicamente se veía excepcionada en supuestos especiales establecidos por el Ministro para la Marina Mercantil, por motivos de interés público, como exigencias de carácter general o casos de satisfacción de particulares necesidades o conveniencias en interés del servicio o de la economía nacional<sup>464</sup>.

La actividad portuaria era ejercida, por la vía de la concesión<sup>465</sup>, por las Empresas Estibadoras que actuaban por cuenta de terceros y estaban obligadas a emplear al personal constituido en compañías o grupos<sup>466</sup>.

El anterior esquema conducía a cruces entre trabajadores portuarios, compañías, Empresas Estibadoras y terceros usuarios solicitantes de los servicios de éstas que guardaba ciertos paralelismos con el sistema español articulado en torno a las SAGEP<sup>467</sup>, el cual se ha mantenido, al menos a nivel formal, hasta la reforma llevada a cabo a través del RD-Ley 8/2017 en cumplimiento de la Sentencia dictada por el TJUE de 11 de diciembre de 2014 en el Asunto C-576; sistema sobre el cual se abundará más adelante.

Las relaciones entre los distintos sujetos intervinientes en la relación contractual generaron una división entre la doctrina científica en torno a la determinación de los verdaderos sujetos en las relaciones laborales y el carácter subordinado o no de sus vinculaciones. Parte de la

---

<sup>462</sup> Artículo 1172 del Código de la Navegación.

<sup>463</sup> Artículos 150, 152, 156, 194 y 194 ter. del Reglamento de la Navegación Marítima.

<sup>464</sup> Una manifestación de conveniencias o necesidades en interés del servicio o economía nacional eran las dispensas acordadas a favor de singulares establecimientos costeros o de una pluralidad de empresas que operaban en una determinada zona industrial conocidas como «autonomía funcional». Dicha denominación respondía al hecho que los beneficiarios, localizados en áreas portuarias en concesión, eran libres de emplear personal propio para la ejecución de las operaciones portuarias, utilizándolo en modo más idóneo a las exigencias del proceso productivo (RODRÍGUEZ RAMOS, P. *El régimen jurídico... Op. Cit.* Pág. 98). Sobre las excepciones a la reserva general, véase CORBINO M.<sup>a</sup> I. «Le operazioni portuali», Quaderni della rivista Trasporti, n° 6, Padova, 1979.

<sup>466</sup> Artículo 111 del Código de la Navegación. Este precepto también permitía que la concesión se otorgara al a propia compañía de trabajadores portuarios, y la compañía podía emplear directamente mano de obra para realizar operaciones portuarias por cuenta propia, a través de la debida autorización (artículo 201 del Reglamento de Navegación Marítima).

<sup>467</sup> Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios.

doctrina sustentaba que la naturaleza societaria de la compañía enervaba la calificación de las relaciones entre los estibadores y los socios de estas como laborales y la jurisprudencia llegó a defenderla en base a la consideración de la existencia de «relaciones de tipo asociativo»<sup>468</sup>; frente a otros que no daban entidad al hecho que los trabajadores prestaran servicios a título de aportación social para reconocerles una relación subordinada con respecto a la compañía en cuestión<sup>469</sup>.

Otro sector doctrinal entendía, en base al ordenamiento italiano y las disposiciones comunitarias, que tenían la consideración de «trabajadores dependientes» en la medida en que percibían un salario mensual, fijo y garantizado<sup>470</sup>; a los efectos del artículo 48 del TCE<sup>471</sup>.

En relación con la naturaleza de la relación mantenida con las empresas estibadoras (sociedades para las que realmente prestaban sus servicios los trabajadores portuarios) se mantuvieron análogos debates que oscilaban entre ambos sentidos, esto es, la negación y la afirmación de la existencia de relación de dependencia y laboralidad entre los trabajadores portuarios y las empresas estibadoras<sup>472</sup>.

---

<sup>468</sup> Véase BARASSI, L. «Il diritto del lavoro», Milano, 1949, Págs. 335 y ss.; SANTORO PASSARELLI, G. «Nozioni di diritto del lavoro», Napoli, 1959, Pág. 80 y ss.; LOMBARDI, G., «La disciplina giuridica del lavoro portuale», Genova, 1977, Págs. 28 y ss.; en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Págs. 46-48. Sobre las «relaciones de tipo asociativo» y su naturaleza jurídica, extensamente debatidas entre la jurisprudencia y la doctrina italiana, véase relacionadas en la misma obra: Cass. 29.7.1958, en *Riv. Dir. Nav.*; 1959, II, Pág. 154; Cass. 22.7.1980, n° 4785, en *Mass. Giust. Civ.*, 1980, 2021; Cass. 26.10.1977, n° 4611, en *Mass. Giust. Civ.*, 1977, 1841; Sentencia Cass. Sez. Un. De 17.10.1983, n° 6067, en *Giur. Ita.*, 1984, I, 1, 648. La tendencia jurisprudencial y doctrinal mayoritaria era proclive a considerar las compañías de la *maestranze* como entidades privadas (concretamente, sociedades cooperativas de responsabilidad limitada) con ciertas peculiaridades en comparación con las cooperativas de derecho común (Cass. 17.10.1982, n° 6990, en *Mass. Giust. Civ.* 1982, 2373; Cass., S.U., 10.11.1978, n° 5158, en *Foro it.* 1979, I, 692; Cass. S.U., 26.2.1969, n° 621, en *Mass. Giust. Civ.*, 1962, 322; Cass. 9.5.1962, n° 923, en *Giust. Civ.* 1962, I, 1948; Cass., S.U., 17.10.1983, n° 6067, en *Giur. It.*, 1984, I, 1, 648. Scialoja, *Corso di diritto della navigazione*, Roma, 1969; Pág. 140; Lefebvre D'Ovidio-Pescatore, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 1969; Pág. 107; G. Riccardelli, «Rapporti fra vettore e impresa di sbarco», *Riv. Dir. Nav.*, 1956, II; Pág. 182.

<sup>469</sup> Véase IANUZZI, M. «Le compagnie portuali», Giuffrè, Milano, 1954, Pág. 102 y ss.; GRECO P. «Il contratto di lavoro», Torino, 1942, Pág. 45 y ss.; VOLLI. «Contributo all'esame dei rapporti tra la compagnia e la impresa portuali», *Riv. Dir. Nav.*; 1959, II, Pág. 29 y ss.; SCOTTI, L. «Compagnie portuali, natura dell'attività esercitata e rapporti con i propri 'soci'», *Riv. Dir. Nav.*, 1959, II, Pág. 164 y ss. Por todas, véase *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 99, a las que se remite la autora en las Págs. 46-47 de su obra.

<sup>470</sup> LAURIA, F. «Le compagnie portuale nel diritto interno e comunitario», Giuffrè, Milano, 1981, Pág. 32; citado en la obra *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 99, a la que se remite la autora en la Pág. 47 de su obra.

<sup>471</sup> El artículo 48 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE de 31 de agosto de 1992, C 224, vigente hasta 1 de diciembre de 2009) establecía que «Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

<sup>472</sup> En sentido negativo, que consideraba a los trabajadores como meros «instrumentos» o «medios» de la compañía para dar cumplimiento a la prestación comprometida, véase SANTORO PASSARELLI, G. *Nozioni di diritto...* Op. Cit. Pág. 74 y el Dictamen del Consejo de Estado n° 404 de 12 de mayo de 1964; en «Atti del Convegno i studi sulla funzione dei porti industriali», Roma, 1963, Págs. 138 y ss. Por otro lado, en sentido

Sin embargo, el régimen de funcionamiento del sistema portuario en Italia sufrió un punto de inflexión a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10 de diciembre de 1991<sup>473</sup>, resolución que enjuiciaba la idoneidad de obligar a una empresa a contratar a trabajadores portuarios para desembarcar mercancías procedentes de Alemania cuando esta tarea se podía desarrollar con personal interno de la misma.

En el puerto de Génova, las operaciones o actividades portuarias eran confiadas (en lo que respecta a las mercancías convencionales) a «Merci convenzionali porto di Genova SpA» (en adelante, «Merci») y, con respecto a los contenedores, a «Terminal contenitori porto di Genova SpA». La autoridad competente para establecer las tarifas para la prestación de servicios de las compañías y grupos portuarios, así como para las de las empresas, era la autoridad portuaria<sup>474</sup>.

La empresa «Siderurgica Gabrielli SpA» (en adelante, *Siderurgica*), con sede en Padua (Italia), importó un lote de acero para el puerto de Génova, que procedía de la República Federal de Alemania. Si bien el buque que había arrendado *Siderurgica* tenía dotación y equipo suficiente para desembarcar los materiales, no se autorizó el desembarque directo debido al derecho exclusivo a realizar operaciones portuarias reservado a la compañía, así como debido a la prohibición de utilizar mano de obra extranjera.

La entrega de las mercancías sufrió un retraso como consecuencia de huelgas que convocaron los trabajadores de la compañía y ésta solicitó una medida cautelar ante el *Tribunale di Genova* por medio de la cual se solicitaba que se ordenara a Merci la entrega inmediata de la mercancía. Asimismo, en el marco del procedimiento contradictorio *Siderurgica* solicitó que se condenara a Merci a indemnizarla por el perjuicio que había sufrido como consecuencia de la demora en la entrega y la reembolsarle las cantidades de prestaciones de mano de obra impuestas y no solicitadas; dado que *Siderurgica* tenía capacidad para llevar a cabo el desembarque de forma directa.

El *Tribunale di Genova* consideró que el litigio presentaba un problema de compatibilidad del sistema italiano con el Derecho comunitario y procedió a suspender el mismo<sup>475</sup> hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciara sobre la interpretación de los artículos 7, 30, 37, 52, , 85, 86 y 90 del TCE en relación a dos cuestiones vinculadas a la reserva en exclusiva a una compañía portuaria de operaciones de carga y descarga de mercancías en los puertos nacionales cuando dichas operaciones podían efectuarse con medios y personal propio<sup>476</sup>.

---

positivo a la existencia de laboralidad, véase DE SOLE; «Regime amministrativo del lavoro portuale», *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1967; Pág. 269.

<sup>473</sup> Asunto C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v Siderurgica Gabrielli* (ECLI:EU:C:1991:464).

<sup>474</sup> Artículos 112 del Código y 203 del Reglamento *Op Cit.*

<sup>475</sup> Por medio de resolución de 6 de abril de 1990.

<sup>476</sup> Las dos cuestiones prejudiciales sometidas al TJUE por parte del Tribunale di Genova fueron las siguientes: (1) En el actual estado del Derecho comunitario, en caso de importación por vía marítima, en el territorio de

Respecto a la primera cuestión, el órgano jurisdiccional debía pronunciarse sobre si el artículo 90.1 del TCE<sup>477</sup>, en relación con los artículos 7<sup>478</sup>, 30<sup>479</sup> y 86<sup>480</sup> de dicho Tratado, se oponía a una normativa de un estado miembro que confería a una empresa establecida en ese Estado el derecho exclusivo de organizar las operaciones portuarias y obligaba a ésta a recurrir, para la realización de tales operaciones, a una compañía portuaria compuesta exclusivamente de trabajadores nacionales, así como sobre si esas disposiciones generaban derechos susceptibles de protegerse por los órganos jurisdiccionales para los particulares.

La premisa de la que partió la resolución judicial fue que las empresas que disfrutaban, de conformidad con el Derecho interno, del derecho exclusivo a organizar el trabajo de carga y descarga, debían considerarse empresas a los efectos del artículo 90 del Tratado. Así, según su artículo 86, si eran beneficiarias de un monopolio legal debían considerarse en posición dominante en el mercado, aunque ello no fuera sinónimo de vulneración de dicho precepto. Ahora bien, podían incurrir en tal contravención en caso de que en el ejercicio de sus derechos exclusivos abusaran de su posición dominante<sup>481</sup>.

---

un Estado miembro de la CEE, de mercancías procedentes de otro Estado miembro de la misma Comunidad, las disposiciones del artículo 90 del Tratado constitutivo de la CEE y las prohibiciones establecidas por los artículos 7, 30, 85 y 86 del mismo Tratado, ¿atribuyen a los sujetos del ordenamiento jurídico comunitario derechos que los Estados miembros están obligados a respetar, en el supuesto de que una empresa y/o compañía portuaria, que cuenta exclusivamente con trabajadores de su propia nacionalidad, tenga reservada en exclusiva con tarifas fijadas imperativamente la realización de las operaciones de carga y descarga de mercancías en los puertos nacionales, aun en el caso de que dichas operaciones puedan efectuarse con medios y personal de a bordo?; 2) O bien, una empresa y/o compañía portuaria, que dispone exclusivamente de trabajadores de su propia nacionalidad y tiene reservada en exclusiva con tarifas fijadas imperativamente la realización de las operaciones de carga y descarga de mercancías en los puertos nacionales, ¿constituye una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general, en el sentido del apartado 2 del artículo 90 del Tratado constitutivo de la CEE, respecto a la cual la aplicación de las disposiciones del apartado 1 del mismo artículo 90 y de las prohibiciones impuestas por los artículos 7, 30, 85 y 86 del citado Tratado pueda impedir el cumplimiento por parte de la misma de la misión específica a ella confiada?». Sobre los términos de la oposición formulada en dicho procedimiento por «Merci» y «Siderurgica», así como las propuestas de respuesta formuladas por la Comisión sobre a las cuestiones prejudiciales planteadas, véase el «Informe para la vista presentado en el asunto C-179/90, I – 5891 a I-5914, emitido por el Juez Ponente F.A. Schockweiler.

<sup>477</sup> «Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive» (actual artículo 106 del TFUE, DOUE c 83/93, de 30 de marzo de 2010).

<sup>478</sup> «En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, podrá establecer, por mayoría cualificada, la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones». (actual artículo 18 del TFUE, DOUE c 83/93, de 30 de marzo de 2010).

<sup>479</sup> «Sin perjuicio de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente». (actual artículo 35 del TFUE, DOUE c 83/93, de 30 de marzo de 2010).

<sup>480</sup> «Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo (...).» (actual artículo 102 del TFUE, DOUE c 83/93, de 30 de marzo de 2010).

<sup>481</sup> CABEZA PEREIRO, J. *Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria...* Op. Cit. Pág. 4.

El Tribunal declaró incompatible con el artículo 90.1 del Tratado (actual 106.1 TFUE), en relación con los artículos 30, 48<sup>482</sup> y 86 del mismo, «una normativa de un Estado miembro que confiere a una empresa establecida en ese Estado el derecho exclusivo a organizar las operaciones portuarias y la obliga a recurrir, para la realización de dichas operaciones, a una compañía portuaria compuesta exclusivamente de trabajadores nacionales»<sup>483</sup>.

A propósito de la segunda cuestión, relativa a la consideración de una empresa y/o una compañía portuaria como encargada de la gestión de servicios de interés económico general (si se encontraba en la situación descrita en la primera cuestión)<sup>484</sup>, el Tribunal negó tal condición sobre la base de los datos contenidos en la descripción del procedimiento; al considerar que para recurrir a la excepción de la aplicación de las normas del Tratado prevista en el artículo 90.2<sup>485</sup> de este no únicamente los poderes públicos debían haber confiado a la empresa la gestión de un servicio económico de interés general, sino que también era necesaria que la aplicación de las normas del Tratado obstaculizara el cumplimiento de la misión específica confiada a dicha empresa y que el interés de la Comunidad no resultase afectado<sup>486</sup>.

En esencia, respecto al monopolio existente en la legislación italiana, a través de la asignación de las operaciones portuarias a determinadas compañías en las que los mismos trabajadores

---

<sup>482</sup> «La libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del periodo transitorio. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (...)» (actual artículo 45.2 del TFUE, DOUE c 83/93, de 30 de marzo de 2010).

<sup>483</sup> Fundamento Jurídico 24 de la Sentencia del TJUE de 10 de diciembre de 1991, Asunto C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v Siderugica Gabrielli* (ECLI:EU:C:1991:464). Sobre el contenido e impacto de la resolución judicial sobre el ordenamiento jurídico italiano portuario, véase MEDINA C. «Le norme del codice della navigazione sul monopolio delle compagnie portuali e sull'esercizio da parte di imprese di operazioni portuali per conto terzi alla luce dei principii fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea: il giudizio della Corte del Lussemburgo», *Il Dir. Mar.*, II, 1992, Pág. 677 y ss; CARBONE, S.M. «Dalla riserva di lavoro portuale all'impresa terminalista tra diritto interno, diritto comunitario e diritto internazionale uniforme», *Il Dir. Mar.*, II, 1992. Pág. 599 y ss.; MUNIARI F. «Compagnie portuali, imprese concessionarie e operazioni di imbarco e sbarco: il diritto comunitario e la Corte di Giustizia», *Il Dir. Mar.*, IV, 1991, Pág. 1.129 y ss.; BRUSCO. «Imprese e compagnie portuali alla luce delle norme comunitarie», *Foro it.*, 1992, IV, Pág. 226 y ss.; MACARIO «Autoproduzione di servizi e tramonto dei monopoli fra normativa comunitaria e disciplina 'antitrust': la vicenda delle compagnie portuali», *Foro it.*, 1992, IV, Pág. 229 y ss; RICCOMAGNO «La Corte di Giustizia CEE e la disciplina italiana del lavoro portuale», *Foro pad.*, 1992, I, Pág. 312 y ss.

<sup>484</sup> En relación al concepto de «interés general» del artículo 86.2 del Tratado, véase BASTIANON, S. «L'Abuso di posizione dominante». Giuffrè, Milano, 2001. Pág. 21 y ss.

<sup>485</sup> «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho, o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad». (actual artículo 106.2 del TFUE, DOUE c 83/93, de 30 de marzo de 2010).

<sup>486</sup> Fundamento Jurídico 26 de la Sentencia *Op. Cit.*; en relación con las sentencias de 3 de octubre de 1985, CBEM, 311/84, Rec. P. 3261, apartado 17; y de 23 de abril de 1991, Höfner, C-41/90, Rec. P. I-1979, apartado 24.

eran integrantes de estas -siempre que tuvieran la nacionalidad italiana- el Tribunal fue contundente respecto a la contravención del Derecho comunitario. El órgano judicial italiano<sup>487</sup> solicitó al TJCE pronunciamiento sobre la aplicación a las compañías portuarias de las disposiciones sobre libre competencia y prohibición de discriminación por razón de nacionalidad del Tratado y el Tribunal aseveró que no únicamente el sistema era contrario a la libre circulación de trabajadores (el hecho de reservar a nacionales de Italia las tareas de manipulación de mercancías portuarias) sino que los derechos exclusivos que ostentaban las compañías portuarias contravenían las disposiciones en materia de libre competencia al no existir un interés general que lo justificara. En definitiva, consideró que aquellas eran de plena aplicación a las compañías portuarias italianas del régimen comunitario sobre derecho a la libre competencia y entendió que la imposición de precios de mano de obra y condiciones de contratación que iban más allá de las necesidades de las empresas contratantes, producían una grave distorsión del mercado al repercutir en sobrecostos para dichas empresas<sup>488</sup>.

Aunque desde los años ochenta fueron surgiendo intentos de reforma legislativa para disminuir el poder de las Compañías portuarias en Italia<sup>489</sup>, la reforma del régimen jurídico del sistema de trabajo en los puertos se reveló imperativa tras dictarse la Sentencia del TJCE, marcando un antes y un después en la regulación del trabajo de la estiba y desestiba portuaria. La primera regulación provisional se plasmó en el Decreto Legislativo de 19 de octubre de 1992 (nº 409)<sup>490</sup> y, en términos más definitivos, a través de la Ley de 28 de enero de 1994 (nº 84), de Reorganización de la legislación en materia portuaria<sup>491</sup>, desarrollada reglamentariamente a través del Decreto 585/95 de 31 de marzo de 1995<sup>492</sup>.

La fórmula que empleó esta última norma legislativa para dar salida a la eliminación de la reserva de trabajo portuario a favor de las compañías y grupos fue dual; en primer lugar, a través de la transformación de las compañías en sociedades legitimadas para llevar a cabo operaciones portuarias, a efectos de poder concurrir con otras empresas que hubieran

---

<sup>487</sup> *Tribunale di Genova (Italia)*.

<sup>488</sup> RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. *La reforma del trabajo en la estiba por la Unión Europea en el caso español, entre el efecto directo y la integración encubierta...* Op. Cit. Págs. 53-78.

<sup>489</sup> PABA, S. «Organizzazione del lavoro e relazioni industriali nei porti italiani», *Nuove relazioni industriali per l'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 1992, Págs. 108 y ss.

<sup>490</sup> *Gazzetta Ufficiale* nº 246, de 19 de octubre de 1992.

<sup>491</sup> *Supplemento Gazzetta Ufficiale* nº 21, de 4 de febrero de 1994; que fue modificada a través del Decreto Legislativo de 14 de abril de 1994, nº 231, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* nº 87, de 15 de abril de 1994.

<sup>492</sup> *Regolamento recante la disciplina per il rilascio, la sospensione e la revoca delle autorizzazioni per l'esercizio di attività portuali* (G.U. 26.02.1996, n. 47, Serie Generale). D.M. 31 de marzo de 1995, nº 585. Este Decreto reguló la posibilidad de que la autoridad portuaria autorizara la realización de operaciones en régimen de autoasistencia, es decir, la posibilidad de que un buque efectuara operaciones portuarias con su propio personal de a bordo, la cual constituía una excepción a las concesiones adjudicadas. Según el artículo 8 de dicho Decreto, la autoridad portuaria podía conceder a las compañías de transporte marítimo o a las empresas de navegación autorización para efectuar operaciones portuarias con ocasión de la llegada o de la salida de buques que dispusieran de medios mecánicos y personal suficientes (véase el ordinal 5º de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las CCEE de 17.06.2003, Asunto T-52/00).

obtenido la respectiva autorización de la actividad portuaria<sup>493</sup>, y, en segundo lugar, a través de su constitución en sociedades o cooperativas prestadoras de servicios.

Esta segunda asignación del legislador transgredió la prohibición que se establecía en la Ley de 23 de octubre de 1960 (nº 1369), vinculada al establecimiento de cualquier intermediación e interposición en las prestaciones de trabajadores<sup>494</sup>, a través de la incorporación de meras prestaciones de trabajo<sup>495</sup> y la incorporación de elementos de flexibilidad organizativa para dar cobertura de mano de obra necesaria para satisfacer la demanda fluctuante<sup>496</sup>.

En aquellos puertos en los cuales la compañía no se hubiera constituido en sociedad o cooperativa prestadora de servicios (suministro de mano de obra) la Ley incluso previó la posibilidad de que las propias empresas estibadoras constituyeran una asociación del trabajo portuario<sup>497</sup>. Parte de la doctrina, de la cual fueron exponentes Carbone y Munari<sup>498</sup>, interpretó la libre potestad de las compañías de convertirse en sociedad o cooperativa como una suerte de «monopolio facultativo», aunque en este caso no limitativo de la asunción de propia mano de obra, sino referido a la utilización de mano de obra temporal, en tanto que las empresas estibadoras debían solicitar el personal que precisaran a las compañías constituidas en sociedades suministradoras de mano de obra, si el suyo resultaba insuficiente para cubrir las necesidades operativas<sup>499</sup>. Era innegable, a su juicio, que las particularidades del sector portuario podían conducir a una situación de «monopolio natural» en materia de prestación de servicios de intermediación. Ahora bien, esta situación entendió que no debía haber sido establecida con carácter general y a favor de las compañías *ex lege*, sino que debía haberse reservado su constatación a la Autoridad Portuaria, posibilitando el acceso de las empresas a este particular servicio.

---

<sup>493</sup> La Ley 84/1994, de 28 de enero, establecía en su artículo 16.3 que el ejercicio de operaciones portuarias, por cuenta propia o de terceros, estaba sujeto a autorización de la Autoridad Portuaria o, en su defecto, de la Autoridad marítima.

<sup>494</sup> Esta ley prohibía toda intermediación e interposición en las prestaciones de trabajo. Para un análisis sobre la misma, véase RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M. «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992. Págs. 409-410. Pág. 298 y ss.

<sup>495</sup> Se derogó el artículo 1 de la Ley de 23 de octubre de 1960, que prohibía a los empresarios encargar a un intermediario o a un subcontratante, o de cualquier otra forma, incluso a una sociedad cooperativa, la realización de trabajos recurriendo a mano de obra contratada y pagada por el intermediario o el subcontratante, con independencia de la naturaleza del trabajo o del servicio al que correspondieran las prestaciones.

<sup>496</sup> CARBONE, S.M. y MUNARI, F. «Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia. Risultati e prospettive». *Il. Dir. Mar.*, I, 1994, Pág. 64.

<sup>497</sup> Artículo 17.1 y 2 de la Ley 84/1994, de 28 de enero. Esta disposición generó debate y críticas en torno a la existencia de un único organismo encargado de la labor de intermediación de mano de obra en cada puerto, al poder contravenir los principios de libre prestación de servicios, libre circulación de trabajadores y libertad de concurrencia. Sobre este aspecto, véase CARBONE, S.M. y MUNARI F. *Gli effetti del diritto comunitario... Op. Cit.* Págs. 66-67.

<sup>498</sup> En *Gli effetti del diritto comunitario... Op Cit.* Pág. 65.

<sup>499</sup> Artículo 17.1 de la Ley 84/1994, de 28 de enero.



Tras la reforma que introdujo la Ley 84/94<sup>500</sup> y la conversión de las antiguas compañías portuarias en autoridades portuarias, se limitó su actividad a la gestión de los puertos y pasaron a tener prohibido prestar, directa o indirectamente, servicios consistentes en operaciones portuarias como la carga, la descarga, el transbordo, el almacenamiento y la manipulación en general de mercancías y de cualesquiera otros materiales en el recinto del puerto<sup>501</sup>.

Desde entonces han sido escasos los asuntos sometidos a examen judicial en el marco del ordenamiento italiano y su encaje en el mercado de la libre competencia en el ámbito de los servicios portuarios.

La legislación italiana volvió a someterse a examen con ocasión del asunto Raso, que motivó otra modificación de la regulación sobre servicios portuarios. En esa ocasión, de nuevo, el Tribunal consideró que una norma nacional que reservara a una determinada compañía portuaria el derecho exclusivo o monopolio de ceder mano de obra temporal a otras empresas operadoras de servicios portuarios, cuando la propia compañía tenía capacidad y autorización para realizar dichas operaciones por sí misma, contravenía los artículos 86 y 90 del Tratado al implicar un abuso de posición dominante en la medida en que aquélla podía imponer precios abusivos a sus competidores<sup>502</sup>.

Por otro lado, en marzo de 2001, el Tribunal de Primera Instancia dictó un Auto en el asunto T-59/00 sobre la *Compagnia Portuale Pietro Chiesa*, procedimiento en el cual se enjuiciaba el proceso de autorización solicitado ante la Autoridad portuaria del puerto de Génova para llevar a cabo las operaciones portuarias y los servicios contemplados en dicha norma, así como meras prestaciones de trabajo<sup>503</sup>. Esta autorización se solicitó a raíz de la entrada en vigor de dicha ley, y fue concedida mediante Decreto de la Autoridad portuaria (aunque sólo para el periodo 29 de abril de 1995 a 31 de diciembre de 1995). En noviembre de dicho año, la compañía solicitó reiteradamente a la Autoridad portuaria que ampliara la autorización, petición que le fue denegada y que llevó a que dicha compañía siguiera realizando sus actividades portuarias sin autorización.

La autorización para efectuar operaciones portuarias se acabó concediendo a la *Compagnia Unica Lavoratori Mercè Varie* («CULMV») del 5 de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1995,

---

<sup>500</sup> Tras dictarse Sentencia *Merci*, se aprobaron distintos Decretos-Leyes que fueron refundidos, posteriormente, a través de la Ley 84/94, de 28 de enero de 1994, por la que se adaptó la normativa aplicable en materia portuaria (GURI nº 21, de 4 de febrero de 1994).

<sup>501</sup> Artículo 16.1 de la Ley nº 84/94.

<sup>502</sup> «Los artículos 86 y 90 del Tratado deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición nacional que reserva a una compañía portuaria el derecho a poner mano de obra temporal a disposición de las demás empresas que operan en el puerto en el que ella está establecida, cuando dicha compañía está autorizada a realizar operaciones portuarias por sí misma». (fallo de la Sentencia de 12 de febrero de 1998 del TJCE, Asunto C-136/96. ECLI:EU:C:1998:54).

<sup>503</sup> Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 20 de marzo de 2001 (Asunto T-59/00, «Cloe Clerici Logistics»; TJCE 2003, 175).

circunstancia que motivó que la primera interpusiera una denuncia ante la Comisión contra la República Italiana, la Autoridad portuaria y la CULMV invocando la infracción del artículo 82 y 86.1 CE, alegando que CULMV ostentaba un monopolio en el mercado de prestación de servicios portuarios en el puerto de Génova. A su juicio, esta situación perpetuaba el monopolio que ya ostentaba con anterioridad a la adopción de la Ley 84/94, y la falta de pronunciamiento sobre las solicitudes de autorización formuladas por la *Compagnia Portuale Pietro Chiesa* así como el hecho que CULMV fuera el único operador autorizado para ofrecer mano de obra temporal, se alegaba como generador de una situación susceptible de constituir abuso de su posición dominante en el sentido del artículo 82 CE en los términos establecidos por la Sentencia «Merci»<sup>504</sup>.

Sin perjuicio de que el Tribunal no entró en el fondo del asunto por motivos formales -al no considerar la postura de la Comisión Europea acerca de la posible iniciación de un procedimiento contra la CULMV un acto susceptible de impugnación mediante un recurso de anulación<sup>505</sup> - el Tribunal señaló que el análisis de comportamientos contrarios a las normas sobre la competencia adoptados por empresas por iniciativa propia (a los que se refiere el artículo 82 CE) debía partir de una valoración previa de la legislación nacional aplicable que analizara en qué medida dejaba subsistir la posibilidad de una competencia que pudiera ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas<sup>506</sup>. Por tanto, se dejó salvaguardada la posibilidad de que la Comisión Europea iniciara un procedimiento contra CULMV en caso de que, una vez analizado el entorno reglamentario y normativo, reconociera que concurría un comportamiento autónomo por parte de dicha empresa que fuera más allá de las normas nacionales.

Finalmente, en relación con el régimen de autoasistencia previsto desde el año 1995 como susceptible de restricción por parte de las Autoridades Portuarias Locales, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) dictó una Sentencia en fecha 17 de junio de 2003<sup>507</sup> en un procedimiento que tenía por objeto un recurso de anulación contra la negativa de la Comisión Europea a tramitar una denuncia interpuesta por *Coe Clerici Logistics SpA* en base a

---

<sup>504</sup> «La inercia de la Comisión refuerza la ventaja de CULMV en el plano de la competencia, consecuencia del monopolio de ésta, y obstaculiza el ejercicio de sus propias actividades», (Hecho 10º) «...La demandante expone que, merced al monopolio de hecho que ostenta actualmente CULMV en el sector de los servicios portuarios, se halla en condiciones de abusar de su posición dominante en el sentido del artículo 82 CE de la forma descrita en la sentencia *Merci Convenzionali Porto di Genova* (...) CULMV puede imponer los precios y las condiciones de trabajo a los usuarios, decidir qué estructura de sociedad adoptar en la producción de servicios, dando preferencia a las tecnologías modernas sobre un sistema basado en la fuerza de trabajo, y prestar sus servicios a las distintas empresas contratantes en unas condiciones desiguales» (Alegaciones de la parte nº 35 del Auto del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2001 *Op. Cit.*).

<sup>505</sup> Véase el ordinal 52º del Auto *Op. Cit.*

<sup>506</sup> Véase el ordinal 50º del Auto *Op. Cit.*, en relación con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, *Comisión y Francia/Landbroke Racing*, asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, Rec. P. I-6265, apartados 32 a 35.

<sup>507</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 2003 (Asunto T-52/00, *Cloe Clerici Logistics*, TJCE 2003, 175).

los artículos 82 y 86 CE<sup>508</sup>. En esta ocasión, el Tribunal desestimó el recurso por carecer de fundamento jurídico, al entender que la Comisión Europea no incumplió su deber de examinar de forma diligente e imparcial la denuncia de la demandante.

La parte demandante, *Coe Clerici Logistics SpA*, operaba en el sector del transporte marítimo de materias primas secas a granel, transportando carbón por cuenta de ENEL SpA, organismo productor de electricidad y responsable de la distribución nacional de electricidad en Italia. La primera afirmó, en el procedimiento judicial, que dotó a sus buques (entre los cuales se encontraba el buque *Capo Noli*) de un equipamiento específico para adaptarse a determinadas instalaciones pertenecientes a ENEL. Según la demandante, el muelle n° 25 era el único utilizable para sus operaciones de descarga, y solicitó a la Autoridad Portuaria de Ancona, en agosto de 1996, una autorización para operar en régimen de autoasistencia en dicho muelle, el cual había sido objeto de concesión a *Ancona Merzi*. Así, la denuncia constituía una petición a la Comisión Europea para que ésta utilizara las facultades conferidas por el artículo 86.3 CE<sup>509</sup>.

Para fundamentar la desestimación de la denuncia formulada ante la Comisión Europea objeto de impugnación en el procedimiento judicial, *Coe Clerici* alegaba que la Comisión Europea motivó la falta de abuso de posición dominante por parte de *Ancona Merzi* sobre la base de que el muelle en cuestión no constituía una «instalación esencial» en el sentido de la Sentencia *Bronner*<sup>510</sup>, que definió las condiciones en las cuales el acceso a una instalación debía considerarse indispensable para el ejercicio de su actividad por parte de la empresa afectada. En concreto, sustentaba la parte demandante que no existía alternativa a la utilización de un muelle concreto para realizar en régimen de autoasistencia la descarga del carbón que transportaba por cuenta de ENEL, beneficiando esta circunstancia a una empresa en abuso de su posición dominante al impedir que las operaciones de descarga de mercancías pudieran realizarse utilizando tecnología avanzada y con un coste controlado; consideración a la cual se opuso la Comisión Europea<sup>511</sup>, entendiéndose que la Autoridad Portuaria de Ancona no le obstaculizó el acceso a ninguna instalación esencial.

---

<sup>508</sup> Recurso de anulación del escrito de la Comisión de 20 de diciembre de 1999 (D 17482), en el cual la Comisión concluía que «Habida cuenta de lo expuesto, estimamos que no procede tramitar la denuncia (...) se refiere a una supuesta infracción de las normas de competencia del Tratado por un Estado miembro, no confiere el 'estatuto' resultante del Reglamento n° 17 del Consejo y del Reglamento n° 2842/98 de la Comisión. En efecto, sólo se reconoce dicho 'estatuto' al demandante que invoca una infracción de las citadas normas por alguna empresa».

<sup>509</sup> «La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas» (versión del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en la versión vigente desde 8 de noviembre de 2001 hasta 1 de diciembre de 2009).

<sup>510</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998 (Asunto C-7/97).

<sup>511</sup> La Comisión señalaba que la denuncia de la demandante tenía por finalidad obligar a la Comisión a pronunciarse, en virtud del artículo 86 CE, sobre una medida estatal determinada, en particular sobre la Ordenanza n° 6/98 de la Autoridad Portuaria de Ancona, pretendiendo poner en entredicho la organización elegida por el legislador italiano para las operaciones portuarias. La Comisión afirmaba que esta organización perseguía garantizar el equilibrio entre los intereses de las compañías marítimas y del concesionario, al autorizar a éste a utilizar en exclusiva determinados muelles, con algunas limitaciones a favor de las empresas marítimas que puedan operar en régimen de autoasistencia. Así, señalaba que una eventual decisión de la Comisión de iniciar un procedimiento contra la Autoridad Portuaria al amparo del artículo 86.3 CE tendría la consecuencia

Sin perjuicio de que las dos resoluciones posteriores a la Sentencia «Merci» pusieron de manifiesto ciertas problemáticas en el proceso de adaptación o acomodo del ordenamiento jurídico italiano al derecho de la competencia en materia de servicios portuarios, ninguna resolución se pronunció con la contundencia que lo hizo la Sentencia «Merci» y que marcó, como se ha indicado anteriormente, un antes y un después en la regulación del sistema portuario, motivando un sustancial cambio en la legislación italiana que con anterioridad no sólo otorgaba a ciertas compañías el monopolio de la realización de las operaciones portuarias, sino que restringía su composición a los nacionales italianos.

Del análisis de los precedentes italianos se colige que el modelo español enjuiciado en el asunto C-576/2013 podría mantener ciertas similitudes con el sistema italiano vigente en el momento de dictarse la Sentencia «Merci». El sistema portuario español operaba a través de unas sociedades (SAGEP) a las cuales se les otorgaba la facultad exclusiva de gestionar la contratación de estibadores por las empresas prestatarias y, en análogos términos que el sistema italiano, para tal fin podían imponer a esas empresas la contratación de personal que no les era necesario; aunque en el caso español no existía prohibición de contratar a nacionales de otros Estados miembros ni tampoco los trabajadores mantenían una relación «asociativa» como parte integrante de las compañías prestatarias italianas.

Una vez reformado el sistema de gestión del trabajo de la estiba en el ordenamiento jurídico español, a través de distintas decisiones legislativas que se adoptaron a partir del RD-Ley 8/2017, podrían plantearse ciertos paralelismos entre la naturaleza de la relación laboral mantenida por los trabajadores portuarios según parte de la jurisprudencia italiana a razón de su vinculación «asociativa» con la empresa de gestión, dada la realidad material derivada del proceso de conversión y/o constitución de los CPE a la luz de la reciente Ley 4/2022 y posterior publicación del V Acuerdo Marco.

### c) El Asunto Becu (C-22/1998) sobre el régimen belga de la estiba portuaria: Libre competencia y libre circulación de personas, servicios y capitales

Tras el Asunto «Merci» el Tribunal de Justicia de la Unión Europea volvió a examinar el artículo 90 TCE en el ámbito del ordenamiento jurídico belga (Asunto «Becu»<sup>512</sup>). En esa ocasión, el debate giró en torno al acomodo de las normas en materia de competencia que

---

de obligar al Estado italiano a modificar la Ley n° 84/94, con repercusiones en todos los puertos italianos (ordinal 46° de la Sentencia *Op Cit.*).

<sup>512</sup> Sentencia de 16 de septiembre de 1999 (TJCE), *Becu*, Asunto C-22/1998. ECLI:EU:C:1999:419. Esta resolución entra en el fondo de los registros *pools* o bolsas de trabajo portuaria, práctica extendida en muchos puertos europeos y que ha sido combatida por la Comisión; existente en España a través de la figura de las SAGEP. En la ley belga de 8 de junio de 1972, se prohíbe «la ejecución de toda labor portuaria en las zonas portuarias por trabajadores distintos de los trabajadores portuarios reconocidos». El TJUE rechazó la posibilidad de eludir tal prohibición. Sobre la inspiración del Asunto español C-576/13 y el Asunto *Becu*, véase OJEDA AVILÉS A. «La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019», *La Ley*, 2019. Pág. 49 y ss.

obligaban a las empresas, para ejecutar los trabajos portuarios, a utilizar exclusivamente a trabajadores portuarios reconocidos y abonarles una retribución más elevada que a los propios empleados o a la que se abonaba a otros trabajadores.

A los efectos del presente estudio, es relevante el Asunto *Becu* en la medida en que, la discusión en torno al sistema de reconocimiento de la condición de trabajadores portuarios habilitados para la prestación de los servicios profesionales, que abocaba a situaciones de desigualdad o no equitativas, *mutatis mutandi* guardaría cierto paralelismo con el sistema español articulado para el acceso a la profesión de estibador portuario a través del acuerdo marco de aplicación y sus efectos restrictivos, como se verá en el Capítulo V de esta investigación. En el orden español, a pesar de que una norma reglamentaria estatal (RD 988/2013) regula la exigencia formativa requerida en orden a obtener la habilitación legal necesaria para prestar servicios en el sector de la estiba y desestiba (certificación profesional), distintos preceptos del V Acuerdo Marco, sobre procedimientos de selección de personal y acceso al empleo, así el Capítulo XI de éste, sobre la «Comisión Sectorial Estatal de Formación», exigen requisitos de capacitación superiores al requerimiento del certificado de profesionalidad exigido *ex* Anexo VIII del RD 988/2013 en orden al acceso a la profesión y mantenimiento en la condición de estibador, susceptibles de provocar restricciones en la libre circulación de los trabajadores y de su prestación de servicios en el marco de la UE.

Debe partirse de la premisa fáctica en virtud de la cual, conformidad con el ordenamiento jurídico belga, únicamente podían realizar trabajos en las zonas portuarias quienes tuvieran la condición de trabajadores portuarios reconocidos<sup>513</sup>, previo reconocimiento de dicha condición a los trabajadores que lo solicitaran por parte de la Administración competente una vez evacuado dictamen de la Comisión Paritaria competente en la correspondiente zona portuaria de que se tratara. En esa ocasión, las cuestiones prejudiciales se elevaron en el enjuiciamiento de un recurso de apelación formulado tras resolverse unas diligencias penales promovidas contra un director y un gerente<sup>514</sup> de dos compañías<sup>515</sup>, acusándoles de encomendar a trabajadores portuarios no reconocidos la realización de trabajos portuarios en la zona portuaria de Gante; circunstancia que se entendía contravenía lo dispuesto en la Ley de 1972<sup>516</sup>.

La sociedad belga «Smeg NV» explotaba una empresa de almacenamiento de cereales en la zona portuaria de Gante. Su actividad era doble: la carga y descarga de buques para transportar los cereales y el almacenamiento de cereales por cuenta de terceros. Para los

---

<sup>513</sup> El artículo 1 de la Ley de 1972 (*Belgisch Staatsblad* de 10 de agosto de 1972) establecía que «nadie podrá encomendar a quienes no sean trabajadores portuarios reconocidos la realización de trabajos portuarios en las zonas portuarias». De conformidad con el artículo 4 de la misma Ley, el empresario, sus empleados o sus mandatarios, que incitaran o toleraran la realización de labores portuarias en infracción de la propia Ley o de sus decretos de aplicación debían ser reos de una multa.

<sup>514</sup> Sr. Becu y Sra. Verweire; respectivamente.

<sup>515</sup> «Smeg NV» y «Adia Interim NV»; respectivamente.

<sup>516</sup> *Vid.* 513.

trabajos de naturaleza portuaria, esta sociedad se dotaba de trabajadores portuarios reconocidos; si bien para los demás trabajos contrataba directamente trabajadores o bien empleaba a los trabajadores que eran cedidos por «Adia Interim», agencia de colocación de trabajadores temporales.

La resolución de primera instancia que enjuició las diligencias penales contra los mencionados cargos de las respectivas sociedades absolvió a los acusados tras declarar que la normativa belga era incompatible con lo dispuesto en el artículo 90.1, en relación con el artículo 86, ambos del Tratado CE<sup>517</sup>; los cuales habían encomendado trabajos de carga y descarga en una zona afectada por la misma a trabajadores que no habían obtenido el correspondiente reconocimiento, al entender que las diferencias entre la retribución de los trabajadores contratados «reconocidos» y «no reconocidos» no eran equitativas. Contra dicha resolución el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación sosteniendo que los hechos enjuiciados se asimilaban a los que fueron objeto de análisis por el Tribunal de Justicia en el Asunto «Merci», aunque en esa ocasión el ordenamiento jurídico llamado a examen fuera el italiano<sup>518</sup>. Sin embargo, en el recurso se significó una importante distinción entre ambos asuntos, esto es, que a diferencia de la legislación italiana controvertida en el asunto «Merci», la legislación belga se limitaba a reconocer la profesión de los trabajadores reconocidos, únicos habilitados para realizar operaciones portuarias en determinadas zonas, sin conferir el monopolio de esas actividades a determinadas empresas o corporaciones.

El Tribunal de apelación, previa suspensión del procedimiento planteó dos cuestiones prejudiciales ante el TJCE en torno a la consideración jurídica que debía darse a los «trabajadores portuarios reconocidos» a la luz del Tratado CE en relación a su exclusivo derecho a realizar trabajo portuario en las zonas portuarias<sup>519</sup>. En esta ocasión, la respuesta del TJCE fue totalmente distinta a la que resultó del Asunto «Merci», al concluir que la prohibición establecida en el artículo 90.1 del Tratado únicamente podía vincular a las medidas que refirieran a «empresas»<sup>520</sup>. Así, partiendo, por un lado, de que la normativa belga

---

<sup>517</sup> Sentencia de 20 de noviembre de 1995, *Correccionele Rechtbank van Gent*.

<sup>518</sup> Ante el *Hof van Beroep te Gent*.

<sup>519</sup> «1) En el estado actual del Derecho comunitario, los nacionales comunitarios, sean personas físicas o jurídicas, ¿pueden deducir del artículo 90, apartado 1, del Tratado CE, en relación con los artículos 7, 85 y 86 del mismo Tratado, derechos que los Estados miembros deben respetar, cuando en las zonas portuarias, en especial, de mercancías importadas por vía marítima de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro y las labores portuarias, en general, están reservadas exclusivamente a ‘trabajadores portuarios reconocidos’, cuyos requisitos y modalidades de reconocimiento establece la Administración previo dictamen de la Comisión paritaria competente en la zona portuaria de que se trate, para lo cual deben aplicarse tarifas fijadas imperativamente, aunque dichas operaciones puedan ser realizadas por trabajadores ordinarios (es decir, trabajadores portuarios no reconocidos)?; 2) Debe considerarse que los trabajadores portuarios reconocidos, a los que se refiere el artículo 1 de la Ley 8 de junio de 1972 y que tienen el derecho exclusivo de realizar el trabajo portuario en las zonas portuarias, tal como se describe más detalladamente en las disposiciones legales en la materia, están encargados de la gestión de servicios de interés económico general, en el sentido del artículo 90, apartado 2, del Tratado CE, que ya no podrían cumplir su misión específica si se les aplicara el artículo 90, apartado 1, y las prohibiciones impuestas por los artículos 7, 85 y 86 del Tratado CE?».

<sup>520</sup> Nótese el criterio sistemático que utiliza el Tribunal para determinar el ámbito de aplicación del artículo 90.1 del Tratado, en el apartado 24º de la resolución: «(...) disposición comprendida en la Tercera Parte, Título V (actualmente Título VI CE, tras su modificación), Capítulo 1, relativo a las normas sobre competencia, Sección

reservaba la ejecución de determinadas operaciones a trabajadores que habían obtenido el correspondiente reconocimiento -previo cumplimiento de los requisitos dispuestos a tal efecto, así como de las necesidades de mano de obra- y, por otro lado, que los trabajos portuarios eran desarrollados en virtud de contratos de duración determinado (y, en términos generales, de duración corta y con tareas definidas), con condiciones reguladas por convenios colectivos, el Tribunal determinó, con absoluta rotundidad, que los trabajadores portuarios reconocidos se encontraban sometidos a una relación laboral en régimen de dependencia, y por ello deben considerarse «trabajadores» en el sentido del artículo 48 del Tratado CE<sup>521</sup>.

En definitiva, en esta ocasión el Tribunal consideró que el ordenamiento belga no conculcaba el Derecho originario en materia de competencia, toda vez que la prohibición recogida en el artículo 90.1 del Tratado sólo podía aplicarse a «empresas» y no se acreditó que en la aplicación del sistema belga se ocasionara ningún tipo de discriminación por nacionalidad ni se justificó que se impusiera, necesariamente, a las empresas usuarias del servicio, la obligación de vincularse laboralmente -a través de un contrato de trabajo- con estos trabajadores y no otra modalidad de prestación de servicios<sup>522</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede obviarse que el Tribunal falla a favor de la legislación belga dada su imposibilidad de considerar a los trabajadores reconocidos, incluso de forma colectiva, como «empresa» -con la consiguiente imposibilidad de entrar a resolver la segunda cuestión prejudicial, reservada para el supuesto de que en la primera se hubiera considerado que existía la contravención del artículo 90.1 TCE. Sin embargo, abre la posibilidad de que se determine la concurrencia de otra colisión, no por la vía de la competencia<sup>523</sup>, sino por la más fundamental de las libertades comunitarias<sup>524</sup>, en relación con los artículos 48 y 59 del

---

1, titulada «Disposiciones aplicables a las empresas» del Tratado CE, únicamente es aplicable si las medidas que contempla se refieren a «empresas».

<sup>521</sup> En el apartado 26º de la Sentencia, el TJCE remite al apartado 13 de la Sentencia dictada en el Asunto «Merci» y concluye que los trabajadores indicados forman una unidad económica con cada una de las empresas y, por tanto, los trabajadores portuarios no constituyen «empresas» en sí mismos, en el sentido del Derecho comunitario de la competencia.

<sup>522</sup> Sobre este aspecto, así como otros vinculados al análisis del Asunto *Becu*, véase WISH, R. «Competition Law», 4ª Ed., *Burthorworths*, Londres, 2001. Pág. 71.

<sup>523</sup> Véase los apartados 34º y 35º de la Sentencia del Asunto «Becu»: «34. Por otra parte, a falta de toda referencia en la resolución de remisión a la cuestión de si la obligación de valerse, para los trabajos portuarios, de los servicios de trabajadores reconocidos, como los referidos en el Real Decreto de 1977, puede constituir, para otros trabajadores portuarios reconocidos y/o trabajadores que cumplen los requisitos para ser reconocidos, un obstáculo a efectos de los artículos 48 y/o 59 del Tratado, no se ha brindado al Tribunal de Justicia la posibilidad de pronunciarse al respecto. Corresponde, en su caso, al órgano jurisdiccional nacional apreciar si ello es así. 35. En este contexto, el órgano jurisdiccional nacional podría verse en la necesidad de verificar si, al prescribir, para la realización de los trabajos portuarios, el empleo de trabajadores portuarios reconocidos que tengan la condición de «trabajadores», la normativa nacional controvertida en el asunto principal obliga a las partes a adoptar la forma jurídica de contrato de trabajo y, de este modo, incurre, en principio, en dicha prohibición».

<sup>524</sup> Esta posibilidad se colige de la lectura del apartado 36º de la Sentencia: «36. En efecto, de la sentencia de 5 de junio de 1997, SETTG (C-398/95, Rec. p. 1-3091), se desprende que constituye un obstáculo que puede estar incurso en la prohibición del artículo 59 del Tratado una normativa nacional que, al obligar a las partes a

Tratado CE<sup>525</sup>, caso de obligarse a las partes a adoptar la forma jurídica del contrato de trabajo e impedir que los operadores económicos ejercieran sus actividades, de forma independiente, a través de una relación mercantil de prestación de servicios<sup>526</sup>.

Como se verá más adelante a propósito del caso español, el reconocimiento de las condiciones de capacitación necesarias en orden al desempeño de las funciones de estibador portuario parte de una básica regulación reglamentaria de la cual, posteriormente, prescinde la norma convencional marco de aplicación, incorporando condiciones y exigencias adicionales que serían susceptibles de atentar al derecho de la libre competencia y las libertades de circulación. En este sentido, el presente belga *ut supra* se erige en un caso comparado que puede tomarse como referente en el análisis de la dicotómica realidad española, derivada de la existencia de una regulación general básica sobre el acceso al empleo, que pretende dar seguridad jurídica, la cual, posteriormente, en la práctica se ve desplazada y socavada a resultas de la imposición de una restrictiva regulación convencional con eficacia *erga omnes*.

---

adoptar la forma jurídica de contrato de trabajo, impide que los operadores económicos de un Estado miembro ejerzan sus actividades de forma independiente en otro Estado miembro, al amparo de un contrato de prestación de servicios».

<sup>525</sup> Título III, Capítulo I, sobre la «Libre circulación de personas, servicios y capitales».

<sup>526</sup> CABEZA PEREIRO, J. *Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria...* *Op. Cit.* Págs. 5-6 y RODRÍGUEZ RAMOS, P. *El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro...* *Op. Cit.* Pág. 82.



## CAPÍTULO III. LA VISIÓN DIACRÓNICA DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS ESTIBADORES PORTUARIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

### 3.1. Los orígenes de la regulación de la relación laboral de la estiba portuaria

Partiendo de una dimensión metodológica multinivel, una vez analizada la estructura y notas caracterizadoras de la relación laboral en general y, en particular, de la estiba portuaria, así como los debates surgidos en el panorama internacional y comunitario en torno a este sector y colectivo de trabajadores, procede detenernos, antes de adentrarnos en el estudio de la crisis del modelo español y el desenlace del proceso de liberalización tras la intervención comunitaria reservados a los Capítulos IV y V, en cuál ha sido la evolución de esta específica relación laboral. Y ello, con la finalidad de delimitar el panorama jurídico laboral de origen en orden a lograrse una mayor comprensión de la realidad actual.

En el marco jurídico español, la prestación de servicios en los puertos estatales se incluye en el ámbito de la competencia de la Administración General del Estado, exclusivamente atribuida a éste por el sistema constitucional<sup>527</sup>, y cuya ejecución corresponde al Ministerio de Fomento (actualmente, y tras la aprobación del Real Decreto 2/2020, de 12 de enero<sup>528</sup>, denominado Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana)<sup>529</sup>. La coordinación y control de eficiencia de los 46 puertos de interés general<sup>530</sup>, gestionados por un total de 28

---

<sup>527</sup> Según el artículo 149.1.20 de la Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978), el Estado tiene competencia exclusiva sobre la Marina mercante y los puertos de interés general; entre otras materias.

<sup>528</sup> La norma reestructura los departamentos ministeriales, suprime el Ministerio de Fomento y atribuye en su artículo 7 al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, la propuesta y ejecución de las políticas del Gobierno en materia de infraestructuras, de transporte terrestre de competencia estatal, aéreo y marítimo (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2020). La estructura orgánica básica de sus departamentos ministeriales se reguló a través del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2020) y su desarrollo se llevó a cabo a través del Real Decreto 645/2020, de 7 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (BOE núm. 188, de 9 de julio de 2020).

<sup>529</sup> Véase, sobre la «Administración portuaria estatal», el Capítulo II del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre. El cuerpo normativo todavía conserva la anterior denominación de «Ministerio de Fomento», que fue suprimida por el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero.

<sup>530</sup> Bahía de Algeciras, Tarifa, Bahía de Cádiz, Almería, Carboneras, Sevilla, Huelva, Motril y Málaga (Andalucía); Ceuta (Ceuta); Valencia, Sagunto, Gandía, Alicante y Castellón (Comunidad Valenciana); Palma, Alcudia, Mahón, Ibiza y Savina (Islas Baleares); Melilla (Melilla); Barcelona y Tarragona (Cataluña); Bilbao y Pasajes (País Vasco); Cartagena (Región de Murcia); Gijón-Musel y Avilés (Asturias); Santander (Cantabria); Arrecife, Las Palmas, Puerto del Rosario, La Hondura, Santa Cruz de Tenerife, Los Cristianos, San Sebastián de la Gomera, Santa Cruz de la Palma y La Estaca (Islas Canarias); Ferrol, San Ciprián, La Coruña, Villagarcía de Arosa, Marín, Pontevedra y Vigo (Galicia).

Autoridades Portuarias<sup>531</sup>, compete al Organismo Público de Puertos del Estado<sup>532</sup>, dependiente del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, el cual tiene atribuida la ejecución de la política portuaria del Gobierno.

La relevancia económica estratégica del transporte marítimo ha seguido una tendencia creciente en todos los estados de la Unión Europea. En términos de volumen y tráfico de contenedores, España ocupa una posición muy privilegiada. Según datos obtenidos del Ministerio de Fomento en el mes de noviembre de 2022, la evolución del tráfico de contenedores es creciente y, el volumen total de contenedores, en el año 2021 habría crecido en un 5,83% con respecto del año 2020 y un 1,16% con respecto del año 2019<sup>533</sup>. La mercancía general en contenedores alcanzó, en el año 2021, el 71,71% del total de la mercancía general transportada<sup>534</sup> y, los puertos con mayor volumen de mercancía general transportada han sido, en el año 2021, por orden descendiente: la Bahía de Algeciras<sup>535</sup>, Valencia<sup>536</sup>, Barcelona<sup>537</sup>, Cartagena<sup>538</sup>, Bilbao<sup>539</sup> y Tarragona<sup>540</sup>.

Los precedentes datos, aportados a modo de contextualización y en orden a encuadrar la relevancia del servicio de manipulación de mercancías, permiten situar a los puertos españoles, como plataformas logísticas, en una posición ventajosa con respecto a las

---

<sup>531</sup> Bahía de Algeciras, Bahía de Cádiz, Almería, Sevilla, Huelva, Motril, Málaga, Ceuta, Valencia, Alicante, Castellón, Baleares, Melilla, Barcelona, Tarragona, Bilbao, Pasajes, Cartagena, Gijón, Avilés, Santander, Las Palmas, Santa Cruz de Tenerife, Ferrol-San Ciprián, La Coruña, Villagarcía de Arosa, Marín y Ría de Pontevedra y Vigo.

<sup>532</sup> Puertos del Estado es una entidad incluida en el artículo 2.2, letra i), de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003), en la dicción de «cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado». Su institucionalización y régimen se articula por su específica normativa, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que le son de aplicación y, supletoriamente, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

<sup>533</sup> El volumen de contenedores según la unidad de medición TEUS, en el año 2021 fue de 17.638.818, en el año 2020 de 16.666.347 y, en 2019, de 17.435.718; según datos extraídos del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (<https://www.fomento.gob.es/be/?nivel=2&orden=04000000>).

<sup>534</sup> El volumen de la mercancía en contenedores alcanzó los 197.755.272, respecto a los 275.762.836 de mercancía general total (sin contar los graneles) transportada en el tráfico portuario, cuantificada en millones de toneladas. El tráfico total de mercancías, computando graneles y mercancía general, alcanzó los 544.129.568 millones de toneladas.

<sup>535</sup> Con 104.660.316 millones de toneladas.

<sup>536</sup> Con 85.366.764 millones de toneladas.

<sup>537</sup> Con 66.343.809 millones de toneladas.

<sup>538</sup> Con 31.332.877 millones de toneladas.

<sup>539</sup> Con 31.299.493 millones de toneladas.

<sup>540</sup> Con 31.273.385 millones de toneladas.

principales rutas interoceánicas, según descendiente prelación antes expresada que sitúa a la Bahía de Algeciras en primera posición<sup>541</sup>.

Los servicios de estiba<sup>542</sup> y desestiba<sup>543</sup> de buques de los puertos españoles posibilitan que se lleve a cabo la carga y descarga de las mercancías en los puertos. La necesidad de su prestación se origina una vez el propietario de las mercancías celebra un contrato de transporte de la carga con el naviero correspondiente. Éste, por su parte, encarga al consignatario la gestión de los servicios relacionados con la estancia del buque en el puerto, entre ellos, la carga y la descarga de las mercancías. En este sentido, las actividades de estiba y desestiba son, esencialmente, las consistentes en la carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías; en aras a permitir su transferencia entre buques o entre los buques y tierra u otros modos de transporte.

Tradicionalmente, la singular naturaleza de los servicios de estiba y desestiba ha justificado que sus prestadores se sometieran a un régimen jurídico distinto del marco general sustantivo que rige en las relaciones laborales ordinarias. Ahora bien, esta especialidad -propia de las particularidades del sector- ha trascendido a cualquier decisión legislativa encaminada a categorizar y des-categorizar como «especial» la relación laboral de los estibadores portuarios, para erigirse en un elemento estructural que se ha mantenido presente desde sus inicios, debido a las circunstancias y características definitorias del trabajo de estiba y desestiba en el marco del tráfico marítimo en general. En otras palabras, la voluntad del legislador de incorporarlas y retirarlas del elenco de relaciones laborales de carácter especial de nuestro ordenamiento jurídico laboral no se constituye en la causa de su especialidad, pues ésta sería preexistente a cualquier categorización legislativa, debido al particular régimen que desde sus inicios las ha regulado.

Con carácter previo a su inclusión, a través de la Ley 32/1984, de 2 de agosto<sup>544</sup>, en el catálogo de relaciones laborales de carácter especial del artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, los estibadores portuarios se regían por una regulación particular dispersa en distintas fuentes normativas.

La realidad material de la actividad de la estiba y desestiba vigente en ese contexto histórico pasó por distintas fases o etapas normativas que pretendieron juridificar y dar forma a una

---

<sup>541</sup> En unidades TEUS, según el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, en 2021 la Bahía de Algeciras acreditaba 4.754.832 TEUS.

<sup>542</sup> Distribución y colocación de la carga en la embarcación.

<sup>543</sup> Retirada del cargamento de la bodega de una embarcación para disponerla para la descarga.

<sup>544</sup> BOE núm. 186, de 4 de agosto de 1984. En su Disposición Adicional Primera, la relación laboral de los estibadores portuarios pasaba a considerarse de carácter especial e incluirse en el artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo. En esta disposición, el Gobierno también se comprometía a regular el régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2.1 de dicho Estatuto en un plazo máximo de doce meses a contar desde la entrada en vigor de dicha Ley.

compleja organización del trabajo, a su vez, marcada por un fuerte componente social y político<sup>545</sup>.

La primera etapa (1939-1975) vino marcada por una fuerte intervención pública en las dotaciones de personal, que debía ser censado y listado en categorías por parte del organismo público constituido a tal efecto: «Servicio Sindical del Puerto<sup>546</sup>» y, posteriormente, su sucesor, el «Servicio de Trabajos Portuarios<sup>547</sup>», con la paralela abolición de la libre contratación<sup>548</sup>. Durante el periodo 1944-1968, el «Servicio de Trabajos Portuarios» llevó a cabo la ordenación y uniformización de la relación laboral de los estibadores y su asistencia y seguridad social en el ámbito de los puertos españoles<sup>549</sup>, a la luz de la regulación del mercado del trabajo portuario de los estados europeos (en especial, los totalitarios) desde los años 20 y 30 y, los restantes, tras la Segunda Guerra Mundial<sup>550</sup>.

La aprobación de la primera regulación en materia portuaria a través de la aprobación de la Orden de 6 de septiembre de 1939<sup>551</sup>, que vino a regular el acceso al trabajo portuario por

---

<sup>545</sup> Sobre los antecedentes históricos de la relación laboral de carácter especial y sus etapas normativas hasta la aprobación del Real decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio de estiba y desestiba de buques, véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Págs. 29 a 39.

<sup>546</sup> Orden de 6 de septiembre de 1939 (artículos 4 y 23). Reglamento de Trabajo de Carga y Descarga. Ministerio de Trabajo. Previamente, durante la época republicana, se habían aprobado normas generales reguladoras del subsidio de accidentes de los trabajadores portuarios (aunque éstas iban referidas a los trabajadores temporales en general, y no a los portuarios específicamente).

<sup>547</sup> Orden de 14 de marzo de 1947 (artículo 19) y Orden de 18 de mayo de 1962 (artículo 79).

<sup>548</sup> Tras la victoria del Frente Popular, en febrero de 1936, y con la llegada de las tropas franquistas a Barcelona en enero de 1939, las tareas portuarias debieron reorganizarse. Los Servicios Sindicales -que no únicamente se organizaron en Barcelona sino en los demás puertos del Estado- dependían del Sindicato de Transportes y de la Central Nacional Sindicalista (CNS), como cooperativa de sindicatos verticales de afiliación obligatoria que fue creada en 1938. Los puertos, en ese contexto histórico, se constituyeron en uno de los escasos ámbitos en los cuales el sector de la falange liderado por el Delegado Nacional de Sindicatos pudo aplicar, en cierta medida, el proyecto social falangista. La vía sindical fue, en Barcelona, la elegida para integrar a los estibadores portuarios en el régimen franquista. En el puerto, progresivamente se fue sustituyendo el personal falangista por otro más supeditado a los nuevos intereses que predominaban en la Falange y el Estado, recortando autonomía y competencia a los Servicios Sindicales. Este tránsito culminó en 1943, con su transformación en los «Servicios de Trabajos Portuarios». Por otro lado, las medidas represivas -de la mano de las integradoras del régimen- se manifestaron a través de una depuración del censo que, en sus momentos más radicalizados (1939), pudo alcanzar al 20% de las personas trabajadoras; si bien luego cedió ante medidas menos arbitrarias -aunque igualmente coactivas. Para un mejor análisis de las relaciones conflictivas surgidas de la incompatibilidad entre los intereses empresariales y las aspiraciones obreras de los estibadores en el puerto de Barcelona de 1930 a 1947, véase IBARZ I GELABERT, J. «Disciplina, rendimiento, resistencia y acomodación. Los estibadores portuarios de Barcelona en la II República y el primer Franquismo (1930 – 1947). *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 3. Ed. Complutense, Madrid, 1993.

<sup>549</sup> En diciembre de 1944, la organización del «Servicio de Trabajos portuarios» permitió agrupar en un solo organismo a la Sección Central de Trabajos Portuarios -primer organismo de carácter extra-local encargado de aplicar políticas comunes en el sector y controlar las distintas Secciones locales- y las distintas Secciones de Trabajos Portuarios locales, quedando bajo la dependencia de la Dirección General de Trabajo todos los entes portuarios locales y centrales existentes a esa fecha (Ministerio de Trabajo, 12.12.1944).

<sup>550</sup> GELABERT, J. *La productividad en el trabajo en los puertos de España. Una aproximación a partir de las memorias de los Servicios de Trabajos Portuarios...* Op. Cit.

<sup>551</sup> *Vid.* 546.

medio de un elevado control público ejercido por parte de los nuevos sindicatos del régimen, estableció que la autoridad pública era la encargada de fijar el número de trabajadores que debían formar parte de la plantilla del mismo, los cuales eran censados<sup>552</sup> e incluidos en listas categorizadas, por parte del «Servicio de Trabajos Portuarios». La vinculación que mantenían los trabajadores con el «Servicio de Trabajos Portuarios»<sup>553</sup> iba más allá de su preparación en orden a la posterior colocación, pues dicho Organismo desempeñaba sus funciones también durante la vigencia y desarrollo de la relación laboral.

Del examen de las tres modalidades instauradas por dicha Orden se colige que, ya en los orígenes del nacimiento de esta relación laboral, se empezaba a discernir un esquema triangular compuesto por la persona trabajadora, la empresa portuaria y el organismo público con funciones de empleador -aunque no siempre se le haya otorgado tal condición formal. A lo largo de sus distintas etapas evolutivas, sin embargo, la triangularidad se ha articulado y ha adoptado distintas formas, altamente condicionadas por la normativa vigente en cada momento.

Tras aprobarse el mentado Reglamento, en un contexto de decrecimiento de la intensidad del régimen franquista, los «Servicios Sindicales del Puerto» fueron sustituidos por la «Sección de Trabajos Portuarios» de cada puerto, mutando de una estructura eminentemente sindical, a otra más política, dependiente del Ministerio del Trabajo, pasando a depender dichos organismos del Delegado Provincial del Trabajo de cada puerto<sup>554</sup>.

La política intervencionista en la gestión del trabajo portuario se mantuvo durante el régimen franquista, dado el acuciante deseo de reequilibrar las potencias sociales y económicas quebradas, alejándose, a través de sus prácticas proteccionistas, de los principios democráticos de cualquier Estado.

A través del Decreto 88/1968, de 18 de enero<sup>555</sup>, los «Servicios de Trabajos Portuarios» se transformaron en la «Organización de Trabajos Portuarios»<sup>556</sup>, la cual, tras diversas modificaciones, se mantuvo vigente hasta 1986.

---

<sup>552</sup> El censo de trabajadores comprendía, esencialmente, cuatro categorías: «fijos de empresa», «fijos del censo», «eventuales censados» y «peones de plaza», de acuerdo con la clasificación establecida en la Orden de 18 de mayo de 1962. En la Orden de 1947, la distribución era distinta, pues se distinguía entre tres categorías o grupos: trabajadores fijos (que podían ser de empresa y preferentes o fijos de la sección), complementarios (equivalentes a los eventuales censados de la Orden del 1962) y eventuales (equivalentes a los peones de plaza de la Orden del 1962). Por último, en orden temporal inverso, la Orden de 1939 recogía una clasificación más simple: fijos, complementarios y eventuales.

<sup>554</sup> Modificación del Reglamento del Trabajo de 6 de septiembre de 1939. Ministerio de Trabajo, 27 de marzo de 1943.

<sup>555</sup> Decreto 88/1968, de 18 de enero, de reorganización del Ministerio de Trabajo. (BOE núm. 23, de 26 de enero de 1968).

<sup>556</sup> En la Orden por la que se aprueba la Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios, el artículo 5.C) regulaba la O.T.P. como un Organismo rector, administrativo o de vigilancia, a través de sus Secciones, Subsecciones y Representaciones y, dentro de las mismas, con sus oficinas administrativas, Juntas y Comisiones. (BOE nº 312, de 30 de diciembre de 1969).

Lamentablemente, en el Ministerio de Trabajo únicamente se conserva una parte residual del fondo de la Organización de Trabajos Portuarios, que se trasladó allí cuando dicho organismo se disolvió. Según apuntaba Gelabert<sup>557</sup> hay evidencia de que los archivos de los «Servicios de Trabajos Portuarios» se destruyeron, por orden del Secretario General de la Organización de Trabajos Portuarios de eliminar todos los archivos previos a 1969.

En el ámbito general de las relaciones laborales, se aprobó la Ley de Convenios Colectivos de 1973<sup>558</sup>, que sustituyó la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 24 de abril de 1958<sup>559</sup>, aunque no supuso un gran cambio con respecto a la primera. Frente al modelo intervencionista, que imperó durante la postguerra, se abrieron las puertas a una nueva etapa dispuesta a acoger la capacidad negociadora de los sujetos colectivos. Sin embargo, en ese periodo, las fuerzas sociales -canalizadas oficialmente a través de la Organización Sindical-, en la práctica, se desmarcaban de cualquier estructura institucionalizada para actuar a través de canales y vías paralelas.

En el marco de las relaciones laborales incluidas en el ámbito de la estiba portuaria, la Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios de 1974<sup>560</sup>, que sustituyó la de 1969<sup>561</sup>, introdujo una regulación más detallada del sistema de relaciones laborales, en un contexto en el cual la intervención pública seguía constituyendo el pilar básico del sistema de contratación y colocación de los trabajadores.

Es reseñable la estructura triangular de la relación laboral que era objeto de descripción en dicho reglamento pues, siguiendo la misma lógica que la regulación de la primera etapa evolutiva, también identificaba el triple sujeto en juego en la relación laboral (trabajadores, empresas y organismos rectores, administrativos, o de vigilancia<sup>562</sup>).

---

<sup>557</sup> GELABERT, J. *La productividad en el trabajo...* Op. Cit.

<sup>558</sup> En su Texto se hacía constar la «necesidad de adecuar las normas sobre contratación colectiva a los específicos fines que aquella señala a la Organización Sindical y de hacer realidad la actualización, con carácter progresivo, y la agilización de los procedimientos de tramitación, aprobación y revisión de los Convenios» impuesta por la entrada en vigor de la nueva Ley Sindical y los postulados de los Planes de Desarrollo Económico y Social. (BOE núm. 3, de 3 de enero de 1974).

<sup>559</sup> BOE núm. 99, de 25 de abril de 1958.

<sup>560</sup> Orden por la que se aprueba la Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios. (BOE núm. 81, de 4 de abril de 1974).

<sup>561</sup> *Vid.* 558.

<sup>562</sup> La Orden de 1969, en su artículo 5, incluía en el ámbito de aplicación de la Ordenanza a: a) Como trabajadores, los de las plantillas de trabajadores portuarios y, si los hubiere, los comprendidos en los registros nominativos para cubrir las necesidades de las operaciones en determinados días; b) Como empresas: 1. Las de estiba, armadores, consignatarios, agentes de aduanas, comisionistas de tránsito, contratistas portuarios y demás entidades que, previa inclusión en el Censo General de Empresas Portuarias que establezca la Junta de cada puerto, figuren asimismo en el Censo Especial de Empresas de la Organización de Trabajos Portuarios. 2. Las Juntas de Puertos y C.A. de Grupos de Puertos o sus Entidades delegadas, cuando actúen en régimen de empresas en operaciones de carga y descarga. 3. Las sociedades cooperativas definidas y comprendidas en la

La sucesora Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios de 1974 enmendó el déficit regulador de su predecesora y, como apuntaba Rodríguez Ramos<sup>563</sup>, nació con el objeto de regular todas las eventualidades que pudieran surgir de la ejecución de las labores portuarias en cada zona territorial portuaria. Su ámbito de aplicación alcanzaba tanto a los «estibadores» (desde los que formaban parte de las plantillas, hasta los que constaban en los registros nominativos), como a las entidades que constaban en el censo especial de Empresas Portuarias de la Organización de Trabajos Portuarios (OTP, en adelante)<sup>564</sup>.

La existencia del triple sujeto vertebrador de la prestación de servicios en la estiba portuaria (OTP, Empresa y trabajador) evidenciaba potenciales conflictos prácticos derivados de las relaciones entre sí y de la necesidad de identificar y discernir las relaciones de carácter laboral entre los mismos. Ello derivaba, principalmente, del hecho que la Ordenanza atribuyera y disociara competencias, deberes y facultades vinculadas a la condición de empresario a distintas entidades (O.T.P. y Empresas Estibadoras), circunstancia que dificultaba la identificación del empleador real en los distintos ámbitos de la relación laboral: retribución, régimen disciplinario, poder de dirección, etc.).

En esta nueva etapa en la evolución del trabajo portuario, marcada por un contexto de cambios estructurales del tráfico portuario, progresos tecnológicos en las operaciones de carga y descarga de buques, así como en el transporte marítimo, parecía ponerse fin a la etapa preconstitucional. Una vez ratificado el Convenio núm. 137 de la OIT sobre Repercusiones

---

Ley de 3 de enero de 1942 y Reglamento para su aplicación de 11 de noviembre de 1943. 4. Los grupos o «collas» de trabajadores que, de acuerdo con los artículos 17 a 20 de la Ley del Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, realicen en los puertos faenas en común en los términos que señalan dichos preceptos legales. 5. Las sociedades laborales de trabajadores portuarios; c) Como Organismos rectores, administrativos o de vigilancia: La Organización de Trabajos Portuarios, a través de sus Secciones, Subsecciones y Representaciones y, dentro de las mismas, con sus oficinas administrativas, Juntas y Comisiones.

<sup>563</sup> Para un extenso y pormenorizado examen de la Ordenanza del Trabajo de Estibadores Portuarios de 29 de marzo de 1974, véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op Cit. Págs. 30-37.

<sup>564</sup> El sistema de funcionamiento de dicho colectivo, en ese momento, era el siguiente: la O.T.P. proporcionaba personal a las Empresas Portuarias, que eran las encargadas de ejecutar las operaciones y prestar los servicios regulados en el ámbito funcional de la Ordenanza. El Delegado de Trabajo debía fijar la relación de estibadores (llamados «trabajadores del censo») y concretar su categoría profesional. En el artículo 14 se regulaban las «facultades de las Empresas», entre las cuales se incluían la fijación del número de trabajadores y la categoría y especialización que en cada tipo de faena deban intervenir, reservándose la potestad de acordar dicho mínimo al «Comandante de Marina, el Ingeniero Director del puerto y el Delegado de Trabajo» (de conformidad con el artículo 11 de la Ordenanza de 1974, las discrepancias surgidas acerca del mínimo de trabajadores debían resolverse por parte de la Dirección General de Trabajo, de acuerdo con las de Navegación y de Puertos y Señales Marítimas). En el artículo siguiente, se regulaba la intervención de la O.T.P. en similares términos que se regulaba la de las «Secciones de Trabajo Portuario» en el Reglamento precedente. El personal subministrado por la O.T.P. podía cubrir tanto necesidades permanentes como temporales. Las permanentes, eran satisfechas por los denominados «Fijos de Empresa» (de la plantilla del puerto) -artículo 30 de la Ordenanza de 1974-, y las eventuales derivadas de incrementos de actividad imprevistas se cubrían con «trabajadores del censo» que prestaban sus servicios en las Empresas Estibadoras a través del turno de rotación -artículo 29 de la misma Ordenanza. Por otro lado, también había trabajadores que formaban parte de la «plantilla de las Empresas Estibadoras», adscritos en exclusiva a las mismas, previa solicitud dirigida a la Organización local de Trabajos Portuarios para obtener su adscripción en exclusiva (artículo 28 de la Ordenanza de 29174).

Sociales de los Nuevos Métodos de Manipulación de Cargas en los Puertos<sup>565</sup>, la aprobación de la Constitución de 1978<sup>566</sup> hizo necesario adaptar la estructura, funciones y competencias de la OTP al nuevo marco regulador del momento<sup>567</sup>.

En el orden laboral, el primer paso fue la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que rompió la tendencia inclusiva de la preconstitucional Ley de Relaciones Laborales de 1976 -en la cual constaban los «trabajadores del mar» como colectivo con relación laboral «especial»<sup>568</sup>-, omitiendo incluir a prestadores de servicios portuarios en el elenco clasificador de las relaciones laborales de carácter especial<sup>569</sup>. No fue hasta la aprobación de la Ley 32/1984, de 2 de agosto<sup>570</sup>, que la relación laboral especial de los estibadores portuarios se sistematizó, en su artículo segundo, junto con las demás relaciones especiales.

### 3.2. La primera catalogación formal de la relación laboral de la estiba portuaria como «especial»: Ley 32/1984 y reforma de la estiba de 1986

En el ámbito de la estiba portuaria, el Real Decreto 2302/1980, de 4 de octubre, (RD 2302/80, en adelante)<sup>571</sup> vino a regular la estructura administrativa de las actividades laborales y empresariales en los puertos de interés general.

Uno de los aspectos que marcó dicha norma y que se reprodujo en ulteriores cuerpos normativos aprobados en este sector, fue la importante asignación de competencias a la Administración, como garante del servicio público, circunstancia que condicionó inexcusablemente el trabajo en los puertos. Se identificó a la OTP como organismo autónomo del Estado de naturaleza administrativa, que debía actuar como Oficina Especial de Empleo para el sector portuario, asegurando la regularidad en el empleo de los estibadores

---

<sup>565</sup> BOE núm. 69, de 22 de marzo de 1977. De conformidad con el artículo 15 del Instrumento de ratificación, el Convenio entró en vigor para España el 22 de abril de 1976, en virtud de su artículo 9.2. El Registro del Instrumento de Ratificación de España tuvo lugar el 22 de abril de 1975.

<sup>566</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>567</sup> El contexto que justificó esta regulación se explicita en la Exposición de Motivos del Real Decreto 2302/1980, de 24 de octubre, por el que se regula la estructura administrativa de las actividades laborales y empresariales en los puertos de interés general. En su artículo primero, la O.T.P. se presenta como un organismo autónomo del Estado de carácter administrativo, cuyo cometido esencial, en cuanto a Oficina Especial de Empleo para el sector portuario, era el de asegurar la regularidad en el empleo de los estibadores del censo portuario atendiendo las solicitudes que formulen las Empresas Estibadoras.

<sup>568</sup> Artículo 3. Uno.d) de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE núm. 96, de 21 de abril de 1976).

<sup>569</sup> Artículo Segundo de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. (BOE nº 64, de 14 de marzo de 1980).

<sup>570</sup> Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores. En su Disposición Adicional Primera, segundo párrafo, de estableció que «la relación laboral de los estibadores portuarios se considerará de carácter especial, entendiéndose incluida entre las previstas en el artículo 2, punto 1 (BOE núm. 186, de 4 de agosto de 1984).

<sup>571</sup> BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1980.



del censo portuario a través de la gestión de las solicitudes que presentaban las Empresas Estibadoras<sup>572</sup>.

El carácter mediador de la OTP, que ya se vislumbraba a través de la regulación del RD 2302/80, se confirmó a través de la Orden de 16 de junio de 1981<sup>573</sup>, que desarrolló la primera, y cuyo contenido material se centró en el ingreso al trabajo, la colocación de los estibadores, su régimen económico y el ejercicio de facultades directivas y sancionadoras. Por otro lado, negó con rotundidad la atribución de la función de «aseguramiento regular del empleo» como propia de una relación jurídico-laboral entre la OTP y los trabajadores<sup>574</sup>, la cual se había visto en las regulaciones precedentes. Ello condicionó indefectiblemente el cambio de sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a las relaciones entre ambos<sup>575</sup>.

El RD 2302/80 y la Orden de 1981 abogaron por atribuir a la OTP la condición de Oficina Especial de Empleo y la jurisprudencia del momento no tardó en buscar elementos que contribuyeran a reforzar dicha atribución, pudiendo afirmar así la existencia de una relación laboral entre la OTP y los Estibadores Portuarios, a pesar de que éstos últimos prestaran servicios según adscripción exclusiva a las Empresas portuarias.

Así pues, tras una primera fase o tendencia de la doctrina jurisprudencial, que transcurrió bajo la vigencia de la Ordenanza de 1974 (antes de aprobarse el RD de 1980) y que catalogó como laboral la relación existente entre la OTP y los trabajadores portuarios, la aprobación del RD 2302/80 y de la Orden de 1981 negaron la consideración jurídica laboral de dicha relación y marcaron el inicio de una segunda etapa evolutiva en el sector.

En consecuencia, el aparente «inquebrantable» vínculo laboral que existía entre la OTP y los estibadores, que sobrevivía incluso en los periodos de suspensión de la relación laboral para pasar a adscribirse a las Empresas Estibadoras (recobrándose una vez devueltos al censo al finalizar el periodo de prestación de servicios), se vio truncado con la aparición del RD 2302/80, que en su artículo 1º atribuía a la OTP la condición de «Oficina Especial de

---

<sup>572</sup> En el artículo 1 del RD 2302/1980, de 4 de octubre. Por su lado, El detalle de las competencias de la O.T.P. se encontraba en el artículo 2: «Uno. Establecer la organización adecuada al objeto de facilitar a las Empresas el personal portuario que éstas soliciten, bien con carácter fijo u ocasional [...]. Dos. La gestión y administración de los fondos correspondientes para el pago de salarios [...]. Tres. La creación y sostenimiento de las instalaciones destinadas a Servicios administrativos, sanitarios y acción social [...]. Cuatro. La formación y perfeccionamiento de los Estibadores Portuarios [...]. Cinco. La colaboración en la aplicación de la Seguridad Social a los Estibadores portuarios.»

<sup>573</sup> Orden de 16 de junio de 1981 por la que se desarrolla el Real Decreto 2302/1980, de 24 de octubre, por el que se regula la estructura administrativa de las actividades laborales y empresariales en los puertos de interés general (BOE núm. 144, de 17 de junio de 1981).

<sup>574</sup> El artículo 1.2 de la Orden de 16 de junio de 1981 rezaba: «En ningún caso supondrá esta función la existencia de relación jurídico-laboral entre el organismo y los mencionados trabajadores.»

<sup>575</sup> Sobre las distintas fases de la doctrina jurisprudencial y su cambio de criterio, véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios... Op. Cit.* Págs. 40-42.

Empleo»<sup>576</sup>. Por su lado, la interpretación jurisprudencial de la norma negaba tanto la exclusividad de dicha función de colocación o empleo como la existencia de una relación laboral entre ambos, aunque también garantizara la percepción del salario, la efectividad del trabajo y el abono de prestaciones de Seguridad Social<sup>577</sup>.

En cualquier caso, más allá de las vacilaciones jurisprudenciales del momento, ciertamente existía una incongruencia entre el derecho positivo y la realidad material, que se vio reflejada en distintas Sentencias del Tribunal Central del Trabajo y de los Tribunales Superiores de Justicia que, si bien en general se decantaban por la no laboralidad de los vínculos en su mayoría, el criterio sufrió ciertas oscilaciones al respecto de la naturaleza de dicha vinculación<sup>578</sup>. Por su lado, la doctrina no fue ajena al debate generado con ocasión de los vaivenes jurisprudenciales, sosteniendo posiciones discordantes a través del abordaje del sistema de trabajo en los puertos desde un prisma más próximo a la fase previa a la aprobación del RD-L 2/86<sup>579</sup>. Así, tanto en los debates jurisprudenciales como doctrinales, destacaron las posiciones que, superando la regulación positiva en la materia y atendiendo al

---

<sup>576</sup> La Organización de Trabajos Portuarios, constituida como Organismo autónomo del Estado de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Trabajo a través de la Subsecretaría del Departamento, tenía como cometido esencial, en cuanto Oficina Especial de Empleo para el sector portuario, el de asegurar la regularidad en el empleo de los estibadores del censo portuario, atendiendo las solicitudes que formularan las empresas estibadoras, de acuerdo con la normativa vigente (artículo 1 del RD 2302/80, de 24 de octubre, por el que se regula la estructura administrativa de las actividades laborales y empresariales en los puertos de interés general; BOE núm. 260, 29 de octubre de 1980).

<sup>577</sup> Véase, a título ilustrativo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 1983 [1983\1939]: «Que ciertamente la Organización de Trabajos Portuarios no es una mera oficina de colocación o empleo, sino que como señala la S. de esta Sala de 5 octubre 1982 (RJ 1982\6102) y reitera la de 15 diciembre de dicho año (RJ 1982\7816) «facilita a los estibadores la efectividad del trabajo, la garantía de percepción del salario y de prestaciones de Seguridad Social, otorgando una protección que no es la de una mera agencia de colocaciones, sino de contratación de servicios a través de persona u organismo interpuesto» (...) la Organización de Trabajos Portuarios sólo satisfará los salarios en nombre de las empresas cuando éstas hayan efectuado provisión de fondos, y que en ningún caso adelantará fondos para pago de salarios; de ello se deduce que no tiene la Organización de Trabajos Portuarios legitimación pasiva como empresario en la relación laboral con el estibador (...)» y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 1983 [1983\3701]: «delimitada la naturaleza primordial de la demandada como Oficina especial de empleo, sin carácter patronal respecto de los estibadores del censo; coincidiendo, el documento del folio 8, no obstante el error mecanográfico en él detectable, revela que el demandante no trabajaba para dicho organismo autónomo, sino que a través del mismo lograba la colocación o trabajo diario que por turno correspondiese (...)».

<sup>578</sup> La mayoría de las resoluciones judiciales dictadas posteriormente al RD de 1980 se decantaban por la no laboralidad de la relación existente entre la O.T.P. y los trabajadores, bajo la tesis de que no se le podía atribuir naturaleza laboral «porque la Organización de Trabajos Portuarios no es una empresa para la que sean prestados los servicios de dichos trabajadores sino un organismo administrativo (...) la inexistencia de un contrato de trabajo entre las partes obsta a que puedan ser de aplicación al caso las normas reguladoras de aquél». En este sentido, véase la recopilación de resoluciones judiciales de RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios... Op. Cit.* Pág. 95.

<sup>579</sup> Sobre los debates doctrinales en torno a la naturaleza de la relación entre los trabajadores portuarios y la O.T.P, véase RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T. «Dictamen solicitado por la Secretaría General de Empleo y Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social acerca de una serie de cuestiones relativas a la regulación del trabajo de los estibadores portuarios», Universidad de Valencia, octubre de 1987; CABRERA BAZÁN. «Informe sobre la Organización de Trabajos Portuarios emitido a instancias de la Coordinadora Nacional de Estibadores Portuarios» y OJEDA AVILÉS, A. «El procedimiento de colocación, revisitado», Civitas, *Revista española de derecho del trabajo*, N° 14, Págs. 203-234. Por todos, véanse las obras citadas en RODRÍGUEZ RAMOS, P. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios... Op. Cit.* Pág. 90 y ss.

contenido real de las tareas desarrolladas por los trabajadores, sostuvieron que el empleador, desde un prisma material, era la OTP y no las empresas estibadoras.

La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 1 de octubre 1985 marcó un punto de inflexión en la regulación de la relación laboral de los estibadores portuarios, declarando la nulidad del RD 2302/80 y de la Orden del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social de 16 de junio de 1981, por un defecto formal en el procedimiento de elaboración vinculado a la falta de solicitud del preceptivo informe consultivo al Consejo de Estado<sup>580</sup>.

Tras la taxativa anulación de la norma existente hasta ese momento, que de forma categórica venía a negar la laboralidad del vínculo entre la OTP y los estibadores portuarios, el país se situó en un vacío legal que, aunado con los cambios en el sistema de relaciones laborales derivados de la aprobación de la Constitución Española de 1978, la ratificación del Convenio núm. 137 de la OIT así como la incorporación de España en la Comunidad Económica Europea, propició que se llevara a cabo un profundo ejercicio de reflexión en torno a la necesidad de dotar a las actividades portuarias de un marco regulador adecuado al contexto de ese momento<sup>581</sup>.

Lamentablemente, la nueva regulación, que dio comienzo a una nueva etapa en la evolución diacrónica del sector, no nació de un madurado proceso legislativo, sino de un precipitado Real Decreto-Ley de urgencia (2/1986, de 23 de mayo) que vino a erigirse en la vía de ejecución del Gobierno para incorporar cambios e iniciativas que habían sido rechazadas por los sindicatos<sup>582</sup>, cuyo desarrollo reglamentario se llevó a cabo a través del Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo<sup>583</sup>. Ello originó una gran ola de huelgas y conflictos laborales en los puertos españoles, al considerarse la práctica del ejecutivo como un claro veto a la entrada de la negociación colectiva y una vía libre para la privatización del sector, con pérdida de protecciones antes garantizadas a través de la relación con la anterior OTP.

A través de dicha Ley, se reguló la constitución de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba (SEED, en adelante)<sup>584</sup>, que sucedieron a las anteriores OTP. Dichas Sociedades, constituidas como Sociedades Anónimas pero con participación mayoritaria de la Autoridad Portuaria –en calidad de Administración<sup>585</sup>–, tenían por objeto asegurar la profesionalidad de

---

<sup>580</sup> RJ 1985/4530.

<sup>581</sup> Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1986).

<sup>582</sup> Para una visión crítica de la reserva de ley y la utilización de la figura del Decreto-ley (cuyo presupuesto habilitante se reserva a supuestos de «extraordinaria y urgente necesidad»), en este caso, RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo, como límites formales de la regulación del trabajo en los puertos, véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios... Op Cit.* Págs. 67-79.

<sup>583</sup> Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba (BOE nº 64, de 16 de marzo de 1987).

<sup>584</sup> Constituidas a través del Título III del RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo.

<sup>585</sup> Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, por el que se crea la Comisión Interministerial para la Coordinación del Desarrollo de la Reforma Portuaria, aprobado a través de Orden de

los trabajadores que desarrollaran actividades portuarias y la regularidad en la prestación de servicios en tales actividades, a través de la contratación, en el ámbito de la relación laboral especial de estibadores portuarios, de aquellos trabajadores portuarios necesarios para el desarrollo de tales tareas<sup>586</sup>.

Sin ánimo de realizar un profuso análisis de la regulación introducida por el Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, toda vez que contamos con la prolija obra publicada por la autora Rodríguez Ramos que aborda con detalle el alcance y contenido de la regulación que introdujo esta norma<sup>587</sup>; no puede eludirse una breve referencia a la posibilidad que introdujo la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante<sup>588</sup> -que modificó determinados preceptos del RD-L 2/1986- de suspender temporalmente la aplicación de las disposiciones del primero y restringir, de este modo, los límites impuestos por la norma reguladora del trabajo de estiba y desestiba<sup>589</sup>; así como a las modalidades de relaciones jurídicas en el trabajo que incorporó sobre su estructura triangular, dado el impacto que han tenido estos precedentes sobre el actual marco regulador del trabajo portuario.

El presupuesto de hecho para la suspensión de la norma era la necesidad de garantizar una adecuada ordenación de la actividad económica en caso de repercusión o afectación negativa sobre determinados sectores económicos afectados por el servicio público de estiba de cada

---

30 de julio de 1987 (BOE núm. 182, de 31 de julio de 1987). Esta Comisión Interministerial se encargó de elaborar las directrices a las que debía ajustarse la actuación de las Sociedades Estatales de estiba y desestiba, a fin de «conseguir ese marco uniforme para el desarrollo de la reforma para el sector (...)» y «velar por la coordinación de dicha actuación y garantizar, en todo momento, la consecución de los objetivos inspiradores de la reforma del sector de estiba y desestiba de buques».

<sup>586</sup> Sobre su ámbito competencial, véase el artículo 7 del Real Decreto-Ley de urgencia, 2/1986, de 23 de mayo: «1. En cada puerto incluido en el ámbito de esta norma se constituirá una Sociedad Estatal, como Sociedad Anónima de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.º1.a), de la Ley General Presupuestaria. Dichas Sociedades tendrán por objeto asegurar la profesionalidad de los trabajadores que desarrollen actividades portuarias y la regularidad en la prestación de servicios en tales actividades, a cuyo fin contratarán en el ámbito de la relación laboral especial de estibadores portuarios a aquellos trabajadores necesarios para el desarrollo de tales tareas, de acuerdo con lo previsto en los Títulos IV y V de este Real Decreto-ley. 2. La participación del Estado en el capital de dichas Sociedades será superior al 50 por 100 del mismo, consistiendo su aportación inicial en el patrimonio neto perteneciente en la actualidad al Organismo Autónomo Organización de Trabajos Portuarios, una vez que se cumplan las previsiones contenidas en la Disposición Transitoria Primera de la presente norma».

<sup>587</sup> Véase la obra completa de RODRÍGUEZ RAMOS, P. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* *Op. Cit.*

<sup>588</sup> BOE núm. 283, de 25 de noviembre de 1992.

<sup>589</sup> Los límites que imponía dicha norma se regulaban, en esencia, en los artículos 1, 2, 9 y 12 de dicho cuerpo legal. El artículo 1 establecía una limitación geográfica, reduciendo el monopolio a los puertos en los cuales se constituyeran las Sociedades Estatales u Organizaciones equivalentes de las Comunidades Autónomas; considerados o calificados de interés general. Asimismo, se extendía la aplicación de la norma a los puertos que, sin tener la consideración de interés general, la O.T.P. ejerciera sus funciones a la fecha de la entrada en vigor del RD-L 2/1986. El artículo 2, por su lado, delimitaba objetivamente el ámbito de las «tareas portuarias». Por último, el artículo 12 establecía los límites vinculados a la disponibilidad de los trabajadores por parte de las Sociedades Estatales, posibilitando la contratación directa de trabajadores inscritos en el correspondiente registro. Este último límite se vio modulado o reducido por la Disposición Adicional 13ª, apartado 2º, de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

puerto<sup>590</sup>. La doctrina científica consideró la facultad suspensiva como una extralimitación normativa que ponía en quiebra el sistema de fuentes constitucionalmente garantizado, concediendo al poder ejecutivo -a través de la norma reglamentaria- la posibilidad de desactivar la aplicabilidad de una norma con rango de ley, llegando al posible escenario de ver suspendida la aplicación de la disposición que regulaba como especial la relación de los estibadores con la Sociedad Estatal y como común la mantenida con la Empresa Estibadora, cuando cualquier cambio de la calificación sobre la especialidad establecida en el artículo 2.1.g) del Estatuto de los Trabajadores exigía que se llevara a cabo por Ley<sup>591</sup>.

Una vez aprobada y entrada en vigor la Ley 27/1992, que incorporaba la mentada facultad suspensiva, el poder ejecutivo no tardó en llevarla a la práctica. A través del Real Decreto 2541/1994, de 29 de diciembre, se suspendió temporalmente la aplicación del Real Decreto-ley 2/1986<sup>592</sup>. Aunque a través de su exposición de motivos se pretendía dar cobertura jurídica al fundamento de la suspensión, mientras la situación económica lo aconsejara y hasta la finalización del periodo de vigencia del II Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario<sup>593</sup>, lo cierto es que la pronta utilización de la facultad suspensiva permitía, cuanto menos, sugerir, que el legislador ya era consciente de que las medidas contenidas en el RD-Ley 2/86 empezaban a lograr la deseada eficiencia en los puertos españoles, incrementando innecesariamente los costes de las empresas prestatarias del servicio.

---

<sup>590</sup> A través de la Disposición Adicional 13ª, apartado 3º, de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante: «3. El Gobierno, teniendo en cuenta las circunstancias económicas concretas en las que se desarrolla el servicio público de estiba, en cada puerto, y su repercusión negativa sobre cada uno de los sectores económicos afectados por dicho servicio, podrá suspender temporalmente la aplicación de cualquiera de las previsiones contenidas en el Real Decreto-ley 2/1986, mientras se mantengan las circunstancias y condiciones que justificaron dicha suspensión, con objeto de garantizar una adecuada ordenación de la actividad económica en el sector afectado».

<sup>591</sup> La autora RODRÍGUEZ RAMOS, P. en «*La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Págs. 83-86, analiza desde un punto de vista crítico la posibilidad de suspensión introducida por la Disposición Adicional 13ª, apartado 3º de la Ley 27/1992 proyectada sobre un triple prisma: material, temporal y geográfico-económico. Desde el punto de vista del ámbito material, la disposición, que otorgaba discrecionalidad al Gobierno para determinar las circunstancias justificativas de la suspensión, sugería dudas con respecto a su ámbito de afectación, esto es, determinados preceptos de la norma o bien toda ella globalmente considerada. En cuanto al ámbito temporal, la autora sugiere que, probablemente, el elemento delimitador del mismo era el mantenimiento de los motivos o las condiciones justificadoras de la suspensión. Por último, con respecto del ámbito geográfico-económico, se debía abrir un debate en torno a la posibilidad de que dicha disposición afectara a uno o bien distintos sectores de uno o varios puertos.

<sup>592</sup> BOE núm. 15, de 18 de enero de 1995.

<sup>593</sup> En la Exposición de Motivos el Gobierno aludía a una veloz evolución y transformación del sistema portuario para lograr una mayor competitividad y eficacia que hiciera de los puertos una oferta atractiva en el tráfico marítimo internacional, así como a una negativa situación económica del sector pesquero que precisaba una racionalización de la estructura de costes correspondientes a las labores de cargas y descargas portuarias. Por su lado, el II Acuerdo marco de la estiba se aprobó por Resolución de 3 de noviembre de 1993, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del texto del II Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario (BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 1993).

El RD-Ley 2/86 introdujo un nuevo sistema de funcionamiento del trabajo de la estiba y desestiba con distintos sujetos intervinientes en la relación laboral de carácter especial: La Sociedad Estatal, la Persona Trabajadora y la Empresa Estibadora.

Las Sociedades Estatales tenían una naturaleza especial distinta a la general otorgada por el artículo 6.1.a) de la Ley General Presupuestaria<sup>594</sup>, caracterizado por un proceso de rápida creación<sup>595</sup>, para la cual únicamente era preciso el acuerdo del Consejo de Ministros<sup>596</sup>. La participación del Estado en el capital de éstas era superior al 50 por ciento<sup>597</sup> y, su aportación inicial, consistía en el patrimonio neto que pertenecía a la anterior Organización de

---

<sup>594</sup> La versión original de la Ley General Presupuestaria (LGP, en adelante) se contenía en la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria (BOE núm. 7, de 8 de enero de 1977). En su artículo seis, daba la consideración de sociedad estatal «a) las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus Organismos autónomos y b) Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado». A lo largo de los años, este precepto fue objeto de modificación y matización. Tras los cambios operados a través de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984 (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1983) así como la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 (BOE núm. 307, de 23 de diciembre), se aprobó el texto refundido a través de Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (BOE núm. 234, de 29 de septiembre de 1988), según cuyo artículo 6.1.a) eran Sociedades estatales a efectos de dicha ley: «a) Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos Autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público». A pesar de que la LGP actualmente vigente es la Ley 47/2003, de 26 de noviembre (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003), dado el contexto histórico objeto de análisis procede incorporar la dicción de la norma en su versión originaria.

<sup>595</sup> Cf. Artículo 7.1, párrafo primero, del RD-Ley 2/1986, que establecía que «En cada puerto incluido en el ámbito de esta norma se constituirá una Sociedad Estatal, como Sociedad Anónima de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.º 1.a), de la Ley General Presupuestaria».

<sup>596</sup> La metodología crítica sobre la naturaleza de la Sociedad Estatal empleada por la autora RODRÍGUEZ RAMOS, P. en la obra «*La relación laboral especial de los estibadores portuarios... Op. Cit.* Págs. 138-146, no cuestiona su carácter de Empresa Pública, sino que se centra en el examen de los aspectos que afectan a su posible naturaleza societaria desde el punto de vista de su configuración normativa, su discutido carácter de Administración Pública así como las discusiones doctrinales en torno al respeto de la forma (*forma dat esse rei*) y la «tesis de la esencialidad de la forma»; predominando la que abunda sobre su naturaleza jurídico-privada sin perjuicio de su especialidad, aspecto que pone de relieve la necesidad de descender a un análisis individualizado de cada Sociedad Estatal en orden a determinar el margen de aplicabilidad del régimen de las sociedades mercantiles. Es elocuente, a estos efectos, su calificación de «Administración instrumental con la forma jurídico-privada de sociedad anónima», llegándose a admitir su integración en la denominada «Administración Institucional», al no ser Estado sino «propiedad» del mismo (véase, sobre este concepto o institución jurídica, GARRIDO FALLA, F. Y FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. «Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999), *Civitas*, 3ª Ed., 2000, Pág. 68.

<sup>597</sup> Cf. Artículo 7.2 del RD-Ley 2/1986. Por su lado, la Orden de 30 de julio de 1987, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por el que se crea la Comisión Interministerial para la Coordinación del Desarrollo de la Reforma Portuaria (BOE núm. 182, de 31 de julio de 1987), identificaba como una de sus piezas claves la creación, en cada puerto incluido en el ámbito de aplicación de dicha norma reglamentaria (y del RD-Ley objeto de desarrollo), de una sociedad estatal que tuviera por objeto asegurar la profesionalidad de los trabajadores que desarrollan actividades portuarias y la regularidad en la prestación de servicios. A tal fin, se acordó la creación de una Comisión Interministerial con representantes de los diversos departamentos ministeriales implicados a los efectos de establecer directrices a las que debían ajustarse las sociedades estatales con el fin de lograr un marco uniforme para el desarrollo de la reforma de la estiba.

Trabajadores Portuarios (OTP), cuya personalidad jurídica quedaba extinguida una vez constituidas dichas Sociedades Estatales<sup>598</sup>.

La intervención de las empresas estibadoras en la gestión del servicio público de estiba y desestiba debía conllevar su participación en el capital social de la Sociedad Estatal en los términos determinados en los Estatutos de cada Sociedad<sup>599</sup>; y los ingresos de ésta última provenían de las aportaciones iniciales de los socios y las cuotas mensuales de las Empresas Portuarias<sup>600</sup>.

En el otro lado del sinalagma contractual se situaría el trabajador portuario, que adquiriría esta consideración una vez celebrado el correspondiente contrato de trabajo con la Sociedad Estatal la denominada «relación laboral especial del estibador portuario» para desempeñar actividades integrantes del servicio público, consistentes en la carga, descarga, estiba, desestiba y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, en los buques y dentro de la zona portuaria<sup>601</sup>. En ese momento, pues, el legislador identificó el nexo de unión entre los dos sujetos (Sociedad Estatal y trabajador portuario) en el contenido de la prestación, determinante de la especialidad de la relación: el desarrollo de labores de carga y descarga de mercancías<sup>602</sup>. Ahora bien, no puede obviarse que también flexibilizó el criterio delimitador

---

<sup>598</sup> Cf. Disposición Transitoria Primera del RD-Ley 2/1986, a la cual se remitía su artículo 7.2. En su virtud, quedaba suprimido el Organismo Autónomo Organización de Trabajos Portuarios, cuya liquidación debía llevarse a cabo en un plazo máximo de doce meses. En relación con la forma de integración del personal de la anterior O.T.P., la norma se remitía a la regulación reglamentaria, estableciéndose su incorporación en otros Cuerpos o Escalas de las Administraciones Públicas o en la plantilla de las Sociedades Estatales, según su naturaleza funcionaria o laboral.

<sup>599</sup> Cf. Artículo 5 del RD-Ley 2/1986, que calificaba como «empresas estibadoras», a los efectos de esa norma, a todas las personas que desearan intervenir en la gestión del servicio público de estiba y desestiba.

<sup>600</sup> El régimen económico de las Sociedades Estatales es objeto de análisis por la autora RODRÍGUEZ RAMOS, P. en «*La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Págs. 136-138, en cuya virtud determina que las Empresas Estibadoras las que, en principio, soportaban toda la carga financiera, pues la participación estatal se limitaba a una aportación inicial y las Empresas Estibadoras sufragaban los costes derivados de los trabajadores de la plantilla societaria, tanto de los que reportaran beneficios directos, como de los costes derivados de cualquier otro concepto vinculado al funcionamiento de la sociedad anónima. Su capacidad de control de la sociedad, en cambio, no era directamente proporcional a las cargas soportadas, pues tenían una participación minoritaria, como accionistas, en los órganos de representación y gestión de la sociedad. La autora sostiene que el sistema de cálculo de las cuotas de las Empresas Estibadoras basado en la utilización de trabajadores no siempre era una medida proporcionada de la relación costes/beneficios que aquélla suponía, pues frecuentemente las ventajas obtenidas de la posibilidad de disponer de personal cualificado eran inferiores a los gastos soportados.

<sup>601</sup> Cf. Artículo 13 del RD-Ley 2/1986, en relación con su artículo 2 y el artículo 2.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, a la cual se refiere la Disposición Adicional Primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>602</sup> Sin perjuicio de esta delimitación objetiva, que *a priori* excluía las relaciones laborales que se establecieran entre la Sociedad Estatal y personal que no tuviera la naturaleza portuaria (art. 2 RD-Ley 2/1986) -de carácter auxiliar o administrativo-, el artículo 12 del Reglamento de desarrollo (RD 371/1987, de 13 de marzo) abrió la posibilidad de que, para fines o actividades excluidas del ámbito del servicio público descrito por el citado artículo 2 RD, las Empresas Estibadoras utilizaran tanto personal vinculado con dichas empresas como personal con relación laboral especial vinculado con la Sociedad Estatal. Sin embargo, una interpretación sistemática de la norma reglamentaria, debería conducir a considerar inadecuada la remisión al artículo 3 efectuada por el artículo 12, pues en realidad era el artículo 6 el que regulaba las actividades integrantes no propias del servicio público susceptibles de realizarse por dicho personal a través de las empresas estibadoras,

al facultar que el personal objeto de cesión que prestara servicios para las Empresas Estibadoras realizara actividades complementarias o auxiliares al servicio público, sin necesidad de justificar previamente la insuficiencia de personal propio<sup>603</sup>.

Así las cosas, la inicial relación bilateral existente entre la Sociedad Estatal y el trabajador portuario abrió paso hacia una estructura triangular vía incorporación de la Empresa Estibadora en la ecuación de la prestación de servicios del trabajador portuario, a través de la cesión de éste por parte de la Sociedad Estatal a las Empresas concesionarias de la gestión del servicio portuario.

A propósito de la naturaleza pública del servicio gestionado por las Empresas Estibadoras - personas naturales o jurídicas que podían ser tanto españolas como extranjeras<sup>604</sup>-, la fórmula de gestión se articulaba a través del correspondiente contrato de concesión a suscribir entre la Administración y dichas Empresas<sup>605</sup>. Éstas, para poder desarrollar sus funciones y acceder a su condición, debían cumplir determinados requisitos<sup>606</sup> y obligaciones<sup>607</sup>, siendo básica la de participar en el capital de las Sociedades Estatales en función de los Estatutos de cada

---

«tales como las relacionadas con la entrega y recepción de mercancías que, efectuándose en el espacio físico del puerto, estén directamente ligadas al tránsito de mercancías de éste». Sobre esta incorrecta remisión normativa, así como su crítica con respecto de la discrecional ampliación efectuada vía norma reglamentaria del ámbito de las labores descritas por el RD-Ley objeto de desarrollo, véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op Cit. Págs. 148-149.

<sup>603</sup> Cf. Artículo 2 del Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario, aprobado por Resolución de 17 de febrero de 1988, de la Dirección General de Trabajo. Éste, tras incorporar en su ámbito subjetivo de aplicación a los estibadores portuarios contratados por Sociedades Estatales en régimen de Relación Laboral Especial o por las Empresas Estibadoras en régimen de Relación Laboral Común, incluye «igualmente» en su ámbito personal a «Empresas y trabajadores que bajo cualquier régimen realicen en el espacio físico del puerto actividades que, sin ser de servicio público, estén relacionadas con el tránsito de mercancías, tales como entrega y recepción, cuando dichas actividades resulten incluidas en el ámbito funcional de los Convenios de ámbito inferior al de este Acuerdo». Sin embargo, no realiza ningún tipo de referencia a las tareas excluidas del servicio público. Algunos Convenios Colectivos que incorporaron estas tareas en su ámbito funcional, fueron el Convenio Colectivo para Estibadores Portuarios del Puerto de Barcelona de 28 de agosto de 1992 (BOP de 14 de noviembre de 1992, Código de Convenio 0812095), el Convenio Colectivo para Estibadores Portuarios del Puerto de Palma de Mallorca, de 28 de septiembre de 1992 (BOCAIB de 22 de octubre de 1992; I.L. 5657/92), el Convenio Colectivo para Estibadores Portuarios del Puerto de Ibiza de 27 de diciembre de 1992 (BOCAIB de 16 de junio de 1992; I.L. 346592) y el Convenio Colectivo de Estiba y Desestiba del Puerto de Sevilla de 27 de diciembre de 1991 (BOP de 19 de febrero de 1992; I.L. 515/92); entre algún otro.

<sup>604</sup> Base 4.1 de la Orden de 15 de abril de 1987, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 9 de abril de 1987, por la que se fijan las bases para la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques en puertos de interés general.

<sup>605</sup> Cf. Artículos 1.1, 5, 7.1 y 8.1 del RD 371/1987, de 13 de marzo; y Base 1 y 2 de la Orden de 15 de abril de 1987. Establecen la naturaleza de «servicio público esencial» de las actividades de estiba y desestiba de los buques de titularidad estatal, cuya gestión se deja en manos de personas naturales y jurídicas, a través de una gestión indirecta de las labores de carga, descarga, estiba, desestiba y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, realizadas en los buques y dentro de la zona portuaria.

<sup>606</sup> Cf. Artículo 7 del RD 371/1987 y La Base 3 de la Orden de 15 de abril de 1987. Las bases de la gestión del servicio público, fijadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, debían regular exigencias en materia de infraestructura y solvencia técnica y económica, garantizar niveles adecuados de personal propio, niveles mínimos de rendimiento, entre otras responsabilidades, garantías y compromisos.



sociedad, según la plantilla de trabajadores fijos disponibles, tanto en la infraestructura administrativa como para la realización de las tareas portuarias<sup>608</sup>.

Más allá de su funcionalidad vertebradora de la triangularidad del vínculo existente entre la Sociedad Estatal, el trabajador portuario y éstas, lo cierto es que las Empresas Estibadoras mantenían relaciones con distintos sujetos<sup>609</sup> -de naturaleza pública y/o privada- en la gestión del servicio público de estiba y desestiba, en la medida en que su actuación lo era por cuenta de terceros usuarios (consignatarios, armadores o transportistas) con los que celebraban el correspondiente contrato de ejecución de obra<sup>610</sup>.

La premisa previa para la contratación de trabajadores portuarios por parte de la Sociedad Estatal era su previa inscripción en las Oficinas de Empleo<sup>611</sup>, condición que, generalmente, permitía su posterior contratación por parte de las Empresas Estibadoras. Aunque en la primera versión del RD 371/1987 las Sociedades Estatales únicamente podían contratar estibadores previamente inscritos en el Registro Especial de trabajadores portuarios existente en las Oficinas de Empleo<sup>612</sup>, la reforma laboral procedió a suprimir dicho registro a través de la Ley 10/1994<sup>613</sup>, supresión que no se extendió a la de la obligación de previa inscripción en las Oficinas de Empleo (INEM) como requisito previo para la contratación de trabajadores portuarios por parte de la Sociedad Estatal, cuya exigencia se mantuvo<sup>614</sup>. Esta

---

<sup>608</sup> Cf. Artículo 8 del RD 371/1987. Sobre otras obligaciones asociadas a la gestión del servicio público de estiba y desestiba por parte de las Empresas Estibadoras, véase los artículos 9 a 13 de dicho RD, así como la Base 11 de la Orden de 15 de abril de 1987.

<sup>609</sup> Administración Portuaria (con la que se vinculaba a través de un contrato de concesión de carácter administrativo *ex* Base 2.1 y 10, párrafo 3º, de la Orden de 15 de abril de 1987), usuarios terceros (consignatarios, armadores o transportistas) y el Capitán de Buque (a cuyas instrucciones las Empresas Estibadoras quedaban supeditadas con respecto de las actividades de estiba y desestiba desarrolladas a bordo del buque, *ex* Base 9 y 12 de la Orden de 15 de abril de 1987).

<sup>610</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* *Op Cit.* Págs. 165-167.

<sup>611</sup> Cf. Artículo 9 y 13.3 del RD 371/1987. Este requisito de inscripción previa se erigía en una excepción del régimen que introdujo el RD-Ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación (BOE núm. 292, de 3 de diciembre) y posterior Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación (BOE núm. 122, de 19 de mayo); que pretendió romper con el monopolio público de colocación y fomento del empleo, según su Exposición de Motivos, en un contexto de necesidad de crecimiento económico y mejora de la competitividad, logrando optimizar las posibilidades de colocación existentes, sin olvidar la necesidad de modificar profundamente el Estatuto de los Trabajadores. Sobre las novedades que introdujo dicha regulación, véase CAMPS RUIZ, L.M. «La reforma del mercado de trabajo. El nuevo régimen jurídico de la colocación y de los contratos de aprendizaje de trabajo en prácticas, a tiempo parcial y de relevo», Tirant Lo Blanch, 1994. Pág. 21 y ss; y CASAS BAAMONDE, M.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. «La ruptura del monopolio público de colocación. Colocación y fomento del empleo», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 1, 1994. Págs. 236-253.

<sup>612</sup> En la versión inicial del artículo 9 de dicho Reglamento (BOE n° 64, de 16 de marzo de 1987).

<sup>613</sup> A través de su Disposición Adicional 7ª (BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994). En concreto, dicha disposición suprimía «dos registros especiales de trabajadores portuarios creados al amparo de lo dispuesto en el RD-Ley 2/1986 (...) específicamente (...) las referencias normativas a dichos registros recogidas en los artículos 9, 10 y 12 del citado RD-Ley 2/1986 (...)».

<sup>614</sup> Sobre el régimen jurídico de colocación de trabajadores que vinculaba a los estibadores portuarios, para cuyo colectivo se mantenía la obligación de contratación a través del INEM, sin ser relevante la estos efectos la supresión de los registros especiales de trabajadores portuarios o la pérdida de la exclusividad del INEM como

inscripción iba supeditada, asimismo, a la previa superación de determinadas pruebas de aptitud, capacitación y cursos de perfeccionamiento<sup>615</sup>, salvo determinadas excepciones creadas para facilitar el tránsito hacia el nuevo régimen o sistema creado con la reforma llevada a cabo a través del RD-Ley 2/1987<sup>616</sup>.

Tras dicha eliminación normativa se generó un avivado debate en torno a las consecuencias, repercusiones y trascendencia de dicha supresión, en relación con la exigencia de registro que disponía el Convenio núm. 137 de la OIT<sup>617</sup>, integrado en el ordenamiento jurídico español a través del proceso de ratificación y al cual estaba sometido en virtud del principio de jerarquía normativa. Esta exigencia de registro, en el sentido dado por el instrumento internacional, acababa siendo satisfecha a través del papel otorgado a las Sociedades Estatales por el RD-Ley 2/1986, cuando la lógica reguladora hubiera esperado que la sustitución de las funciones de «registro» hubiera ido acompañado de una evolución de su régimen jurídico, máxime cuando dicho RD-L pretendía conceptualizar a las Sociedades Estatales como «empresas» y, dicha noción, poco se compadecía con la función de intermediación que se le pretendía dar en la contratación así como la esencia del registro entendido en los términos que fue creado<sup>618</sup>.

---

agente intermediador en la colocación, véase CRUZ VILLALÓN, J., «El nuevo régimen de la colocación de trabajadores», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 32, 1994. Pág. 21.

<sup>615</sup> Cf. Artículo 9 RD-Ley 2/1986.

<sup>616</sup> Según la clasificación realizada por CRUZ VILLALÓN, J. «Diferencias de condiciones de trabajo entre los estibadores portuarios: la aplicación de los principios de igualdad, condición más beneficiosa y norma más favorable», *Relaciones Laborales*, N° 12, Tomo I-1989, Pág. 1371 y ss.; el esquema partía de la siguiente distinción: trabajadores vinculados con una Sociedad Estatal (procedentes de la extinta OTP o contratados posteriormente a la entrada en vigor del RD-L 2/1986) y trabajadores contratados por las distintas Empresas Estibadoras (según contratación previa o posterior a la entrada en vigor del RD-L 2/1986). Según RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral de los estibadores...* *Op. Cit.* Pág. 187; en aplicación de la norma reglamentaria de aplicación, las situaciones excepcionadas en virtud de las cuales los trabajadores pasaban a formar parte del registro directamente (sin exigirse prueba de aptitud ni perfeccionamiento) eran las tres siguientes: trabajadores pertenecientes a la extinta OTP que no suscribieran el correspondiente contrato de integración en la plantilla de la Sociedad Estatal, trabajadores que, sin figurar en el censo de la OTP, hubiesen realizado habitualmente trabajos portuarios «ocasionales» y, por último, trabajadores afectados por una extinción de la relación laboral común de mutuo acuerdo, dimisión o despido declarado procedente.

<sup>617</sup> El artículo 3 del Convenio núm. 137 de la OIT establece que «1. Deberán establecerse y llevarse registros para todas las categorías de trabajadores portuarios, en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales. 2. Los trabajadores portuarios deberán tener prioridad para el trabajo portuario. 3. Los trabajadores portuarios registrados deberán manifestar que están disponibles para el trabajo en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales». A su vez, el artículo 9.1 del RD-Ley 2/1986, establecía: «Solamente podrán ser contratados aquellos trabajadores que figuren inscritos en el registro especial de trabajadores portuarios que existirá en las Oficinas de Empleo (...)».

<sup>618</sup> En su obra *Op. Cit.* Pág. 183 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS aborda, al hilo de dicha supresión normativa, distintas opciones interpretativas de la realidad reguladora de la contratación de los estibadores portuarios en los puertos a la luz de la normativa internacional, siendo una de ellas la configuración de las Sociedades Estatales como una suerte de *tertium genus* entre las Empresas de Trabajo Temporal y las Agencias de Colocación sin fines lucrativos.

Aun así, no hubo duda de que, a los efectos del procedimiento de colocación de estibadores portuarios, los Servicios Públicos de Empleo (INEM<sup>619</sup>) tenían el monopolio exclusivo y, el control estatal de dicha mediación pública excluía cualquier otra vía de contratación directa a través de otros agentes privados, como podía haber sido la intervención de Empresas de Trabajo Temporal y/o Agencias de colocación en el proceso de contratación de trabajadores portuarios<sup>620</sup>.

En el proceso de contratación de trabajadores por parte de la Sociedad Estatal, operaban distintas prelación o prioridades que se extraían del juego de las disposiciones establecidas en el RD-Ley 2/1986 y de la Ley 27/1992 (LPEMM)<sup>621</sup>, regido por estrictos principios de igualdad, mérito y capacidad; a través de peticiones «genéricas o innominadas» que concedían mayor facilidad que las peticiones de trabajadores de carácter «nominativo»<sup>622</sup>.

La contratación por parte de la Sociedad Estatal constituía la primera fase del mecanismo articulado para proveerse del personal necesario para ejecutar tareas de carga y descarga. La segunda fase era la cesión de trabajadores portuarios de la Sociedad Estatal a las Empresas Estibadoras<sup>623</sup>, como fórmula diseñada por el legislador para abastecer las necesidades de personal de éstas últimas que no podían asumirse a través de sus plantillas propias, como consecuencia de incrementos imprevistos de trabajo derivados de la propia naturaleza irregular del trabajo portuario<sup>624</sup> y, cuya satisfacción, sería de otro modo onerosa<sup>625</sup>.

---

<sup>619</sup> Instituto Nacional de Empleo, dependiente del Ministerio de Trabajo y Economía Social y CCAA, que a partir de 2003 se renombró para pasar a denominarse SEPE (Servicio Público de Empleo Estatal), a través de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003).

<sup>620</sup> Por imperativo de la propia Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994), quedó prohibida la identificación del objeto de las Sociedades Estatales con el propio de estas empresas, en cuyo artículo 8.d) se prohibía la celebración de contratos de puesta disposición «para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal».

<sup>621</sup> Cf. Disposición Adicional 13.ª.1 y Disposición Transitoria 12ª de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en relación con el artículo 9 del RD-Ley 2/1986; deduciéndose de los mismos, según una exégesis adaptada a la supresión normativa de los registros, el siguiente orden de preferencia: 1) Trabajadores vinculados con otras Sociedades Estatales; 2) Trabajadores eventuales en los censos de la OTP posteriormente trasladados a algún Registro especial (interpretado como INEM u Oficinas de Empleo) y 3) Trabajadores que figuraran en las Oficinas de Empleo.

<sup>622</sup> Sobre la conceptualización nominativa de las ofertas de empleo, véase VALDÉS DAL-RÉ, F. «Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo», Madrid, 1977, Pág. 17 y ss.

<sup>623</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios... Op Cit.* Pág. 192 y ss. significó la posibilidad de que el objetivo de mantenimiento del «adecuado nivel de profesionalidad en la prestación del servicio» consignado en el artículo 11 del RD-Ley 2/1986 pudiera haberse alcanzado a través de otras fórmulas o figuras jurídicas, calificando de «eufemismo» el requisito de la capacitación profesional, el cual pretendía la realización de determinadas reivindicaciones históricas al ofrecer, la vía de la cesión, ventajas de regularización y estructuración del mercado de trabajo, ante un sector empresarial resistente al principio de estabilidad en el empleo.

<sup>624</sup> Cf. Artículo 11 RD-Ley 2/1986.

<sup>625</sup> La doctrina que ha examinado la cesión de trabajadores portuarios en el marco del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores ha considerado que, a diferencia de otras relaciones laborales de carácter especial, en ésta el instituto de la cesión no se concibe como un elemento de carácter excepcional u ocasional, sino como un

El presupuesto habilitante de la cesión era la existencia de un excedente de trabajo y, sus notas caracterizadoras, eran las siguientes: la obligatoriedad de su aplicación, al constituir, la utilización de trabajadores cedidos por la Sociedad Estatal, un deber de las Empresas Estibadoras, en la ejecución de todas las operaciones constitutivas de servicio público en las cuales fueran insuficientes los recursos propios de personal<sup>626</sup>; la inexistencia de vínculo contractual entre el trabajador portuario y la Empresa Estibadora que recibiera la prestación de servicios, quedando vigentes únicamente el vínculo de la Empresa Estibadora con la Sociedad Estatal y la del trabajador con la Sociedad Estatal, ésta última, a través de un contrato laboral de carácter especial<sup>627</sup>; la cobertura de necesidades descubiertas que pertenecieran o formaran parte del servicio público<sup>628</sup> como causalidad principal del recurso a la cesión; la temporalidad de la cesión de trabajadores<sup>629</sup>, sin ser posible acudir a la Sociedad Estatal para la cobertura de necesidades permanentes y habituales, las cuales debían cubrirse con la plantilla de la Empresa Estibadora a través de una Relación Laboral Común<sup>630</sup>; la rotación como sistema de determinación de trabajadores objeto de cesión<sup>631</sup> y la inexistencia de libertad de negativa a la prestación de servicios por parte del Estibador Portuario objeto de cesión<sup>632</sup>.

---

elemento constitutivo esencial en la articulación de la prestación de los servicios de este colectivo. En este sentido, véase RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal... Op. Cit.* Págs. 409-410.

<sup>626</sup> Así se desprende de la dicción «deberán utilizar» de la Base 11 de la Orden de 15 de abril de 1987 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 9 de abril de 1987 por el que se fijan las bases para la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques en puertos de interés general.

<sup>627</sup> La función de suministro de mano de obra a terceros es la que constituye la esencia de la regulación del Título V del RD-Ley 2/1986.

<sup>628</sup> En los términos del artículo 2 del RD-Ley 2/1986.

<sup>629</sup> Cf. Artículo 11 del RD-Ley 2/1986 y artículo 13 RD 371/1987. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T. en *Dictamen solicitado por la Secretaría General de Empleo y Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social... Op. Cit.* analizan el requisito de la «temporalidad» en relación con el sistema de la Ordenanza de 1974 (BOE nº 81, de 4 de abril de 1974).

<sup>630</sup> Se regía por la legislación laboral común. En los términos del artículo 2 del RD-Ley 2/1986, artículo 10.1 del RD-Ley 2/1986 y *Dictamen solicitado por la Secretaría General de Empleo y Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social... Op. Cit.* Pág. 14; quedando excluidos los Títulos V del RD-Ley 2/1986 y del RD 371/1987, referidos al régimen jurídico de la relación laboral de carácter especial. Sin embargo, en el ámbito de la negociación colectiva, confluieron las regulaciones referidas a ambas modalidades de relación laboral (especial y común) tanto en el I como en el II ARRLSP (1988 y 1993, respectivamente); simultaneidad que se ha mantuvo en la mayoría de los sucesivos Convenios Colectivos que afloraron tras la aprobación del RD-Ley 2/1986.

<sup>631</sup> Se aplicaba un mecanismo de alternancia en función de los grupos profesionales y los requerimientos empresariales, sin que las peticiones formuladas por las empresas pudieran ser nunca nominales; en aras a lograr un reparto equitativo, respecto al cual las Empresas Estibadoras no podían elegir, quedando obligadas a aceptar el trabajador objeto de cesión.

<sup>632</sup> La negativa a prestar servicios en la Empresa Estibadora, una vez llegado su turno según el sistema de reparto propio del mecanismo de la cesión, se tipificaba como incumplimiento contractual justificativo de la extinción de la relación especial, a diferencia de lo que sucedía en los rechazos de ofertas de contratación formuladas por las Empresas Estibadoras, en las cuales el rechazo generaba la extinción cuando se producían determinadas circunstancias. Así, el artículo 18 del RD 371/1987 establecía que «La relación laboral especial se extinguirá,

El vínculo que cada trabajador portuario debía mantener con la Sociedad Estatal para poder ser contratado por las Empresas Estibadoras ha sido considerado por la doctrina como un foco de crisis de la libertad de empresa<sup>633</sup>, en su vertiente de libertad contractual; toda vez que el empleador no disponía de plena libertad para elegir a la otra parte del sinalagma, con las derivadas limitaciones de contratación, colocación e ingresos<sup>634</sup>, cuya justificación ha de buscarse en políticas de fomento del empleo y mejora de un precario mercado laboral que evitara abusar del mecanismo de la cesión y garantizar un mínimo de contrataciones directas (como propio personal) por parte de las empresas estibadoras; sin perjuicio de que el marco general de las relaciones laborales no es ajeno a la posible existencia de exclusiones, reservas o preferencias, *ex* artículo 17.2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>635</sup>.

De ese modo, las Sociedades Estatales actuaban *de facto* como Oficinas de Empleo que, en la práctica, relevaron funcionalmente a la extinta OTP<sup>636</sup>, delegando al ámbito reglamentario y a la negociación colectiva el desarrollo de los criterios de selección de los trabajadores contratados por la Sociedad Estatal a los cuales debían someterse las Empresas Estibadoras con el fin de vincularse laboralmente con éstos<sup>637</sup>.

---

además de por las causas previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, por voluntad de la Sociedad Estatal cuando el trabajador rechazase reiteradas ofertas de empleo adecuadas a su categoría profesional provenientes de empresas estibadoras que desearan establecer con él una relación laboral común en los términos del artículo 10 del Real Decreto-Ley 2/1986 (...) para calificar como reiterado el rechazo de oferta adecuada será necesario rechazar dos ofertas en un periodo de dos años (...).

<sup>633</sup> La libertad de contratación de la empresa incluye tanto el derecho a decidir sobre la contratación como la libre elección de cada persona trabajadora al respecto de la contratación (SALA FRANCO, T. «Derecho del Trabajo», Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Pág. 311). Nótese como, en la Base 3 de la Orden de 15 de abril de 1987, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 9 de abril de 1987 por la que se fijan las bases para la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques en puertos de interés general, se exige a las empresas, para poder acceder a la adjudicación del correspondiente contrato de gestión, «tener contratados, o comprometerse a contratar, como personal propio, un número de trabajadores portuarios suficiente para cubrir el porcentaje de sus actividades integrantes del servicio público, que se estime adecuado por la Administración portuaria, sin que en ningún caso éste pueda ser inferior al 25 por 100 del total de los turnos que se realicen en labores portuarias».

<sup>634</sup> *Cf.* Artículos 9 y 10 del RD-Ley 2/1986.

<sup>635</sup> En cuya virtud «podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente» (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015). Este redactado se ha mantenido prácticamente incólume desde el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980), con el matiz que en éste se incorporaba el adverbio de modo «sólo» que posteriormente fue eliminado en la versión de 1995 (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995).

<sup>636</sup> *Vid.* 576.

<sup>637</sup> Véanse los artículos 12 y siguientes del RD 371/1987, norma reglamentaria de desarrollo del RD-Ley 2/1986, preceptos que regulaban las distintas condiciones derivadas del desdoblamiento de la relación laboral (relación laboral de carácter especial entre el trabajador portuario y la Sociedad Estatal – relación laboral común entre el trabajador portuario y la empresa estibadora). Las ofertas de las empresas estibadoras para establecer una relación laboral común con un trabajador perteneciente a la Sociedad Estatal, debían consignar las condiciones laborales y económicas y podían ser nominativas o innominadas (en este segundo caso, según orden establecido dentro de cada grupo profesional por razón de la antigüedad). Estas condiciones de contratación resultaban nucleares a los efectos de posibilitar la aplicación del régimen extintivo de la relación de carácter especial por voluntad de la Sociedad Estatal (artículo 18 del mismo reglamento), ante rechazos reiterados de una oferta idónea dirigida por una Empresa Estibadora por parte de un trabajador portuario.

Con respecto de la delegación convencional, la doctrina fue crítica en relación al sistema de contratación que estableció el I y II Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario (1988 y 1993, respectivamente)<sup>638</sup>, dada su naturaleza flexibilizadora y, hasta cierto punto, elusiva del esquema reglamentario, otorgando a las empresas estibadoras libertad para elegir entre los trabajadores que hubieran aplicado a la correspondiente oferta<sup>639</sup>.

El contrato de trabajo celebrado entre el trabajador portuario y la correspondiente Empresa Estibadora no conllevaba, en ningún caso, la eliminación de la relación laboral de carácter especial con la Sociedad Estatal, sino que ésta se mantenía en suspenso durante la vigencia de la relación laboral común<sup>640</sup>, pasándose a aplicar el régimen laboral general previsto para las relaciones laborales ordinarias.

La directa contratación de trabajadores portuarios por parte de las Empresas Estibadoras, sin la previa intermediación de la Sociedad Estatal, era regulada como una excepción a la norma general cuando concurrían determinadas circunstancias<sup>641</sup>, en caso de que las Sociedades Estatales no pudiesen proporcionar los trabajadores solicitados por no disponer de los mismos en volumen suficiente o no tuvieran la capacitación exigida para desempeñar las funciones que eran requeridas por la Empresa Estibadora. Esta regulación se vio modificada en dos ocasiones, con ocasión de la aprobación de la Ley 27/1992, de 24 de

---

<sup>638</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios... Op Cit.* Pág. 210 y ss.; aborda este debate desde una doble perspectiva. La primera, se basa en la reserva de ley del artículo 17.2 del Estatuto de los Trabajadores y su relación con la autonomía colectiva, la cual quedaría preservada si se considera que la negociación colectiva únicamente desarrolla y concreta el procedimiento de colocación, previo establecimiento de la reserva por parte del Decreto-Ley. Sin embargo, la regulación convencional que se escogió, estableciendo libertad de elección empresarial como mecanismo de selección en el artículo 8 del I y II ARRLSP, se alejó de la deseada adecuación reglamentaria y se contrapuso al contenido del artículo 12 del RD 371/1987. Esta situación, a criterio de la autora, podría salvarse si se considerara que el precepto normativo constituye un mínimo mejorable por acuerdo entre las partes (y no una disposición de derecho necesario absoluto, intangible incluso *in melius* por la autonomía colectiva, al incluirse en el «orden público laboral» de las estructuras básicas de la relación laboral). Otra línea argumentativa podría pensar que, estableciendo el artículo 12 de la norma heterónoma reglamentaria el tipo de oferta (nominada o innominada) como una opción, la norma convencional elegiría la innominada, como si la regla convencional se erigiera en una alternativa enmarcada en una distinta forma de articular la posibilidad legalmente establecida. La autora se inclina a favor de la primera de las líneas argumentales o disyuntivas anteriores.

<sup>639</sup> Cf. Artículo 8 del II ARRLSP (BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 1993). Este precepto establecía las distintas fases que regían en el proceso de aumento de plantilla de las Empresas Estibadoras. El proceso se iniciaba a través de una oferta innominada dirigida a la Sociedad Estatal, detallando la categoría, función, número de plazas a cubrir, condiciones laborales y económicas. La Sociedad Estatal, al recibir dicha oferta, la comunicaba a los Representantes Legales de los Trabajadores y a los empleados que cumplieran las condiciones de la propuesta. Posteriormente, la Sociedad Estatal trasladaba a las Empresas Estibadoras las aceptaciones recibidas de los trabajadores portuarios que reunían los requisitos. En caso de inexistencia de voluntarios o bien de rechazo de los mismos por parte de las Empresas Estibadoras, se aplicaba supletoriamente la norma reglamentaria, según criterios de antigüedad y grupo profesional. Determinados Convenios Colectivos admitieron opciones de envío forzoso ante la falta de estibadores portuarios voluntarios; posibilidad que, más allá de poner en cuestión del derecho constitucional a la libertad de trabajo, vaciaría de contenido y sentido las previsiones establecidas en el R-Ley 2/1986 y RD 371/1987 sobre las consecuencias del rechazo reiterado. Sobre este proceso de contratación y las distintas regulaciones convencionales, véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios... Op Cit.* Pág. 212 y ss.

<sup>640</sup> Cf. Artículo 10, párrafo tercero, del RD-Ley 2/1986.

<sup>641</sup> Cf. Artículo 12 del RD-Ley 2/1986.

noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante<sup>642</sup> y, posteriormente, por la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación<sup>643</sup>. La primera incorporó una limitación adicional a la contratación directa de trabajadores inscritos en el registro, en caso de que así se determinara en ciertos puertos por parte del Ente Público de Puertos del Estado<sup>644</sup>. Por su lado, la segunda, suprimió los registros especiales de trabajadores portuarios<sup>645</sup>.

En definitiva, el RD-Ley 2/1986 disminuyó, sustancialmente, las opciones de las Empresas Estibadoras de proceder a la contratación de personal no vinculado con la Sociedad Estatal. Ello no sólo obedecía a una voluntad de heterotutela de la cualificación profesional en los términos del artículo 9 del R-L 2/1986<sup>646</sup>, sino también a una voluntad de consolidar la figura y papel de las Sociedades Estatales como Oficinas de Empleo en relación a las actividades integrantes del servicio público; erigiéndose, el método o sistema de contratación directa por parte de las Empresas Estibadoras, en un proceso cada vez más costoso y obstructivo, máxime tras modificaciones operadas sobre el régimen del artículo 12 RD-Ley 2/1986 (que regulaba la contratación directa de trabajadores inscritos en el INEM) por parte de la Ley 27/1992 y 10/1994, anteriormente aludidas; entendiéndose, según la redacción de dicho precepto, que únicamente en caso de falta de disposición «en número suficiente» se habilitaría la vía de la contratación de trabajadores inscritos, de modo que, si la Empresa Estibadora publicara una oferta que no fuera cubierta, para poder acudir al INEM previamente debía desistir de dicha oferta y solicitar la cesión de trabajadores ante la Sociedad Estatal, y, sólo en caso de que no pudieran cederse por insuficiencia numérica, previa expedición por parte de ésta de una certificación expresiva de dicha imposibilidad, podría contratar estibadores inscritos en el INEM, presentando la certificación emitida por la Sociedad Estatal, siempre sin exceder de un turno de trabajo<sup>647</sup>.

---

<sup>642</sup> *Vid.* 588.

<sup>643</sup> BOE núm. 122, de 19 de mayo.

<sup>644</sup> *Cf.* Disposición Adicional Segunda, apartado 2º, de la Ley 27/1992. Esta excepción operaba cuando así lo determinara Puertos del Estado, caso en el cual la Sociedad Estatal debía trasladar la oferta de trabajo no cubierta a la Sociedad estatal de otro puerto próximo. En ese caso, los trabajadores portuarios debían aceptar las ofertas de trabajo en las condiciones laborales establecidas en el puerto en la cual la oferta se produjera. Únicamente cuando la segunda Sociedad Estatal no pudiera proporcionar los trabajadores solicitados, podía contratarse a los trabajadores inscritos en el Registro especial (posteriormente, Oficina de Empleo). Si en la Oficina de Empleo no hubiera trabajadores con la capacitación exigida para satisfacer las necesidades de la Empresa Estibadora, se podía contratar directamente a trabajadores no inscritos en la misma.

<sup>645</sup> *Vid.* 613.

<sup>646</sup> En cuya virtud: «Una vez contratados los trabajadores por la correspondiente Sociedad Estatal, ésta deberá proporcionarles la adecuada formación profesional permanente de carácter práctico que garantice la profesionalidad en el desarrollo de las tareas portuarias».

<sup>647</sup> *Cf.* Artículos 16 y 17 del RD 371/1987. Para un profuso análisis de la doble vía de contratación (inscritos/no inscritos en el INEM), y el juego del precepto reglamentario en relación con el derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE), véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* *Op Cit.* Pág. 221 y ss.

### 3.3. Los primeros intentos de liberalización del sector portuario: creación de las «SAGEP» y relación laboral «especial» de los estibadores portuarios

El contexto de aceleración de la mundialización de la economía y el comercio, que se mantuvo durante la década de los años 90, permitió consolidar el mercado interior comunitario y, los puertos comerciales, se fueron dotando de una mayor relevancia estratégica, como mecanismos claves para el desarrollo de la economía productiva y como elementos nucleares de un sistema de transporte de interés general sostenible con el medio ambiente<sup>648</sup>. Todo ello, se produjo en un entorno de recuperación de la economía española, con pleno asentamiento del sistema democrático, que ya no percibía riesgo de golpes involucionistas y que había dejado atrás el contexto político en el cual el Gobierno, previo rechazo de los cambios en el sector portuario por parte de los Sindicatos, había establecido el marco regulador de la estiba portuaria a través del RD-Ley de urgencia 2/1986<sup>649</sup>.

La Ley 27/1992 tuvo como principal cometido el establecimiento de un modelo de organización y explotación del sistema portuario de titularidad estatal en el ámbito de la gestión portuaria. Ésta contemplaba un único modelo de gestión portuaria basado en las Autoridades Portuarias (como Entidades públicas de gestión de los puertos autónomas, que otorgaban concesiones o contratos de explotación de servicios especializados según criterios de eficiencia empresarial), las cuales sustituían los Organismos Autónomos del Estado, cuya rigidez y burocratización dificultaba la satisfacción de las necesidades portuarias<sup>650</sup>. Sin embargo, el transcurso de toda una década evidenció que las exigencias del mercado internacional del tráfico marítimo exigían dar un paso más en el modelo de gestión a través de las Autoridades Portuarias, que todavía estaba demasiado vinculado con los servicios y requería de un nuevo reparto de papeles entre el sector público y el sector privado<sup>651</sup>. El entonces vigente sistema de gestión y acceso de los servicios portuarios era llamado a liberalizarse, lo que exigía abordar marcos reguladores que introdujeran y desarrollaran la libre competencia como medio para lograr una mayor competitividad y eficiencia económica de las empresas, dentro del mercado internacional<sup>652</sup>.

---

<sup>648</sup> Cf. Exposición de Motivos de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003).

<sup>649</sup> *Vid.* 9

<sup>650</sup> Cf. Exposición de Motivos de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE núm. 283, de 25 de noviembre de 1992).

<sup>651</sup> En la reforma de la Ley 27/1992, operada a través de la Ley 67/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la anterior (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997), ya se introdujeron políticas liberalizadoras que buscaban crear un marco de libre competencia, incorporando, como nuevas funciones de las Autoridades Portuarias, el favorecimiento de la libre competencia y la evitación de situaciones de monopolio en la prestación de los servicios portuarios.

<sup>652</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 48/2003, (BOE núm. 284, de 27 de noviembre), en su punto IV, abordaba esta transformación a través del abandono de un modelo subjetivo de organización de los servicios portuarios y la introducción de un modelo objetivo de regulación, que introdujera la libre competencia en todas aquellas actividades en las cuales fuera posible, buscando el equilibrio con la garantía del cumplimiento de las obligaciones de servicio público.



El proceso de liberalización impulsado desde la Unión Europea<sup>653</sup> tenía su fundamento en el principio de subsidiariedad<sup>654</sup>, a propósito del que, en la medida en que los servicios portuarios habían demostrado ser parte de un mercado competitivo que, a través del sector privado, prestaba servicios portuarios con gran eficacia y rentabilidad a través de contratos de prestación de servicios, resultaba innecesario mantener la titularidad de las Autoridades Portuarias (por tanto, pública) de unos servicios prestados en régimen de competencia.

Tras el transcurso de la segunda parte de la década de vigencia de la Ley 27/1992, una vez entrada en vigor la reforma operada por la Ley 62/1997<sup>655</sup> -ya con clara vocación liberalizadora- la Ley 48/2003, de 26 de noviembre dio un paso más, y modificó el concepto de «servicio portuario» que establecía la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante, pasando de un sistema de gestión directa o indirecta totalmente vinculado a la titularidad de la Autoridad Portuaria, por un sistema que comprendía una triple clasificación<sup>656</sup>, distinguiendo los «servicios portuarios», que podían ser generales o básicos (los primeros, reservados a la Autoridad Portuaria y los segundos prestados en régimen de competencia), de los «servicios comerciales» y los «servicios de señalización marítima».

Según este nuevo modelo de gestión, las Autoridades Portuarias pretendían limitarse a proveer y gestionar espacios de dominio público y actuar, subsidiariamente, en caso de ausencia o insuficiencia de iniciativa privada. Los servicios portuarios básicos desarrollados en el puerto, por tanto, quedaban en manos del sector privado; en un contexto de cambio de modelo auspiciado por la política comunitaria en materia portuaria, que abogaba por alcanzar una mayor flexibilidad y competencia en los servicios portuarios a través de la entrada de la iniciativa privada en régimen de libre competencia.

En virtud de la clasificación de los servicios portuarios establecida por la Ley 48/2003, la estiba y desestiba, hasta entonces regulado como un servicio público de titularidad del

---

<sup>653</sup> Nótese que la Exposición de Motivos de la Ley 48/2003 (BOE núm. 284, de 27 de noviembre) identificaba este proceso en una política económica que concebía al Estado como un promotor, catalizador y garante de los derechos de propiedad y libertad de empresa, centrandos sus funciones en el desarrollo de políticas favorecedoras de la estabilidad, la libre competencia y la inversión en los puertos, a través de fórmulas jurídicas que atrajeran la inversión de la iniciativa privada en los puertos de interés general; sin olvidar la necesidad de articular mecanismos reguladores, toda vez que este mercado podía presentar un alto grado de concentración en la concurrencia de operadores. Sobre su impacto en la relación laboral de la estiba portuaria, véase CABEZA PEREIRO, J. «La relación laboral especial de estiba portuaria tras las modificaciones introducidas por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre», *Actualidad Laboral*, N° 20, 2004.

<sup>654</sup> Sobre las dimensiones de la subsidiariedad como principio y como técnica en el marco de la UE, véase, entre otros que se citarán en el Capítulo 4, BALAGUER CALLEJÓN, F. «La subsidiariedad de la Unión Europea», *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 31, 2019. Este principio será abordado, de nuevo, en el epígrafe 4.1 del Capítulo IV.

<sup>655</sup> BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997.

<sup>656</sup> Cf. Artículo 56 y 57 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre. La Ley define los «servicios portuarios» como aquellas «actividades de prestación de interés general que se desarrollan en la zona de servicio de los puertos, siendo necesarias para la correcta explotación de estos en condiciones de seguridad, eficacia, eficiencia, calidad, regularidad, continuidad y no discriminación». Los servicios «generales» del puerto tenían reservada su prestación a la Autoridad Portuaria. En cambio, los «servicios básicos» se prestaban en régimen de competencia.

Estado<sup>657</sup>, éste pasó a encuadrarse en la modalidad de servicio portuario «básico»<sup>658</sup>, concebido como una actividad comercial de interés general gestionada por la iniciativa privada<sup>659</sup>.

Por su lado, las SEED, constituidas a través del RD-Ley 2/1986<sup>660</sup> se mantuvieron vigentes hasta la reforma llevada a cabo través de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, momento a partir del cual el legislador concedió un año para procederse a la transformación de éstas en Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE, en adelante)<sup>661</sup>, con el principal objetivo de potenciar los resultados de la actividad de sus socios debido a la irregularidad de la demanda de mano de obra necesaria para satisfacer las actividades propias de la estiba portuaria. Se trataba, pues, de una agrupación constituida con el fin de poner a disposición de sus socios a los trabajadores portuarios para desarrollar aquellas actividades de carga, estiba, descarga, desestiba y trasbordo de mercancías que éstos no pudieran realizar a través de plantilla propia<sup>662</sup>, proporcionándoles continua formación que garantizara la profesionalidad necesaria en el desarrollo de las tareas portuarias<sup>663</sup>.

Los objetivos de eficiencia y eficacia de los puertos en España, máxime al constituirse este país como uno de los impulsores de las «autopistas del mar» preconizadas desde la Unión Europea, no podían alcanzarse si no era a través de la constitución de puertos «Landlord avanzados», según la terminología portuaria, concebido como modelo de gestión portuaria

---

<sup>657</sup> Cf. Artículo 1 del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba (BOE nº 126, de 27 de mayo de 1986).

<sup>658</sup> Cf. Artículo 60 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre; que describe el concepto y delimita las clases de «servicios básicos», en el cual se incluyen los servicios de «carga, estiba, descarga, desestiba y trasbordo de mercancías» en la categoría de servicios básicos de «manipulación y transporte de mercancías».

<sup>659</sup> Sobre la incidencia de la Ley 48/2003 en el sector de la estiba y desestiba, en un contexto de tentativa de regulación a través de Directiva comunitaria, véase ODRIOZOLA LANDERAS, M.A. «A propósito de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general: su incidencia en el sector de la estiba y desestiba», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros (CEF)*, N° 267, 2005. Págs. 3-18. Para un examen en perspectiva sobre la situación del sector tras el transcurso de cinco años tras la aprobación de la Ley 48/2003, véase ODRIOZOLA LANDERAS, M.A. «Situación del sector de la estiba cinco años después de la aprobación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros (CEF)*, N° 304, 2008.

<sup>660</sup> *Vid.* 649.

<sup>661</sup> Cf. Disposición Adicional Sexta de la Ley 48/2003. El régimen jurídico aplicable a dichas agrupaciones era el dispuesto en la Ley 48/2003 y, supletoriamente, en la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1991). A través de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 48/2003, se derogaron los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 (párrafos 1º y 4º), así como disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, del Real Decreto Ley 2/1986, de 23 de mayo.

<sup>662</sup> Los socios de las APIEs respondían de las deudas de ésta, personal y mancomunadamente entre sí, en proporción a su participación en el capital social. Su responsabilidad era subsidiaria a la de las APIEs. (Disposición Transitoria Sexta, apartado 4, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre).

<sup>663</sup> La APIE también ponía a disposición trabajadores para desarrollar las actividades complementarias a los servicios básicos, descritos en el artículo 85.1.1.4 de la Ley 48/2003, a los socios que tuvieran autorización para realizarlas.

basado en las figuras del «gestor» y el «operador privado». El primero, encargado de provisión de infraestructuras y concesiones de espacios portuarios por un gestor y, el segundo, de realizar las inversiones en mayores infraestructuras, supraestructuras, equipamiento, tecnología y prestación de servicios (excepto los generales) en régimen de libre competencia<sup>664</sup>. El proceso de entrada de la iniciativa privada en la gestión de los puertos, que ya se inició con la Ley 48/2003, debía ser reforzada con una más intensa liberalización de los servicios portuarios, incorporando la plena regulación del dominio público portuario que permitiera potenciar la participación e inversión de la iniciativa privada, reforzando y profundizando en la liberalización de los servicios portuarios. Este constituyó, pues, el eje nuclear de la reforma operada a través de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, que modificó la Ley 48/2003, de 26 de noviembre<sup>665</sup>.

Con el objeto de corregir eventuales posiciones de dominio, la Ley 33/2010 puso fin a la coexistencia de las SEEDs (en las cuales las Autoridades Portuarias ostentaban un 51% del capital social) y las APIEs (con responsabilidad mancomunada entre sus socios y en las cuales se integraban exclusivamente las empresas estibadoras), regulando su adaptación o transformación, respectivamente, en sociedades anónimas denominadas «Sociedad de Gestión de Estibadores Portuarios, Sociedad Anónima» (SAGEP, en adelante)<sup>666</sup>; como único modelo de sociedad de gestión de la puesta a disposición de los trabajadores de la estiba portuaria<sup>667</sup>. En dicho tránsito, los trabajadores portuarios debían ver respetados sus

---

<sup>664</sup> Véase MORILLO-VELARDE DEL PESO, J.A. Jefe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, en el «Informe Jurídico de Instalaciones Náuticas adscritas a Puertos del Estado», Valencia, 2020, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, Puertos del Estado, Gobierno de España. En la ponencia se distingue el modelo de gestión «Landlord» con el modelo «Service Port» y el modelo «Tool Port». En el modelo «Service Port», el gestor sería el responsable del puerto en su conjunto, propietario de la infraestructura (diques, muelles), de la supraestructura (edificios) y de los equipamientos, gestionando los servicios. En el modelo «Tool Port», a diferencia del «Service Port», los servicios serían prestados por operadores privados.

<sup>665</sup> Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general (BOE núm. 191, de 7 de agosto de 2010).

<sup>666</sup> La figura de la SAGEP, de exclusiva participación privada, estaba constituida por las empresas titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación, con una distribución accionarial alícuota por el número de titulares y proporcional por el volumen de facturación de cada una de ellas. El Capítulo IV de la Ley 33/2010 regulaba el proceso de transformación de las APIEs (artículo 146) y adaptación de las SEEDs (artículo 147) en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor. Esta Sociedad se regía por un Consejo de Administración y, sus Estatutos, en la determinación de la composición de dicho órgano, debían recoger a un representante, en calidad de consejero independiente designado por la Autoridad Portuaria en la cual la SAGEP desarrollara su actividad, que debía formar parte del Consejo de Administración (Cf. Artículo 135 de la Ley 33/2010).

<sup>667</sup> Cf. Título V, Capítulo Primero, de la Ley 33/2010. Sin perjuicio de la obligación de conversión de las SEEDs y las APIEs en SAGEP, en los puertos de interés general podía constituirse una sociedad anónima mercantil privada cuyo objeto social fuera la puesta a disposición de sus accionistas de los trabajadores, por aquélla contratados, que éstos demandaran para el desarrollo de las actividades y tareas del servicio portuario de manipulación de mercancías que no pudieran realizarse con personal propio de su plantilla, debido a la irregularidad de la mano de obra necesaria para la realización de las actividades propias del servicio portuario. El artículo 133 establecía, asimismo, la puesta a disposición de trabajadores para el desarrollo de funciones comerciales sujetas a autorización en la zona de servicio de los puertos, previa autorización de los socios, o actividades comerciales que no tuvieran la consideración de servicio portuario de manipulación de mercancías *ex* artículo 79.3.c) de la misma Ley; así como la formación continua de los trabajadores que garantizara la profesionalidad en el desarrollo de las actividades que integran el servicio de manipulación de mercancías como objeto de dichas sociedades.

derechos y obligaciones laborales vigentes con anterioridad a la transformación o adaptación, y aquéllos contratados en régimen laboral común por los respectivos titulares de las licencias de servicio de manipulación de mercancías, también debían mantener su derecho a reanudar la relación laboral especial con la SAGEP<sup>668</sup>.

La convergencia de la relación laboral de carácter especial y de carácter común de los estibadores portuarios era objeto de regulación y desarrollo en el Capítulo II de la Ley 33/2010, en virtud de cuyo régimen la primera podía establecerse tanto con la SAGEP<sup>669</sup> (según la modalidad establecida en el artículo 2.1.h) del Estatuto de los Trabajadores<sup>670</sup>), quien debía cumplir las obligaciones salariales y de Seguridad Social del personal contratado bajo la modalidad «especial»<sup>671</sup>, y, la segunda, de naturaleza «común», directamente con las empresas estibadoras, entendidas como tales las titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías<sup>672</sup>, con prioridad de contratación de trabajadores de la SAGEP a través de ofertas nominativas o innominadas<sup>673</sup>. En caso de carencia de personal adecuado o suficiente en la SAGEP o bien en el supuesto de rechazo de las ofertas de trabajo, las empresas prestatarias del servicio tenían libertad de contratación de personal que contara con determinada cualificación<sup>674</sup>.

---

<sup>668</sup> Cf. Artículo 148 de la Ley 33/2010, de 5 de agosto.

<sup>669</sup> Sociedad regida por lo dispuesto en la Ley 33/2010 y, supletoriamente, por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba la Ley de Sociedades Anónimas y, en su caso, por la legislación modificativa o sustitutiva de ésta (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1989).

<sup>670</sup> El artículo 2.1.h) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE núm. 75 de 29.3.1995) catalogaba como «especial» la relación laboral «de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas».

<sup>671</sup> Por imperativo de la Ley 33/2010, artículo 142.6.

<sup>672</sup> Para poder prestar el servicio de manipulación de mercancías, las empresas estibadoras debían obtener la correspondiente licencia y, además, integrarse como partícipes en el capital social de la SAGEP; a excepción de las que tuvieran la licencia para autoprestación (exención que operaba previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 134.1, párrafo 3º y 4º, de la Ley 33/2010). El capital social de la SAGEP se distribuía entre los titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías concedidas por la autoridad Portuaria en vigor en el respectivo puerto en cada momento, según las siguientes reglas: el 50% del capital se distribuía proporcionalmente entre el número de titulares de licencias de prestación de servicios de manipulación de mercancías y, el 50% restante, de distribuía entre dichos titulares en función de la utilización temporal de la plantilla, utilizando, a tales efectos, el volumen de facturación como medida o parámetro de referencia. Las SAGEP no podía poseer, directa o indirectamente, participación en ningún tipo de sociedad y los accionistas eran responsables de todos los pasivos y obligaciones, personal y mancomunadamente entre sí, en proporción a su participación en el capital social (Cf. Artículo 134 y 138 Ley 33/2010).

<sup>673</sup> Cf. Artículo 140 de la Ley 33/2010. En su apartado segundo, dicho precepto excluía del ámbito de la relación especial las relaciones laborales mantenidas entre la SAGEP y los trabajadores contratados para desarrollar actividades ajenas al servicio portuario de manipulación de mercancías; en relación con el Glosario de definiciones del Anexo II del mismo cuerpo legal, que define como Empresa Estibadora, a efectos de esta Ley, aquella titular de una licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

<sup>674</sup> En el Título V, Capítulo III, de la Ley 33/2010, artículo 144, se regulaban los requisitos de capacitación de los trabajadores que realizaban actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías. Las titulaciones exigidas eran de formación profesional de grado medio o superior determinada por Orden del Ministerio de Fomento, a cuya aprobación emplazaba el legislador en un plazo máximo de seis meses desde la

La convivencia entre ambas modalidades de relación laboral se construía sobre la base de una institución suspensiva que operaba en la relación laboral de carácter especial mantenida con la SAGEP cuando, un trabajador procedente de ésta suscribía un contrato de trabajo - que sólo podía ser de naturaleza indefinida<sup>675</sup> - con el titular de una licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías<sup>676</sup>, manteniendo con ésta una relación laboral común<sup>677</sup>. La relación laboral de carácter especial suspendida podía reanudarse a opción del trabajador si la común se extinguía<sup>678</sup>.

Amén del mantenimiento de la vigencia de la relación laboral de carácter especial con la SAGEP, cuando los trabajadores pasaban a desarrollar tareas en una empresa usuaria, la SAGEP también conservaba su carácter de empresario con respecto de los mismos. Sin embargo, se producía una disociación de las facultades de dirección y control de la actividad laboral, que eran trasladadas a la empresa usuaria durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito; sin perjuicio de la facultad disciplinaria que podía ejercer la SAGEP *ex* artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores, la empresa usuaria que considerara que un trabajador cedido había incumplido alguna obligación contractual debía ponerlo en conocimiento de la SAGEP para que se adoptaran las medidas sancionadoras correspondiente, pudiendo la empresa usuaria realizar una propuesta vinculante de sanción acorde al incumplimiento por parte de la empresa estibadora<sup>679</sup>.

---

aprobación de dicha Ley. Por su lado, Puertos del Estado, disponía de un año para regular el contenido mínimo de las pruebas de aptitud psicofísica que debían superar los candidatos a la prestación de dicho servicio, previa audiencia de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y representativas en el sector, de ámbito nacional. El artículo 145 de la Ley 33/2010 regulaba las exenciones de la exigencia de los requisitos de titulación a determinados colectivos de trabajadores: el personal del buque que realizara a bordo actividades de manipulación de mercancías; estibadores portuarios que tuvieran o hubieran tenido contrato de trabajo con la SAGEP o APIEs, aunque tuvieran suspendida la relación laboral especial y estuvieran prestando servicios bajo la modalidad contractual común en empresas estibadoras; los estibadores incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la Disposición Transitoria 2ª del RD-Ley 2/1986, esto es, trabajadores incluidos en los censos gestionados por la OTP subrogados a las Sociedad Estatales; los trabajadores que acreditaran un certificado de profesionalidad en los términos de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 10/1994, expedido por el Instituto Nacional de Empleo a favor de los trabajadores inscritos en los registros que fueron objeto de supresión y, por último, los trabajadores que hubieran venido prestando tareas de manipulación de mercancías excluidas de este tipo de servicio al amparo del artículo 2.g) del RD-Ley 2/1986, referido a las operaciones realizadas en instalaciones portuarias en régimen de concesión vinculadas con plantas de transformación, instalaciones de procesamiento industrial o envasado de mercancías propias, salvo que fueran realizadas por una empresa estibadora.

<sup>675</sup> Cf. Artículo 142 de la Ley 33/2010.

<sup>676</sup> Incluidos los titulares de licencia del servicio de manipulación de mercancías exentos de participar como accionistas en la SAGEP.

<sup>677</sup> Si la relación laboral común suscrita con la empresa estibadora lo era bajo la modalidad de contrato a tiempo parcial, la suspensión de la relación especial no se producía, quedando ésta novada en la modalidad de contrato a tiempo parcial; *ex* artículo 141.2, párrafo 2º, de la Ley 33/2010.

<sup>678</sup> El artículo 141.2 de la Ley 33/2010 exceptuaba la reanudación de la relación laboral de carácter especial cuando la extinción de la común lo fuera por causa de dimisión, despido disciplinario declarado procedente o por mutuo acuerdo entre el trabajador y el empresario.

<sup>679</sup> Cf. Artículo 142.8 de la Ley 33/2010.

La relación laboral de carácter especial podía extinguirse por voluntad de la SAGEP cuando, un estibador portuario, rechazaba, de forma reiterada, ofertas de empleo adecuadas<sup>680</sup> a su categoría profesional provenientes de empresas estibadoras que desearan concertar con éste una relación laboral de carácter común<sup>681</sup>.

El legislador contempló asimismo la posibilidad de contratación directa por parte de las empresas estibadoras usuarias, sin exceder de un turno de trabajo, de trabajadores con la cualificación exigida cuando no hubiera estibadores disponibles en el momento en que un buque estuviera preparado para recibir un servicio de manipulación de mercancías, siempre que la SAGEP no pudiese proporcionarlos temporalmente ni incrementar el volumen de éstos según sus Estatutos<sup>682</sup>.

Las empresas estibadoras exceptuadas de la exigencia de integración como partícipes en el capital social de la SAGEP<sup>683</sup>, esto es, con licencia para autoprestación<sup>684</sup> debían solicitar la puesta a disposición temporal de trabajadores de la SAGEP en caso que el personal fijo de la empresa no pudiera atender la carga puntual de trabajo y, en caso de que la SAGEP no estuviera en condiciones de llevar a cabo dicha cesión, las empresas estibadoras podían contratar libremente siempre con el límite de un turno de trabajo.

A propósito de la autorización concedida al Gobierno para que, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la Ley 33/2010, elaborara un texto refundido de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre y de la Ley 48/2003 y, en ejercicio de esta habilitación parlamentaria de refundición de normas legales, se aprobó el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM, en adelante)<sup>685</sup>.

---

<sup>680</sup> El requisito de la «adecuación» se vinculaba a la garantía de unos ingresos mínimos en cómputo anual y a unas condiciones homogéneas iguales, al menos, a los que el trabajador percibiría de seguir con la SAGEP. El requisito de la «reiteración» iba vinculado a no haber transcurrido, como mínimo, dos años desde el rechazo anterior (artículo 142.3 de la Ley 33/2010).

<sup>681</sup> Más allá de las causas legales establecidas en el artículo 49 del RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (artículo 142.2 Ley 33/2010).

<sup>682</sup> Cf. Artículo 142.4 de la Ley 33/2010.

<sup>683</sup> Cf. Artículo 134.1 de la Ley 33/2010.

<sup>684</sup> A los efectos de la Ley 33/2010, se actuaba bajo el régimen de la «autoprestación» «cuando el concesionario o el titular de una terminal de pasajeros o de mercancías dedicada al uso particular se presta a sí mismo los servicios al pasaje o de manipulación de mercancías, respectivamente, con personal y material propio, sin que se celebre ningún tipo de contrato con terceros a efectos de tal prestación» (Cf. Artículo 81).

<sup>685</sup> BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011. En esencia, el cuerpo normativo regulador se integraba, en primer lugar, por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE núm. 283, de 25 de noviembre de 1992), identificada por la propia exposición de motivos del Texto Refundido de la LPPEMM como norma determinante del «momento fundacional y básico del ordenamiento vigente, por haber definido el modelo portuario estatal y de la Marina Mercante a que éste responde», el cual aunó en la misma norma la regulación de dos materias: los Puertos y la Marina Mercante. Seguidamente, por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997); la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003) y, por último, la Ley 33/2010, de 5 de agosto,

La refundición normativa pretendió preservar los rasgos estructurales del modelo establecido en 1992<sup>686</sup> sentados sobre factores o criterios de rentabilidad y eficiencia en la explotación del dominio público portuario, que apostaron por la promoción e incremento de participación de la iniciativa privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias, así como en la prestación de los servicios portuarios. Ello significaba abogar por la incorporación de nuevos mecanismos que buscaban potenciar la calidad y eficacia en la prestación de los servicios portuarios, el desarrollo de la competencia interportuaria, la autonomía de gestión económico-financiera basada en los principios de autosuficiencia económica y cobertura de costes por transferencia a los usuarios bajo principios homogéneos y no discriminatorios y la potenciación de la competencia intraportuaria a través de la regulación de la prestación de los servicios portuarios por parte de la iniciativa privada en régimen de libertad de acceso; acompañada de la introducción de novedosos elementos en la gestión del dominio público portuario para conseguir el completo desarrollo del modelo concesional en beneficio de la máxima rentabilización socioeconómica de aquél; el fomento de la inversión privada en las instalaciones y los equipamientos portuarios y la disminución de los costes del sistema portuario español en aras a la mejora de la competitividad y la capacidad de inversión en las infraestructuras<sup>687</sup>. En este sentido, la intervención legislativa que precedió la aprobación del Texto Refundido, esto es, la aprobación de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, fue dictada en sintonía con los objetivos de potenciación del sistema portuario en los términos preconizados por las políticas de la Unión Europea, y puso su acento en la relevancia económica de los puertos eficientes, flexibilizando el modelo tarifario<sup>688</sup> para potenciar la posibilidad de adaptación de las Autoridades Portuarias a la realidad económica de cada momento e intensificando la liberalización de los servicios portuarios y de la actividad económica y comercial en los puertos; con el fin de que todo el cuerpo y marco portuario regulador pudiera constituir un fundamento firme y estable para no cesar nunca en la optimización de la competitividad del sistema portuario de interés general, contribuyendo al desarrollo económico y social.

El contenido del TRLPEMM fue el marco regulador del sector que fue denunciado por la Comisión Europea ante el TJUE el Reino de España, bajo la consideración de que vulneraba la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE, al imponer la contratación a las empresas estibadoras a partir de la SAGEP, situación que a juicio de la Comisión restringía el acceso

---

de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre (BOE núm. 191, de 7 de agosto de 2010). Véase, sobre las distintas etapas normativas, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 37, 2018, Pág. 20.

<sup>686</sup> A través de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

<sup>687</sup> A nivel de sistematización normativa, el Texto Refundido se propuso resolver las disfunciones y contradicciones internas que existían en el dispar ordenamiento regulador de esta materia, regularizándolo y armonizándolo para lograr la deseada coherencia. Véase la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (BOE núm. 253, de 20 de octubre de 2011).

<sup>688</sup> Véase el último párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos del TRLPEMM.

al mercado y su acceso como empresas estibadoras en los puertos de interés general<sup>689</sup>, en los términos que se desarrollarán en el subsiguiente capítulo del presente estudio.

Una vez analizada diacrónicamente la evolución normativa en la materia, se abordarán a continuación los efectos derivados del procedimiento sancionador de la Comisión Europea en la regulación del trabajo portuario español proyectada sobre el libre mercado europeo, así como su impacto en la configuración de la relación de los estibadores portuarios.

---

<sup>689</sup> Véase la referencia de la Sentencia en *Vid.* 11.



## CAPÍTULO IV. LA CRISIS DEL MODELO Y DEL RÉGIMEN DE GESTIÓN ESPAÑOL DEL TRABAJO DE LA ESTIBA PORTUARIA

Tras el transcurso de casi tres décadas desde la última gran reforma operada en el sector de la estiba portuaria (1986), vuelve a emerger un conflicto jurídico-legal mantenido en constante estado de latencia, aunque evolutiva, durante las distintas fases de progresiva liberalización superadas (1992, 2003 y 2010; respectivamente)<sup>690</sup> que se revelan, a ojos de las instancias europeas, palmariamente insuficientes en orden a satisfacer las exigencias liberalizadoras de la Unión.

En esta esta ocasión, el origen no se sitúa en un escenario de vacío legal con ocasión de la declaración de nulidad de normas reguladoras o cambios sustanciales llevados a cabo en el marco de las relaciones laborales, como los que motivaron el precipitado Real Decreto-Ley que se dictó en 1986<sup>691</sup>, sino de la fuerte «convulsión» normativa derivada de una Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) el 11 de diciembre de 2014 que, con absoluta contundencia, aboga por liquidar el sistema de gestión de mano de obra monopolístico regulado en el TRLPEMM de 2011 por considerarlo quebrantante de la libertad de establecimiento, situando al Reino de España en el ojo del huracán de la mentada transgresión. Ello sin perjuicio del impacto de acuerdos colectivos sectoriales negociados por sus agentes «coadyuvantes» en esta transgresión (organizaciones empresariales y sindicales más representativas) que, a la luz de la jurisprudencia europea, contribuirían a un escenario susceptible de constante sanción por parte de instancias judiciales y administrativas, a resultas del cual se abocaría al sector, irremediabilmente, a la mayor crisis jurídica y existencial sufrida hasta la fecha que, por su magnitud, demanda un profundo ejercicio de reflexión en orden a reestructurar el sistema de trabajo de la estiba y desestiba desde sus bases o fundamentos más elementales.

No procede detenernos, en este estadio introductorio de la crisis del modelo, en el amplio espectro de incidencia de dicha resolución judicial sobre la legislación española en materia de estiba portuaria, mas es pertinente resaltar el método de la ponderación utilizado por el TJUE en la valoración de dos derechos o intereses en juego: por un lado, la garantía de la «regularidad, continuidad y calidad del servicio» así como la «protección de los trabajadores», alegada por el Reino de España y, por otro lado, la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE<sup>692</sup>, sobre el cual pivotó el procedimiento por incumplimiento promovido a instancias de la Comisión. En este ejercicio de ponderación cobró especial virtualidad el principio de

---

<sup>690</sup> *Vid.* apartado 3.3 del Capítulo 3 del presente estudio.

<sup>691</sup> *Vid.* 649.

<sup>692</sup> DOUE C 326/70, de 26 de octubre de 2012.

«proporcionalidad»<sup>693</sup>, a propósito del cual el Tribunal acabó determinando que las razones de interés general argüidas por el Reino de España no desplegaban la suficiencia necesaria en orden a justificar la restricción del libre establecimiento, toda vez que, a su juicio, el resultado pretendido podía haberse logrado «mediante normas menos rigurosas»<sup>694</sup>, con la singularidad que, en este caso, el propio Tribunal, en base a las distintas propuestas o fórmulas ejemplificativas de modelos susceptibles de ser compatibles con dicha libertad realizadas por la Comisión Europea en el procedimiento de infracción, acaba consignándolas en la Sentencia<sup>695</sup> con el ánimo, entendemos, de dar luz al legislador español a la hora de cristalizar un nuevo modelo que fuera compatible con la libertad de establecimiento y cuyo germen se situara en la citada decisión judicial.

El descenso en los distintos estadios argumentativos y de ponderación llevados a cabo por el TJUE, para posteriormente adentrarnos en el análisis de la nueva regulación emergida en nuestro ordenamiento jurídico interno -aunque tres años después de dictarse la Sentencia- debe partir de un adecuado encuadre teórico y jurisprudencial de los distintos conceptos y libertades en juego que, indefectiblemente, desprenderán un gran impacto en la valoración del nuevo régimen de la estiba portuaria nacido con ocasión del Real Decreto 8/2017, de 12 de mayo<sup>696</sup>, así como la incidencia de la negociación colectiva y su no pacífica convivencia con el derecho a la libre competencia en el sector.

#### 4.1. La ordenación y estructura del sistema de fuentes desde una perspectiva de relaciones multinivel como punto de partida del análisis del proceso de liberalización de la estiba portuaria en España

Con carácter previo al análisis del papel de la jurisprudencia comunitaria en la delimitación de las fronteras, extensión y límites de la aplicación de las libertades comunitarias y el derecho de la competencia en los Estados Miembros de la Unión Europea en general, y de la libertad de establecimiento y la libre competencia en el caso de la estiba española en particular, es pertinente encuadrar y delimitar, conceptualmente, el esquema y la relación entre las fuentes en juego que posibilitaron que la STJUE de 11.12.2014 (C-576/13) se erigiera en el pórtico de entrada del libre mercado europeo en España y desprendiera los efectos apuntados sobre

---

<sup>693</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., en «El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13», *Trabajo y Derecho*, N<sup>o</sup> 4, abril 2015, La Ley Editorial Wolters Kluwer. Pág. 1; identifica la proporcionalidad como «centro del pleito», basada en dos criterios a su vez: la idoneidad para alcanzar un objetivo (en este caso, los de los Tratados de la UE) y la necesidad (vinculada al carácter indispensable de la restricción).

<sup>694</sup> Véase el apartado 53 de la STJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/13).

<sup>695</sup> Véase el apartado 55 de la STJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/13). DE LA ROSA, M. ÁLVAREZ; con gran acierto, en *El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia... Op. Cit.* Pág. 1 subraya que las propuestas o ejemplos proporcionados por el Tribunal forman parte de una labor «no muy propia» de la potestad jurisdiccional.

<sup>696</sup> BOE núm. 114, de 13 de mayo de 2017.

su sistema de gestión de la estiba, todo ello, desde la perspectiva metodológica multinivel, como disciplina de referencia empleada en la presente investigación.

a) El reparto competencial entre la Unión Europea y los Estados Miembros y la eficacia interna de la normativa comunitaria: la relevancia de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

En orden a una adecuada ordenación del sistema de fuentes y a una delimitación de su estructura en este panorama multinivel, debe partirse del análisis de los principales principios rectores, por un lado, del reparto o esquema competencial entre la UE y los EEMM (principios de «subsidiariedad» y «proporcionalidad») y, por otro lado, de las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales de los EEMM (principio de «primacía» y de «eficacia directa»).

En el ámbito de la distribución de competencias entre la UE y los EEMM se parte de un sistema de articulación del sistema competencial -de orden expansivo y flexible- definido en los tratados constitutivos, en función de los objetivos indicados en éstos, de modo que, en su interpretación teleológica, deberían buscar el efecto útil de las normas comunitarias. En este sentido, sería el derecho originario el encargado de fijar los objetivos de la Unión para, posteriormente, asignar a las instituciones comunitarias las necesarias competencias en orden a alcanzarlos. Reflejo o muestra elocuente de este sistema serían los artículos 2, 3 y 4 del TFUE<sup>697</sup>. La esencia funcional de este reparto competencial haría cobrar virtualidad al sistema por atribución, en virtud del cual la UE podría actuar en los ámbitos en los que hubiera recibido competencias por parte de los EEMM a través de los tratados constitutivos.

Sucedo, sin embargo, que la verdadera delimitación competencial se llevaría a cabo a través de las bases jurídicas, presentes en las distintas disposiciones materiales recogidas a lo largo del TCE, concebidas como los fundamentos únicos de las competencias comunitarias y reveladoras de las relaciones existentes entre éstas y los objetivos establecidos por los tratados. Esta «diseminación» de las bases jurídicas, habría dificultado elaborar un catálogo concreto del elenco de poderes asignados a la UE<sup>698</sup>. Así, las distintas instituciones comunitarias, incluido el TJUE -cuyo papel se abordará con profusión en posteriores apartados- han debido vincular bases jurídicas e integrar lagunas o vacíos legales provocados por la esencia funcionalista que presidió la creación de las CCEE y, con posterioridad, la UE, esto es, la definición de competencias en función de los objetivos reflejados en los tratados. Al hilo de las distintas reformas del derecho originario, que abogaron por potenciar la flexibilidad del sistema -en detrimento de la sistematización de las competencias y la búsqueda de un catálogo fijo de competencias- se fue expandiendo el ámbito de actuación

---

<sup>697</sup> DOUE de 30 de marzo de 2010, C 83/47.

<sup>698</sup> Sobre la delimitación de competencias a través de las bases jurídicas, véase HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. «El Reparto de Competencias Entre la Unión Europea y sus Estados Miembros», Tirant lo Blanch, 2006. Pág. 28 y ss.

comunitario, contexto en el que el TJCE (actual TJUE) adquirió un papel crucial en orden a «descubrir» competencias<sup>699</sup>.

El compromiso del TJCE en el proceso de integración se ha visto reflejado en la interpretación teleológica dada a los tratados, buscando los fines previstos en éstos y el efecto útil de sus disposiciones. A tenor de ello, habría cobrado virtualidad la técnica de las competencias implícitas para justificar la asignación de poderes no explícitamente atribuidos a las instituciones europeas por el derecho originario. El ejercicio de sus funciones en clave finalista o teleológica ha sido objeto de duras críticas que han apuntado a la demolición del principio de atribución o, incluso, de «competencia de creación normativa propia del Tribunal de Justicia». Ahora bien, a partir de la década de los noventa, el TJCE también demostró ejercer la labor propia de «Tribunal constitucional comunitario»<sup>700</sup>, en cuya virtud también se encargaría de la defensa de las competencias nacionales frente a la invasión de las instituciones comunitarias, caso de no disponer de suficiente base jurídica para actuar<sup>701</sup>.

Con el fin de enmarcar los principales principios rectores del sistema de delimitación competencial entre los EEMM y la UE que desprenderán impacto en el estudio del caso de la estiba español, debe partirse del principio de atribución, como eje vertebral del esquema competencial comunitario, reconocido en el artículo 5.2 del TUE, que se introdujo por el Tratado de Maastricht, en virtud del cual la Comunidad ha de actuar dentro de los límites de las competencias atribuidas por el Tratado y los objetivos asignados por éste, así como por el artículo 2 del TFUE, en sentido horizontal, aludiendo al reparto entre cada institución comunitaria<sup>702</sup>. Más allá de estos dos preceptos, se advierte que este principio subyace en distintas de las disposiciones del TFUE, dada su carácter esencial en el sistema de distribución competencial, del que trae su origen<sup>703</sup>. En definitiva, las competencias comunitarias derivarían de la previa atribución por parte de los EEMM de esos poderes a través de los Tratados constitutivos, preservando los Estados una competencia general y plena cuya limitación no podría presumirse sino probarse en cada caso concreto. Por su lado,

---

<sup>699</sup> Sobre el protagonismo del TJCE en el ámbito de las competencias comunitarias, véase BOSKOVITS, K. «Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la communauté européenne et ses états membres», *Emile Bruylant*, 1999.

<sup>700</sup> Para una opinión contraria a las críticas, véase HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. El Reparto de Competencias Entre la Unión Europea... *Op. Cit.* Págs. 35-36.

<sup>701</sup> Véase la STJCE de 5 de octubre de 2000, *Alemania c. Parlamento y Consejo* (C-376/98).

<sup>702</sup> Véase el artículo 5.2 del TUE en la versión consolidada del DOUE de 30 de marzo de 2010 (C 83/13) y el artículo 2 del TFUE, sobre el principio de atribución, en su versión consolidada del DOUE de 30 de marzo de 2010 (C 83/47). Sobre el principio de subsidiariedad y su importancia en el debate sobre atribución de competencias a la Unión Europea, véase MURILLO GARCÍA, E. y BAREA MATEA, M. T. «Principio de subsidiariedad y déficit democrático, factores clave en el debate sobre atribución de competencias a la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, N° 182, 2000. Págs. 9-24 y MARTINS DE LIMA, E. y REIS SANTOS, P. M. «Principio de Subsidiariedad y Democracia, factores clave en el debate sobre atribución de competencias a la Unión Europea», *Conpedi Law Review*, Vol. 1, N° 16, 2016. Págs. 161-180.

<sup>703</sup> Sobre la importancia del principio de atribución, actualmente recogido en el artículo 5.2 del TUE y 2 del TFUE, en las versiones *Op. Cit.*, véase MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, J. «El sistema de competencias de la Comunidad Europea», Madrid, 1997.

las competencias de la UE se regirían por los principios de atribución y especialidad, este último, dirigido a la consecución de concretos objetivos<sup>704</sup>.

Tras el diseño del sistema competencial articulado a través de los tratados constitutivos, se fueron creando distintos complementos con importante incidencia en este esquema. Nos referimos al principio de subsidiariedad y al principio de proporcionalidad, en los que nos detendremos, siquiera sucintamente, dada la trascendencia que ostentan en orden a comprender adecuadamente el origen y bases del proceso de liberalización de la estiba portuaria que se abordará más adelante.

El principio de subsidiariedad constituye un mecanismo de descentralización de ordenamientos jurídicos propio de los sistemas federales que, en su traslación en el proceso de integración europeo, dadas las diferencias existentes entre el modelo competencial europeo y el de los Estados federales, no ha estado exento de críticas doctrinales<sup>705</sup>. En su concepción clásica, en el marco de los sistemas federales, actuaría a modo de presunción a favor del poder estatal frente al federal, de modo que aquellas competencias no atribuidas expresamente a éste se considerarían propias de los Estados, por lo que los poderes centrales únicamente estarían legitimados para actuar en los ámbitos en los cuales los entes federados no pudieran alcanzar por sí mismos determinados objetivos. En esta definición clásica o tradicional del concepto, pues, el principio de subsidiariedad sería concebido como una garantía de descentralización competencial inspirada por el liberalismo político, buscando la aproximación al ciudadano en la toma de decisiones<sup>706</sup>.

Ahora bien, la traslación de este principio al ámbito del derecho comunitario, reconocido expresamente en el artículo 5 del TUE con el fin de frenar la expansión competencial europea, parte de una concepción más flexible y permite proporcionar argumentos tanto a favor como en contra de la centralización o descentralización de competencias<sup>707</sup>. El criterio delimitador de este principio recogido en el citado tratado originario, en sede comunitaria, sería el de la «eficacia», que delimitaría la titularidad de la intervención. Así, la UE estaría facultada para actuar cuando los objetivos pudieran lograrse mejor a través de su

---

<sup>704</sup> En torno al principio de especialidad, véase CHAUMONT, C. «La Signification du principe de spécialité des organisations internationales», *Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à H. Rolin*, París, 1964. Pág. 5.

<sup>705</sup> Entre otros, véase SYRPIS, P. «In Defense of Subsidiarity», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, N° 2, 2004.

<sup>706</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. El Reparto de Competencias Entre la Unión Europea... *Op. Cit.* Págs. 125 – 126.

<sup>707</sup> Este principio se introdujo con la reforma del Tratado de Maastricht. En el preámbulo del TUE ya se indicó que los EEMM se manifiestan resueltos a que «las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad». Por su lado, el artículo 1 del TUE también hace referencia a la necesidad de garantizar la mayor proximidad a los ciudadanos en la toma de decisiones, al tiempo que su artículo 2 confirma que los objetivos de la Unión se alcanzarán «en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 5 del TCE». Actualmente, véase el artículo 5.3 en la Versión Consolidada del TUE, de 30 de marzo de 2010, C 83/13.

intervención<sup>708</sup>. A diferencia, pues, de la concepción federalista de este principio, en función de la cual su aplicación podría generar ineficacias como consecuencia legítima de la descentralización política, en la UE este principio se articularía en sentido positivo y negativo, sobre la justificación de las actuaciones comunitarias. Por un lado, en su vertiente positiva garantizaría la legitimidad de la intervención del poder central cuando la acción redundara en beneficio general del sistema. Por el contrario, su efecto negativo limitaría la intervención del poder central únicamente a los supuestos en los que los miembros no pudieran alcanzar mejor los objetivos por sí mismos<sup>709</sup>.

En orden a cumplir con el principio de subsidiariedad, pues, la Comisión, en el ámbito de las competencias compartidas con los EEMM, debería justificar que su actuación es pertinente y aporta un valor añadido al resultado que podrían obtener los EEMM si actuaran por su cuenta. Esta justificación también incluiría la necesidad de que cualquier carga que recaiga sobre la Comunidad, los gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos se reduzca al mínimo posible y sea proporcional al objetivo deseado, tal como precisa el Punto 9º del Protocolo de subsidiariedad y proporcionalidad anexo al TCE<sup>710</sup>. Un importante apunte es pertinente efectuar a propósito de cualquier eventual o potencial situación de riesgo de infracción del principio de subsidiariedad. El Consejo Europeo, órgano en el cual están representados los intereses nacionales y principal poder legislativo comunitario que define las orientaciones y prioridades políticas generales de la UE, debe dar su consentimiento en el ejercicio de los poderes de intervención en las competencias nacionales, por lo que, cualquier presunta invasión, podría contar con el aval de una mayoría de los EEMM. A razón de esta situación, podría ser razonable entender que este mecanismo de control político se prestara a usos por parte de ejecutivos nacionales que pretendieran instrumentalizar el Consejo con el fin de hacer prosperar una medida para la que no contarán con apoyo suficiente en el Parlamento nacional<sup>711</sup>.

Centradas las principales cuestiones de delimitación conceptual de este principio, procede referirnos a los debates en torno a la «justiciabilidad» de este principio, esto es, la capacidad de control judicial, por parte del TJCE, del cumplimiento de este principio en el marco comunitario. Así, en la Sentencia dictada en el Asunto *Alemania c. Parlamento y Consejo*, de 13

---

<sup>708</sup> Sobre la concepción del principio de subsidiariedad derivada del TCE véase WEILER, J. H. H. «The Reformation of European Constitutionalism», *Journal Common Market Studies*, Vol. 35, N° 1, 1997. Págs. 123-125 y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. «Le principe de subsidiarité», *XVI Congrès de la FIDE*, Roma, 1994. Págs. 188-199.

<sup>709</sup> Sobre la doble vertiente del principio, véase CHICHARRO LÁZARO, A. «El principio de subsidiariedad en la Unión Europea», Aranzadi Thomson Reuters, 2001. Págs. 41-44.

<sup>710</sup> Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, contenido en el DOUE C 115/1, de 9 de mayo de 2008 (2008/ 115/01). Sobre esta cuestión, véase LENAERTS, K. Y VAN YPERSELE, P. «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3 B du traité CE», *Cahiers de droit européen*, Vol. 30, N° 1, 1-2, 1994. Págs. 75-80.

<sup>711</sup> VERHOEVEN, A. «The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory», Kluwer 38, La Haya, Ed. 1ª, 2002. Págs. 60-63.

de mayo de 1997<sup>712</sup>, el Tribunal plasmó los elementos esenciales que permitirían un control jurídico del respeto a este principio, al referirse a los problemas transnacionales que pretendían resolverse y aludir a una Recomendación previa de la Comisión que había resultado infructuosa, no habiendo sido capaces, pues, los EEMM, de resolver por sí mismos el problema. Cobra especial importancia esta resolución en relación con el caso de la estiba español, en la medida en que el pronunciamiento del TJUE derivado del Asunto C-576/13 se dictó tras un recurso por incumplimiento deducido por la Comisión contra el Reino de España, en un contexto en el que no habían prosperado dos propuestas de Directivas del trabajo portuario en el Parlamento Europeo y en que el estado español no había logrado, a través de su régimen interno, integrar las máximas del libre mercado europeo en el sector de la estiba. Por ello, parece que el principio de subsidiariedad habría avalado la actuación de la Comisión vehiculada a través de un recurso por incumplimiento ante el TJUE, cuya resolución, habría sido respetuosa con el primero.

Si se aborda este control judicial del principio en relación con la suficiencia de la motivación de las causas que justifican la intervención comunitaria, se advierte que el TJCE, a lo largo de los años, habría examinado esta cuestión en unos términos muy generosos hacia las instituciones comunitarias, otorgándoles gran margen de apreciación. Así, no se exigiría ni siquiera la referencia expresa a la subsidiariedad en los considerandos que precedieran a cualquier texto normativo, pudiéndose, aunque no sea el proceder habitual de la Comisión, deducirse su respeto implícitamente de sus objetivos y de la base jurídica utilizada<sup>713</sup>.

En definitiva, de cuanto se ha expuesto y a la luz del punto 1º del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que afirma que las instituciones deben garantizar el primero al «ejercer» las competencias conferidas, con respeto del acervo comunitario (punto 2º), se podría concluir que el principio de subsidiariedad funcionaría más como un criterio rector del ejercicio de las competencias comunitarias compartidas con los EEMM que como una fórmula de atribución de competencias<sup>714</sup>. Desde un prisma jurídico, parece que debería partirse de la existencia de una competencia por invocación de una base jurídica habilitante, presidiendo el principio la determinación del alcance de la intervención comunitaria y condicionando la extensión material de la propia competencia.

---

<sup>712</sup> Véanse los apartados 22-29 del Asunto C-233/94. En este asunto se cuestionaba la legalidad de una directiva por parte de Alemania, al carecer, a su juicio, de la suficiente motivación en relación con el principio de subsidiariedad.

<sup>713</sup> Entre otras, véase la Sentencia de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco* (C-491/01), apartados 181-183; Sentencia de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-377/98), apartados 32-33; 19 de noviembre de 1998, *Reino Unido c. Consejo* (C-150/94), apartado 37.

<sup>714</sup> FERNÁNDEZ, T. R., en «Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Dir.) «La encrucijada constitucional de la Unión Europea», Civitas, Madrid, 2002. Pág. 105; aludiría a la reiteración e insistencia del Protocolo a la hora de precisar la operatividad de estos principios, los cuales no se pretenderían involucrar en el proceso interpretativo de las bases jurídicas que atribuyen explícita o implícitamente competencias a las instituciones comunitarias. Sobre la operatividad de este principio como criterio que rige el ejercicio de las competencias comunitarias, véase asimismo HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. El Reparto de Competencias Entre la Unión Europea... *Op. Cit.* Pág. 136.

Por su lado, el principio de proporcionalidad, ampliamente utilizado como principio general del derecho, buscaría establecer una vinculación de coherencia entre los fines pretendidos y los medios utilizados en orden a lograr los primeros. En esta condición, el TJCE lo habría utilizado como criterio de legalidad de la actuación de los poderes públicos (comunitarios y estatales) en múltiples ocasiones, incluso antes de incorporarse en el párrafo 3º del artículo 5 del TUE a través del Tratado de Maastricht<sup>715</sup>. En su codificación a través del artículo 5 del TUE, como criterio regulador del ejercicio de las competencias comunitarias, no podría perjudicar ni limitar su virtualidad como principio general del derecho comunitario<sup>716</sup>. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, es ciertamente la jurisprudencia del TJCE la que se encarga de delimitar los límites impuestos por el principio de proporcionalidad a los EEMM y a las instituciones comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, empleado en distintos contextos, como serían la violación de derechos fundamentales<sup>717</sup>, el ejercicio de competencias nacionales por parte de EEMM que afectaran a los objetivos comunitarios o libertades comunitarias<sup>718</sup>, el derecho de la competencia<sup>719</sup>, entre otros. Con los límites y efectos que se desarrollarán a través de los subsiguientes apartados de este Capítulo IV, a efectos de enmarcar los aspectos abordados por el TJCE en el juicio de la proporcionalidad, baste referirse al test cumulativo que referiría a los siguientes tres aspectos: su carácter «apropiado» o «adecuado» para alcanzar efectivamente el objetivo perseguido (juicio de adecuación), la «necesidad» para conseguir el fin perseguido, dada la inexistencia de mecanismos menos restrictivos susceptibles de lograrlo y la evitación de cualquier efecto negativo que sea desproporcionado con el objetivo marcado<sup>720</sup>. Como se verá que se produce a razón de la Sentencia del TJUE dictada en el Asunto C-576/13), el Tribunal dejaría margen de apreciación a la autoridad pública para elegir la medida más adecuada -en el caso de la estiba, se sugerían distintas opciones viables y compatibles con la libertad analizada, en este caso, la de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE- en orden a evitar sustituir al legislador en su juicio de oportunidad, residenciando su intervención plena cuando las medidas adoptadas fueran inapropiadas para lograr el fin perseguido<sup>721</sup>.

---

<sup>715</sup> Véase el amplio acervo jurisprudencial contenido en DE BÚRCA, G. «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European Law*, 1993. Pág. 105.

<sup>716</sup> A este respecto serían elocuentes los criterios de uso y aplicación de este principio contenidos en las Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992 (11-12 de diciembre) -SN 456/92-, posteriormente sintetizados en el Protocolo introducido por el Tratado de Ámsterdam sobre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (DO n° C 340, de 10 de noviembre de 1997, p. 0105).

<sup>717</sup> Entre otras, véase la Sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Liselotte Hawer*, Asunto 44/79.

<sup>718</sup> Entre otras, véase la Sentencia de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Cornuaille*, Asuntos 115 y 116/81.

<sup>719</sup> Entre otras, véase la Sentencia de 8 de junio de 1982, *Nungesser*, Asunto 258/78.

<sup>720</sup> Sobre la jurisprudencia del TJCE en torno a la aplicación de este principio, véase DE BÚRCA, G. *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law...* *Op. Cit.* Pág. 146. Para un análisis de la definición de los principios subsidiariedad y proporcionalidad que ha completado el TJUE, partiendo de la concepción de los Tratados, véase FERNÁNDEZ ALLES, J. J. «La subsidiariedad y proporcionalidad como principios del sistema interparlamentario europeo», en «El sistema interparlamentario europeo», Ed. Dykinson, 2016, Madrid. Págs. 31-60.

<sup>721</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. El Reparto de Competencias Entre la Unión Europea... *Op. Cit.* Pág. 142.



La operatividad de ambos principios se produciría en un plano de independencia, a pesar de sus vinculaciones evidentes. El principio de subsidiariedad se emplearía como criterio delimitador de la necesidad de intervención comunitaria, mientras que el de proporcionalidad abarcaría la intensidad y alcance de la acción comunitaria. Desde un prisma competencial, el de subsidiariedad abarcaría un ámbito de aplicación más limitado que el de proporcionalidad, en la medida en que el este último regiría en todos los ámbitos de la actuación comunitaria (incluso en el de las competencias exclusivas) y el de subsidiariedad se aplicaría en el de las competencias no exclusivas<sup>722</sup>. En la práctica general y en la particular derivada del pronunciamiento del TJUE en el caso de la estiba español, como se verá más adelante, el principio de proporcionalidad se habría revelado como eficaz mecanismo rector en la expansión de las competencias comunitarias. Por su lado, el principio de subsidiariedad, como factor modulador del ejercicio de las respectivas competencias, se habría mostrado más presente en el recorrido previo a la Sentencia que en su propio contenido jurídico resultante, en la medida en que se partía de un contexto de imposibilidad de llevar a término las propuestas de Directivas de la Comisión Europea frente al cual, el recurso al TJUE, se reveló como la opción última en orden a cumplirse el mandato de liberalización del sector marcado por la primera.

#### *a.1. El principio de primacía y de eficacia directa*

Como observamos, ambos principios ocupan un papel nuclear en el proceso de integración europea caracterizado por el juego combinado de ordenamientos jurídicos, cuya coordinación viene regida por el principio general de «primacía» (también denominado «precedencia» o «supremacía») y de «eficacia directa» del Derecho de la Unión Europea, sobre los que someramente nos detendremos para enmarcar su virtualidad en el caso de la estiba español.

En virtud del primero, como elemento esencial de la articulación del sistema jurídico comunitario de creación jurisprudencial, se garantiza la superioridad del Derecho de la Unión sobre las legislaciones nacionales de los EEMM, así como la protección uniforme a los ciudadanos de toda la UE. En el emblemático asunto *Flaminio Costa/ENEL* (6/64)<sup>723</sup> el TJCE habría declarado, en relación con el Tratado CEE (actual TUE y TFUE), que éste creó un ordenamiento jurídico europeo vinculante que sería parte integrante de los ordenamientos jurídicos de los EEMM, así como que, con la creación de la CEE, los EEMM transfirieron los derechos y obligaciones derivados del Tratado de su ordenamiento jurídico nacional al

---

<sup>722</sup> Véanse las Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992 (11-12 de diciembre) -SN 456/92.

<sup>723</sup> Sobre el principio de primacía del Derecho europeo, es emblemático el asunto abordado en la STJCE de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa/ENEL* (Asunto 6/64). En esta resolución, el Tribunal confirmó la precedencia del Derecho de la Comunidad Económica Europea (CEE) sobre las legislaciones nacionales de los EEMM de la UE. Para un estudio de este principio en relación con el principio de subsidiariedad, véase CANEDO ARRILLAGA, J.R. «Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano, Primacía y Subsidiariedad En La Unión Europea, CEPC, Madrid, 2011», *Estudios De Deusto*, 60 (2), noviembre 2014. Págs. 391-394.

de la CEE, limitando su soberanía y creando un corpus jurídico vinculante para los nacionales y ellos mismos. Por consiguiente, los EEMM quedarían limitados para adoptar legislaciones contrarias al Derecho de la Unión y, caso de hacerlo, el Derecho de la Unión prevalecería sobre el Derecho nacional en los asuntos deducidos ante los órganos jurisdiccionales nacionales del país en cuestión.

Por otro lado, a propósito del segundo («eficacia directa»), el Derecho de la Unión generaría no únicamente obligaciones para los EEMM sino también derechos para los particulares, pudiéndose éstos ser invocados directamente ante los tribunales nacionales y europeos, cuando se dieran determinadas premisas fijadas por la jurisprudencia comunitaria, con independencia de la existencia de recursos dados a través de la legislación nacional. Es exponente de este principio consagrado por el TJCE el Asunto *Van Gend en Loos c. Administración Tributaria neerlandesa* (26/62)<sup>724</sup>, a través del cual se consagró y se estableció, como condición para su aplicabilidad, que partiera de obligaciones precisas, claras, incondicionadas y que no requirieran medidas complementarias, tanto de carácter nacional como europeo<sup>725</sup>.

La afirmación del principio de primacía sobre los ordenamientos internos en las resoluciones judiciales nacionales de los EEMM es pacífica, si ha devenido más controvertido su reconocimiento sobre las Constituciones nacionales y, a pesar de haberse proclamado sin matices en la jurisprudencia del TJCE<sup>726</sup>, ha generado reticencias en el marco de los respectivos Tribunales constitucionales, que concebirían su respectiva Carta Magna como cúspide del ordenamiento jurídico<sup>727</sup>. En el ámbito español, el Tribunal Constitucional no ha negado la primacía del derecho comunitario sobre la Constitución española, si bien ha matizado que el artículo 93 CE, como base jurídica para transferir el ejercicio de competencias soberanas a la Unión, no podría ser utilizado para «disponer de la Constitución misma, contrariando, o permitiendo contrariar, sus determinaciones...», pues el único procedimiento hábil o válido para reformar la Constitución sería el previsto en su Título X<sup>728</sup>.

---

<sup>724</sup> Sobre el principio de efecto directo del Derecho de la Unión, es emblemático el asunto abordado en la STJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos c. Administración Tributaria neerlandesa* (Asunto 26/62).

<sup>725</sup> En relación con estas condiciones, en el Asunto 8/81, *Becker* (STJCE de 19 de enero de 1982) se rechazó el efecto directo cuando los países poseyeran un margen de discrecionalidad relativa a la aplicación de la disposición contemplada, por mínima que fuera. En los Asuntos acumulados C-100/89 y C-101/89, *Kaefer y Procacci c. Estado francés* (STJCE de 12 de diciembre de 1990), el Tribunal afirmó que la disposición contemplada era incondicional al no dejar margen de discrecionalidad a los EEMM, desprendiendo efecto directo.

<sup>726</sup> No podrían invocarse normas constitucionales para justificar la violación de obligaciones establecidas por el derecho comunitario. Véase, sobre esta cuestión, la Sentencia de 6 de mayo de 1980, *Comisión c. Bélgica* (Asunto 102/79) y la Sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Liselotte Hauer* (Asunto 44/79).

<sup>727</sup> Sobre la defensa de la Constitución nacional como «clave de su identidad», véase CRUZ VILLALÓN, P. «El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión», *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias* (Coord. Colneric, N.; Jean-Pierre Puissechet, J.P. y Dámaso Ruiz-Jarabo y Colomer, D.V.). Edwards, 2003. En relación con la dimensión constitucional del principio de primacía, véase AGUILAR CALAHORRO, A. «La dimensión constitucional del principio de primacía», Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

<sup>728</sup> Sobre esta cuestión, véase SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. «El artículo 93 CE y el bloque de constitucionalidad: algunos problemas», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al prof. E. García de Enterría*,

Como precedentemente se ha observado, a propósito del análisis del trabajo portuario a nivel comunitario, el Reglamento (UE) 2017/352, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, norma derivada con efecto directo *ex* artículo 288 del TFUE, exenciónó los servicios de manipulación de mercancías de su ámbito de aplicación<sup>729</sup>. Partiendo de la imposibilidad de reglar este sector en el nivel comunitario a través de la articulación de una fuente de derecho derivado, la vía normativa cedió el paso a la judicial, con el fin de que fuera una decisión de este orden la que permitiera abrir la vía para lograr la liberalización de la estiba en un ordenamiento interno: el español. A diferencia de otros sectores en los que el derecho originario ha establecido una política común en determinadas materias<sup>730</sup> o bien ha articulado la correspondiente norma de derecho derivado con eficacia directa, como sería el Reglamento *ut supra* citado, en el caso español de la estiba examinado a propósito del Asunto C-576/13, una decisión judicial desprendería efecto directo en sentido vertical, interviniendo en las relaciones entre los particulares y el país (España, en este caso), pudiéndose acogerse los primeros a la Sentencia para invocar la inaplicabilidad de las disposiciones reputadas contrarias al ordenamiento comunitario (libertad de establecimiento, en este caso). Difícilmente podríamos hablar de un efecto directo completo, sino que más bien sería parcial, en la medida en que la STJUE no podría desprender plena virtualidad en las relaciones entre particulares (efecto directo horizontal), pues sería necesario el pertinente cambio de regulación a nivel interno en orden a integrar la decisión del TJUE para que desplegara plena efectividad que, como se verá más adelante, se produjo de forma progresiva a través de distintas normas aprobadas a partir del año 2017.

Por último, como apunte metodológico final, es pertinente aludir a que, en la estructura propia de este marco multinivel, la ordenación del sistema de fuentes laborales que regulan la estiba portuaria produce fricciones en las relaciones entre fuentes heterónomas (ley) y autónomas (convenio colectivo -acuerdos marco-) que, como se verá en el Capítulo V, se revelarán consustanciales en la delimitación de las complejidades intrínsecas a este específico sector. En este sentido, los conflictos entre fuentes no se producirán únicamente en las relaciones entre el Derecho de la Unión y el ordenamiento interno, sino también entre las distintas fuentes normativas de un mismo nivel de ordenación (interno).

---

Tomo I, Madrid, 1991. Págs. 233-235 y MANGAS MARTÍN, A. «La Declaración del TC sobre el art. 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLIV, 1992. Págs. 382-392.

<sup>729</sup> Nótese que, mientras que en relación con el practicaje se recoge la posibilidad de que los EEMM decidan aplicar el capítulo relativo a la prestación de servicios portuarios, no se contiene análoga referencia en relación con el servicio de manipulación de mercancías [Cf. Artículo 10.2 Reglamento (UE) 2017/352].

<sup>730</sup> Como la de transportes, recogida en el Título VI del TFUE (artículos 90 y ss.).

b) Las libertades comunitarias y la libre competencia según el Derecho originario y la jurisprudencia del TJUE

*b.1) Las libertades comunitarias como fundamento sustantivo del Derecho de la Unión y su interrelación con la libre competencia*

Las cuatro grandes libertades comunitarias constituyen el epicentro del derecho sustantivo<sup>731</sup> de la Unión Europea<sup>732</sup> y el fundamento de la construcción del mercado interior<sup>733</sup>, susceptibles de subsumirse en la amplia concepción de la libertad de circulación - comprensiva de la de mercancías, personas, servicios y capitales-<sup>734</sup> de cuyo seno derivan distintas garantías (como la de prohibición de discriminación *ex* artículos 18 a 25 TFUE) y políticas de derecho social<sup>735</sup>. En plena interconexión con este plano material, se sitúa la economía de mercado, protegida a través de la libre competencia, cuyo origen se remonta a la constitución de las Comunidades Europeas<sup>736</sup> y que actualmente se encuentra reconocida y garantizada en los artículos 101 y 109 del TFUE.

---

<sup>731</sup> Constituye una obra de referencia entre la doctrina comunitaria, omnicomprensiva de un prolijo examen de las cuatro libertades como núcleo sustantivo del Derecho de la Unión Europea (la libre circulación de mercancías, de personas, de capitales y la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios), BARNARD C. «The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms», *Oxford University Press*, octubre de 2019, 6a Ed.

<sup>732</sup> Los cuatro tratados fundacionales de la actual Unión Europea son el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Tratado de la Unión Europea (TUE) -DOUE C 202/1, de 7 de junio de 2016, Versión Consolidada-, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE C 84/1, de 30 de marzo de 2010, Versión Consolidada) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CFUE) -DOCE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000. Sobre la naturaleza jurídica de la Unión Europea, véase ROCA ZAMORA, A. (COORD. GALDUF J. M<sup>º</sup>), «El sistema institucional de la Unión Europea», en «Economía de la Unión Europea», *Civitas*, 7<sup>a</sup> Ed., 2013. Págs. 69-89.

<sup>733</sup> Véanse los artículos 1 a 37 y 45 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en la versión consolidada (DOUE C 83/47, de 31 de marzo de 2010). Aunque el artículo 26.2 del TFUE afirme que el mercado interior implicará «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del propio Tratado», las libertades comunitarias pueden sintetizarse en tres: la libertad de circulación de mercancías (artículo 30 del TFUE), la libertad de establecimiento (artículos 49 a 55 del TFUE) y la libertad de prestación de servicios (artículos 56 a 62 del TFUE). En relación con su contenido, véase GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.). «Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia», *Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Consejo Económico y Social de España, Resumen Ejecutivo, 2011.

<sup>734</sup> Para un prolijo análisis del alcance y extensión de las cuatro libertades, véanse los apartados III, IV y V del Capítulo I de la obra de CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Mercado único y libre competencia en la Unión Europea», *Ed. Colex*, 2003. Págs. 87-241.

<sup>735</sup> La política social comunitaria se articula a través de los artículos 151 a 161 del TFUE.

<sup>736</sup> Artículos 3.f), 85, 86, 91 y 92 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma por Alemania, Francia, Italia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo el 25 de marzo de 1957 y que entró en vigor el 1 de enero de 1958. En fecha 11 de junio de 1985, el Consejo de las CCEE accedió a la admisión de España como miembro de la Comunidad Económica Europea, articulada vía instrumento de ratificación de 20 de septiembre de 1985, autorizada a través de la LO 10/1985, de 2 de agosto (BOE núm. 189, de 8 de agosto). Sobre el marco constitucional económico español, la adhesión a las Comunidades Europeas así como la integración económica y jurídica de éstas, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.

La defensa de la competencia, en el nivel comunitario, se articula en el TFUE a través de dos secciones en función de su destinatario: las empresas y las ayudas otorgadas por los Estados<sup>737</sup>. En relación con la primera, se prohíben los pactos colusorios y el abuso de la posición de dominio y, en relación con la segunda, no existe legislación comunitaria dirigida a los Estados de forma específica, circunstancia que ha sido abordada en relación a las consecuencias derivadas de que una legislación nacional o práctica de un estado propicie, beneficie o ampare pactos colusorios, de abuso de posición de dominio o cualquier otro comportamiento dirigido a falsear la competencia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante)<sup>738</sup>, en su condición de institución garante de la interpretación y aplicación uniforme de la legislación de la Unión Europea en cada uno de los países miembros y su cumplimiento<sup>739</sup>, inspira y fundamenta su actuación en los tratados<sup>740</sup> que conforman el derecho primario de la Unión: Tratado

---

D. Y MUÑOZ MACHADO, S. (dir) «Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español», Vol. I, *Civitas*, Madrid, 1986. Págs. 274-312.

<sup>737</sup> Sección Primera y Sección Segunda del Título VII, Capítulo 1 del TFUE, bajo la rúbrica de «Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones». Por todos, y bibliografía ahí citada, véase GÓMEZ MUÑOZ, J.M. «Derecho del trabajo, libre competencia y ayudas de estado», *Mergablum*. Edición y Comunicación, Sevilla, 2007.

<sup>738</sup> Con Sede en Luxemburgo, su creación se remonta al año 1952, a través de la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) en virtud del Tratado de París -Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero- (1951), que entró en vigor el 24.07.1952 por un periodo limitado de 50 años; transformándose en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en 1957, año en el cual Francia, Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Italia y Alemania, firmaron en Roma los Tratados originarios de las Comunidades Europeas: La Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM); entrando en vigor el 1 de enero de 1958. Para un extenso análisis de las instituciones comunitarias, véase GALDUF J. M<sup>a</sup> (Coord.), *Economía de la Unión Europea... Op. Cit.* Pág. 69 y ss.

<sup>739</sup> Según el artículo 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada en DOCE C 325/33, de 24.12.2002), junto con el Tribunal de Primera Instancia «...garantizarán, en el marco de sus respectivas competencias, el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado». Sobre su funcionamiento, véase el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (versión consolidada), que contiene la versión consolidada del Protocolo (nº3) sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, anexo a los Tratados, modificado por el Reglamento (UE, Euratom) nº 741/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de agosto de 2012 (DO L 228 de 23 de agosto de 2012, p.1), por el artículo 9 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DO L 112 de 24 de abril de 2012, p. 21), por el Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015 (DO L 341 de 24 de diciembre de 2015, p. 14), por el Reglamento (UE, Euratom) 2016/1192 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativo a la transferencia al Tribunal General de la competencia para conocer, en primera instancia, de los litigios entre la Unión Europea y sus agentes (DO L 200 de 26 de julio de 2016, p. 137) y por el Reglamento (UE, Euratom) 2019/629 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 (DO L 111 de 25 de abril de 2019, p. 1). [https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tradoc-es-div-c-0000-2016-201606984-05\\_01.pdf](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tradoc-es-div-c-0000-2016-201606984-05_01.pdf)

<sup>740</sup> GÓMEZ MUÑOZ, J.M. «La Unión Europea y su Tratado Constitucional ante la encrucijada», en AA.VV., *Estudios Jurídicos sobre la Constitución Europea*, Monográfico de la Revista Crónica Jurídica Hispalense, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006. Págs. 87-94 y prólogo.

constitutivo de la Comunidad Europea (TCE o Tratado CE)<sup>741</sup> y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>742</sup>. Se trata de una institución europea que ha desarrollado un papel nuclear en el proceso de asentamiento de las bases para una estrecha unión entre los pueblos europeos, situado en el frontispicio del preámbulo tanto del TCE como del posterior TFUE y TUE, aportando una dimensión más democrática y política al proceso de integración basado, en sus inicios, en el mero objetivo económico de creación de un mercado único. Siguiendo los términos de los principios definidos en el artículo 1 del TFUE, éste «organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias» y, junto con el TUE, constituyen «los Tratados sobre los que se fundamenta la Unión», con el mismo valor jurídico, designados en su cuerpo bajo la expresión de «los Tratados»<sup>743</sup>. Recíproca referencia contiene el primer precepto del articulado del TUE, en virtud del cual se constituye la «Unión», abriéndose una nueva etapa de creación de una unión más estrecha entre los pueblos de Europa e identificándose a éste y al TFUE como «los Tratados», sustituyendo y sucediendo la Unión a la Comunidad Europea<sup>744</sup>.

Las políticas de la Unión Europea y sus acciones internas en los distintos ámbitos de competencia son objeto de regulación en la parte más extensa del TFUE y que conforma el núcleo de las libertades comunitarias: Tercera Parte, Título I, artículos 26 a 197<sup>745</sup>, las cuales son funcionalizadas y puestas al servicio de las máximas de naturaleza político-económica necesarias para la lograr la plena construcción del mercado interior<sup>746</sup>, articulado como la

---

<sup>741</sup> El Tratado de la Unión Europea -Tratado de Maastricht- (92/C 191/01) se basó en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, el cual fue modificado por el primero (DO n° C 191 de 29 de julio de 1992) para constituir una Comunidad Europea. La creación de la Unión Europea (UE) por medio del Tratado de Maastricht (7 de febrero de 1992) marcó un gran paso hacia la unificación de la política europea. Su versión consolidada la encontramos en DOCE C 325/44 de 24.12.2002.

<sup>742</sup> El TFUE, firmado por los veintisiete países de la UE el 13 de diciembre de 2007 (Croacia no se adhirió en 2013) y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, tiene su origen en el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE C 306/1, de 17.12.2007); que fue firmado el 13 de diciembre de 2007 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Éste modificó el Tratado de Maastricht (1992) y el Tratado de Roma (1957) [(2007/C 306/01)]. El Tratado de Lisboa modificó el nombre de TCE por TFUE, fusionando los tres pilares fundamentales (Comunidades Europeas: la Comunidad Económica, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero -CECA- hasta 2002 y Euratom; la cooperación entre los países de la Unión Europea en el marco de la política exterior y de seguridad común y la cooperación entre los países de la UE en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior), definiendo los principios y objetivos de la UE y el ámbito de acción en el marco de sus respectivas políticas, estableciendo, asimismo, los detalles organizativos y funcionales de las instituciones de la Unión Europea. La versión consolidada del TFUE la encontramos en DOUE C 326/47, de 26 de octubre de 2012 y, las versiones consolidadas del TUE y TFUE (2016/C 202/01) constan en DOUE c 202/1, de 7 de junio de 2016.

<sup>743</sup> Cf. Artículo 1 del TFUE (DOUE C 326/47, de 26 de octubre de 2012).

<sup>744</sup> Cf. Artículo 1 del TUE (DOUE C 202/13, de 7 de junio de 2016).

<sup>745</sup> El Mercado interior -libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (Título I); la libre circulación de mercancías, incluida la unión aduanera (Título II); la política agrícola común y la política pesquera común (Título III); la libre circulación de trabajadores (y personas, en general), servicios y capital (Título IV) y el espacio de libertad, seguridad y justicia, que incluye la cooperación policial y judicial (Título V).

<sup>746</sup> El Mercado Común era concebido como el instrumento fundamental de la integración económica europea, a través del cual actuaría la integración económica europea, libre de las interferencias político-económicas de los Estados. Sobre esta concepción, véase GONDRA ROMERO, JOSÉ M. <sup>º</sup>. «Integración económica e

primera de las políticas y acciones internas de la Unión<sup>747</sup> en su objetivo de crear un «espacio sin fronteras interiores, en que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales» se garantizaran de conformidad con las disposiciones de los Tratados. La doctrina<sup>748</sup> ha venido considerando estas libertades comunitarias como los principios fundamentales de la Unión Europea, enfocadas a lograr una integración transnacional y no tan supranacional, esto es, al servicio del tráfico económico de la Unión en lugar de dirigirse a otorgar derechos subjetivos a los particulares<sup>749</sup>.

La gran influencia del ordenamiento jurídico comunitario sobre los sistemas económicos nacionales deriva de la propia naturaleza de las normas internacionales (tratados) que lo configuran, en la medida en que estos anuncian no únicamente sus principios básicos (mercado común, libertades de circulación y derecho a la libre competencia), sino que comprenden su desarrollo<sup>750</sup>; circunstancia que ha comportado que el constituyente español, desde su incorporación en la Unión, quedara limitado para desarrollar políticas restrictivas de la iniciativa privada en la economía de orden nacional.

La integración económica pretendida por el mercado único y las condiciones esenciales para su establecimiento buscaron lograr un intercambio entre estados asimilable al producido en el marco del mercado nacional. Este concepto de «mercado común» ha sido interpretado por la doctrina del TJCE y su definición ha seguido una tendencia evolutiva<sup>751</sup>, en sus inicios

---

integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional), en *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español... Op. Cit.* (E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado, Dirs.), Vol. I, Madrid, Civitas, 1986. Pág. 280; siguiendo la interpretación de la doctrina germánica sobre la ideología económico-social de corte «neoliberal» presente en la Europa de la posguerra y a la que, según el autor, respondía *prima facie* - sin perjuicio de su posterior evolución- el modelo que fue acogido por el Tratado de la CEE.

<sup>747</sup> Artículos 26 y 27 del TFUE (DOUE C 326/47, de 26 de octubre de 2012).

<sup>748</sup> Sobre la naturaleza jurídica de las libertades comunitarias, véase CABEZA PEREIRO, J. «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», *Trabajo y Derecho*, N° 3, marzo 2015, Ed. Wolters Kluwer. Pág. 7.

<sup>749</sup> Esta consideración es desmentida por la jurisprudencia, al entender que las libertades comunitarias también generan derechos subjetivos, en la Sentencia de 25 de febrero de 1963 (Asunto 26/62), *Van Gend & Loos*.

<sup>750</sup> GUAMÁN, A., en «Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia», Thomson Aranzadi, 2008. Pág. 75, significa que fue necesario remover las barreras para la consecución del mercado común, de todo orden incompatible con el mantenimiento de la autonomía de los Estados miembros en el ámbito de la política social, así como que, la creación de un mercado interior, exigía una cierta base común en materias laborales y de seguridad social, incorporadas en sede de Tratado a través de un conjunto de disposiciones rubricadas como «política social», desarrolladas por un amplio conjunto de derecho derivado conocido como «Derecho social comunitario». La autora se hace eco de esta cuestión, concretada en un modelo específico de economía de mercado asentada sobre los principios básicos contenidos en las normas constitucionales estatales (mercado común, libertades de circulación y competencia) en el seno de la pacífica doctrina sentada, entre otros, por ALONSO UREBA, A.; «El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas», VV. A.A., «Tratado de Derecho Comunitario», Madrid, 1986; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., y MUÑOZ MACHADO, S. (dir), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo... Op. Cit.*, Pág. 255.

<sup>751</sup> Más allá de la liberalización de los factores productivos, la creación de un «Mercado Común» exigía la remoción de todo tipo de obstáculos, tanto de naturaleza arancelaria como no arancelaria, que distorsionaran

recogida términos de espacio económico cuyo objeto era «la eliminación de todos los obstáculos a los intercambios intracomunitarios con el fin de fundir los mercados nacionales en un mercado único estableciendo condiciones lo más próximas posibles a las de un auténtico mercado interior»<sup>752</sup> y, posteriormente, una vez operada la reforma de los Tratados a través del Acta Única Europea (1986)<sup>753</sup> y del Tratado de Maastricht (1992), pasando a definirse en términos más específicos de alcance comunitario, como un espacio «caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales»<sup>754</sup>.

Partiendo de que el mercado interior debía permitir la creación de un espacio libre de fronteras interiores<sup>755</sup>, presidido por la libre circulación de mercancías, personas, servicios y

---

o impidieran la integración de los mercados de bienes y servicios. Parafraseando a ROCA ZAMORA, A, la integración del mercado de servicios no fue tan ágil como la liberalización del comercio de mercancías, debido a su propia naturaleza y a la leve incidencia que tenían estos en la producción. El Tratado de Roma no especificaba el tipo de servicios a realizar ni a través de qué sistema llevarlo a cabo, en contraste con el prolijo detalle de las obligaciones que se regulaban para lograr la libre circulación de bienes. Únicamente reconocía la necesidad de liberalizarlos, incluyendo como parte integrante de los mismos la libre prestación de servicios (proveedores-clientes situados en distintos Estados miembros) y la libertad de establecimiento (prestación permanente en otro Estado miembro) en los artículos 49 a 55 y 43 a 48 del Tratado CE; respectivamente. Sobre sus restricciones y la desigual regulación entre bienes y servicios, véase ROCA ZAMORA, A. «La realidad del mercado interior» en GALDUF, J.M<sup>a</sup>. «Economía de la Unión Europea», Civitas, Madrid, 7<sup>a</sup> Ed. Págs. 189-214.

<sup>752</sup> Véase el Fundamento de Derecho 33<sup>o</sup> de la Sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1982 (asunto 15/81), *Gaston Schul Douane Expeditieur BV e Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*; dictada con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por el *Gerechthof de 's-Hertogenbosh* (Países Bajos) en relación con los artículos 13 y 95 del TCE.

<sup>753</sup> El AUE tenía por objetivo revisar los Tratados de Roma, constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica; reactivar la integración europea y completar el mercado interior (DO L 169 de 29 de junio de 1987).

<sup>754</sup> A propósito de la voluntad de crear un «Mercado Común» como principal objetivo a alcanzar en el Tratado de Roma, la política de la competencia y las cuatro libertades de circulación se convirtieron en elementos constitutivos del mercado interior y pilares básicos de la constitución económica europea (GUAMÁN, A., en *Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia...* Op. Cit. Pág. 81 y ROCA ZAMORA, A., «La realidad del mercado interior» en JORDAN GALDUF, J.M<sup>a</sup>. *Economía de la Unión Europea...* Op. Cit. Págs. 189-214) y fue a través del Artículo G del Tratado de la Unión Europea firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht, que se sustituyó el contenido del artículo 3, en cuyo apartado c) se recogía la acción de la Comunidad Europea (con eliminación de la referencia a «Económica» que constaba en el Tratado Constitutivo) para la creación de un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

<sup>755</sup> Artículo 14.2 del TCE (DOCE C 325/44 de 24.12.2002) y artículo 3 del TUE (versión consolidada DOUE de 7 de junio de 2016 [C 202/17]), en relación con el antiguo artículo 2 del TUE, en la versión modificada por el Tratado de Lisboa, por el que se modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE C 306/1, de 17.12.2007).



capitales<sup>756</sup>, destaca la libertad de circulación de mercancías<sup>757</sup> como piedra angular de la construcción del espacio comunitario<sup>758</sup>.

El concepto o definición de «mercancía» fue objeto de análisis y desarrollo por la jurisprudencia del TJCE<sup>759</sup>, quedando su libertad de circulación sustentada en la supresión de los derechos de aduana, de las exacciones de efecto equivalente<sup>760</sup> así como la prohibición de adopción de cualquier medida obstaculizadora del comercio intracomunitario, ya fuera en términos cuantitativos o a través de medidas de efecto equivalente<sup>761</sup>; limitaciones

---

<sup>756</sup> Sobre las libertades de circulación y su relación con la libre competencia, véase GÓMEZ MUÑOZ, J.M. «Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Núm. 130, 2015 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el impacto de la Jurisprudencia Europea sobre las Relaciones Laborales en España). Págs. 51-54 de su contribución.

<sup>757</sup> En relación con la que destaca la Sentencia del TJCE de 24 de noviembre de 1993, dictada en los Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, *Keck*, que se identifica como pronunciamiento que establece con firmeza los ámbitos de regulación nacional en las cuales es (y no es) legítima la intervención del artículo 34 TFUE y respecto a los cuales la Unión no tiene facultad de regulación *ex* artículo 114 TFUE; que es objeto de extenso análisis, en relación con su impacto en posteriores pronunciamientos, así como su potencial armonizador, por BARNARD C. *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms... Op. Cit.* Págs. 118-143 y 560 y ss. 152

<sup>758</sup> Sobre la libertad de circulación de mercancías en orden a la construcción del espacio comunitario, véase POIARES MADURO, M. en «*The Judicial Model of the European Economic Constitution and Article 30: Majoritarian Activism*», de «*We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*», Hart, Oxford, 2002. Pág. 61 y ss., partiendo del análisis crítico en torno al artículo 30 TCE y sus distintas lecturas efectuadas por la doctrina del TJUE en materia de libertad de mercancías, así como la nueva perspectiva dada a dicho precepto –más extensa y comprensiva de cualquier medida susceptible de interferir en la comercialización de bienes y servicios– con ocasión de la doctrina emanada de la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1974, (asunto 8-74), *Procureur du Roi / Gustave Dassonville*, virtud de la cual la exigencia de un certificado de autenticidad por parte de un Estado Miembro, para cuya obtención dificulta más a los importadores de un producto en libre práctica en otro Estado miembro que a los importadores procedentes directamente del país de origen, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa incompatible con el Tratado. Según CABEZA PEREIRO, J. en *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización...* Op. Cit. el Asunto *Dassonville* constituye la génesis de la toma en consideración de la afectación a las libertades comunitarias en cualquier política, formen parte o no de las competencias de la Unión Europea. Así, concluye el Tribunal en dicha Sentencia que «toda normativa nacional de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas». Sobre la libre circulación de mercancías y los conceptos de «medida de efecto equivalente a restricción cuantitativa» asociados a ésta, véase el análisis de la STJCE de 11 de julio de 1974, c, la STJCE de 11 de julio de 1985, Asuntos acumulados 60/84 y 61/84, *Cinéthèque* y STJCE de 24 de noviembre de 1993, Asuntos C-267/91 y C-268/91, *Keck*; en relación con la Directiva 10/50/CEE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1969, realizado por GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.), en *Libertades económicas, mercado de trabajo...* Op. Cit. Pág. 11 y ss.

<sup>759</sup> Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la finalidad de los artículos 2 y 3 del Tratado era «la creación de un mercado en el que las mercancías circulen libremente en condiciones en que la competencia no sea falseada (...) Los artículos 30 y siguientes deben interpretarse, por consiguiente, a la luz de este principio», STJCE de 19 de marzo de 1991 (asunto C-202/88, *Competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones*, Rec., p. I-1223, apartado 41). Sobre el «Mercado Único Europeo» de alcance supranacional y las libertades comunitarias, en cuyo «corazón» se sitúa la libre circulación de factures productivos, véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Mercado interior y libre competencia en la Unión Europea, COLEX, 2003. Pág. 29.

<sup>760</sup> Véase la STJCE de 9 de diciembre de 1981 (asunto 193/80), *Comisión contra República Italiana*; sobre el incumplimiento de medidas de efecto equivalente y la importación y comercialización de «vinagre», en relación con los artículos 30 y 36 del TCE; en el cual se vincula la definición de «mercancía» a los bienes valorables en dinero susceptibles de ser objeto de transacción comercial.

<sup>761</sup> Artículos 25 y 28 del TCE (DOCE C 325/44 de 24.12.2002). El TJCE delimitó el concepto de «restricciones cuantitativas» en su Sentencia de 12 de julio de 1973 (Asunto 2/73), *Riseria Luigi Geddo* contra *Ente Nazionale*

únicamente excepcionables por razones de orden público, moralidad, seguridad públicas, protección de la salud y vida de personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial<sup>762</sup>.

A pesar de que en el plano nacional la libertad de circulación de mercancías<sup>763</sup> y la libertad de circulación de servicios<sup>764</sup> han tenido gran impacto en su relación con el Derecho del Trabajo, lo cierto es que esta última ha mantenido un carácter subsidiario a la libertad de establecimiento<sup>765</sup>, que ha ocupado una posición aplicativa preferente a la luz de la doctrina sentada por la Sentencia del TJCE de 30 de noviembre de 1995 (asunto C-55/94)<sup>766</sup>. El principal aserto del Tribunal consignado en esta resolución refería al carácter subsidiario atribuido a la libertad de prestación de servicios con respecto a la libertad de establecimiento<sup>767</sup>, en la medida en que, la regulación de la libertad de prestación de servicios, presupone «que el prestador y el destinatario del servicio de que se trate estén establecidos en dos estados miembros diferentes», además de que el propio TCE establecía la prioridad aplicativa de las disposiciones relativas al derecho de establecimiento frente a las vinculadas a la libertad de prestación de servicios<sup>768</sup>.

---

*Rizzi*, en una cuestión prejudicial planteada en el orden italiano. Sin embargo, para la delimitación de la noción de «medidas de efecto equivalente» debemos remitirnos a las consideraciones recogidas en la Directiva 70/50/CE, de 22 de diciembre de 1969, relativa a la supresión de medidas con efecto equivalente a restricciones cuantitativas sobre la importación.

<sup>762</sup> Artículo 30 del TCE (DOCE C 325/44 de 24.12.2002).

<sup>763</sup> En torno a la libertad de circulación de mercancías, destaca la Sentencia de 30 de febrero de 1979 (Asunto C-120/78), *Rewe-Zentral*, en la que, a propósito de una norma alemana que exigía una graduación mínima para las bebidas espirituosas que era susceptible de restringir la libre circulación de mercancías para aquellos estados que no alcanzaran los grados exigidos, el Tribunal considera que el Gobierno nacional (en ese caso, el alemán) debía justificar los motivos de las restricciones ligados a necesidades objetivas, a quien incumbía no sólo la carga de la prueba de la necesidad limitativa de la restricción de la libertad en cuestión) sino también de la proporcionalidad, gozando el Tribunal de autoridad para determinar si el motivo y prueba aportada por las instancias internas era suficiente en orden a justificar la restricción.

<sup>764</sup> La libertad de circulación de servicios se regula en los artículos 49 a 54 del TCE (DOCE C 325/44 de 24.12.2002) y 56 a 62 del TFUE (DOUE C 326/47, de 26 de octubre de 2012).

<sup>765</sup> Sobre la libertad de establecimiento y su evolución jurisprudencial, véase BARNARD C. The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms... *Op. Cit.* Pág. 405 y ss.

<sup>766</sup> *Reinhard Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, en relación a una cuestión prejudicial planteada por el *Consiglio Nazionale Forense* (Italia) sobre la interpretación de la Directiva 77/249/CE, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los Abogados (DO L 78, p. 17; EE 06/01, p. 224).

<sup>767</sup> Véase el Fundamento de Derecho 22º de la STCE de 30 de noviembre de 1995 (asunto C-55/94).

<sup>768</sup> La libertad de prestación de servicios se regulaba en el artículo 59 del Tratado originario constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Esta libertad se recoge en los artículos 56 y siguientes (Capítulo 3, sobre los «Servicios» del Título IV) de la versión consolidada del TFUE (C 326/1), de 26 de octubre de 2012. En este caso, el Tribunal interpreta los artículos 59 y 60.1 del TCE, así como restantes preceptos citados en la mentada resolución judicial, en su versión originaria (25 de marzo de 1957).

Siguiendo la propia hermenéutica del Tribunal<sup>769</sup>, la libertad de establecimiento<sup>770</sup> -que, como se verá, constituye el pilar comunitario sobre el que se sustentará el presente Capítulo- es reconocida tanto a las personas jurídicas como a las personas físicas nacionales de un estado miembro, incluyendo el acceso al territorio de cualquiera de estos de todo tipo de actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como también la constitución y gestión de empresa, apertura de agencias, sucursales o filiales; circunstancia de la cual se colige que, en el sentido del Tratado, una persona puede estar establecida en distintos Estados miembros, mediante la apertura de agencias, sucursales o filiales (en caso de sociedades) o bien mediante la creación de un segundo centro de explotación de la actividad profesional<sup>771</sup>. Esta concepción de la libertad de establecimiento, en la extensión en que fue configurada, alcanzaría la posibilidad de que una persona nacional comunitaria participara, de forma «estable y continua», en la vida económica de un Estado miembro distinto al de origen, beneficiándose de ello y favoreciendo la «interpenetración económica y social en el interior de la comunidad»<sup>772</sup>. En cambio, a la luz de la libertad de prestación de servicios y su regulación

---

<sup>769</sup> Sobre la libertad de establecimiento, la libre prestación de servicios y su exponencial relevancia adquirida con ocasión de la jurisprudencia del TJUE en el marco del ordenamiento jurídico-laboral, tanto a nivel comunitario como nacional, concebidas estas como ejes del «Derecho del mercado», véase DEL REY GUANTER, S. «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios», *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Dir. María Emilia Casas Baamonde y Román Gil Alburquerque (Coord. García-Perrote Escartín, I; Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, Antonio V.). Ed. Francis & Taylor, Madrid, 2019. En relación con la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, destacan las siguientes contribuciones entre la doctrina española: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de las personas físicas en la CEE», *Documentación administrativa*, Núm. 185, 1980. Págs. 551-574; VARA DE PAZ, N. «La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios», *Revista de derecho mercantil*, Núm. 161-162 y 1981. Págs. 457-522; MARQUÉS RUIZ, C.A. «La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en la C.E.E.», *Revista general de derecho*, Núm. 490-491, 1985. Págs. 2245-2264; ABELLÁN HONRUBIA, V. «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la C.E.E.», *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 84, Núm. 2 y 3, 1985; MESTRE DELGADO, J. F. «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea», *Derecho privado y Constitución*, Núm. 11, 1997. Págs. 131-156; LÓPEZ LÓPEZ, J. «Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos», *Revista de derecho social*, Núm. 4, 1998. Págs. 119-128; CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el Mercado Único Europeo», *Noticias de la Unión Europea*, Núm. 186, 2000. Págs. 87-102; OANTA G.A. «La libre prestación de servicios en la Unión Europea: ¿un proyecto de integración ya finalizado o todavía un proyecto en marcha?», *Unión Europea Aranzadi*, Núm. 10, 2012. Págs. 81-104; GÁRATE CASTRO, F. J. «Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios», *Tirant lo Blanch*, 2012; GARCÍA MURCIA, J. (Coord.) y GARCÍA TORRES, A. «Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Jurua*, 2016.

<sup>770</sup> La libertad de establecimiento está regulada en los artículos 43 a 48 del TCE (DOCE C 325/44, de 24.12.2002) y 49 a 55 del TFUE (DOUE C 326/47, de 26 de octubre de 2012).

<sup>771</sup> Véase la Sentencia del TJCE de 12 de julio de 1984 (Asunto 107/83), *Ordre des avocats au barreau de Paris / Onno Klopp*; que tiene por objeto una petición prejudicial dirigida por la *Cour de cassation* de Francia, sobre la interpretación de los artículos 52 y siguientes del TCE.

<sup>772</sup> En el ámbito de las actividades por cuenta propia, véase el apartado 21º de la Sentencia del TJCE de 21 de junio de 1974 (Asunto 2/74), *Jean Reyners / Etat belge*, que tiene por objeto una petición prejudicial dirigida por el *Conseil d'Etat de Belgique* en torno a la interpretación de los artículos 52 y 55 del TCE; referenciada en el Fundamento de Derecho 25º de la STCE de 30 de noviembre de 1995 (asunto C-55/94).

comunitaria, el desplazamiento de un prestador de un servicio a otro Estado miembro sería ejercido en términos temporales<sup>773</sup>.

En este sentido, de conformidad con la regulación comunitaria, la libertad de establecimiento debería ejercerse en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales en función del tipo de actividad, la posibilidad de ejercer dicho derecho y sus condiciones en el Estado miembro de acogida. En cualquier caso, existiría una obligación de tomar en consideración la equivalencia entre diplomas y efectuar una comparación entre conocimientos y aptitudes exigidos por las disposiciones de los Estados miembros en cuestión (el de origen y el de acogida).

Por otro lado, la duración, frecuencia, periodicidad y continuidad de la prestación de servicios, sería el factor determinante, a criterio del Tribunal, para determinar, en sede de libertades comunitarias (establecimiento vs. prestación de servicios) en qué ámbito de aplicación se insertaría cada prestación en particular<sup>774</sup>. En caso de ser «estable y continuada» la actividad profesional prestada, como se apuntaba con anterioridad, el ámbito de aplicación sería el de la libertad de establecimiento<sup>775</sup>.

Las medidas nacionales adoptadas por los Estados miembros sólo podrían limitar el ejercicio de dichas libertades en caso de reunir cuatro requisitos: aplicarse de forma no

---

<sup>773</sup> En el marco de los desplazamientos temporales, con el fin de garantizar los derechos sociales en cada Estado miembro y evitar distorsiones en materia de competencia, se aprobó la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 (DOCE núm. 18, de 21 de enero de 1997), modificada por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018 (DOUE L 173/16, de 9 de julio de 2018), cuya garantía de cumplimiento fue desarrollada a través de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI») (DO L 159 de 28.5.2014, p. 11). Esta Directiva se circunscribe a una serie de materias (períodos máximos y mínimos de descanso, vacaciones, salario mínimo, condiciones de suministro de mano de obra, salud, seguridad e higiene en el trabajo, condiciones de empleo de mujeres embarazadas, niños y jóvenes, igualdad de trato entre hombres y mujeres, entre otras en materia de no discriminación) y establece que, a falta de un sistema de aplicación general de convenios colectivos y laudos arbitrales, los Estados miembros podrían basarse en los que tuvieran efecto general en las empresas pertenecientes a un determinado sector. Esta alternativa sería supletoria ante la ausencia de procedimiento de declaración de aplicación general (véase la STSJUE de 3 de abril de 2008, Asunto C-346/06, *Dirk Rüffert contra Land Niedersachsen*), debiéndose garantizar la igualdad de trato concebido como como sometimiento de las empresas nacionales en situación similar a las mismas condiciones, exigencias y obligaciones. En relación con la obligatoriedad de los convenios colectivos y los laudos arbitrales, véase la STJUE de 24 de enero de 2002 (Sala Quinta) de 24 de enero de 2002, Asunto C-164/99, *Portugalia Construções Lda*, a propósito de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán en un litigio entre una Oficina de Empleo y una empresa portuguesa.

<sup>774</sup> Véase la respuesta a las cuestiones prejudiciales en el Fundamento de Derecho 39º de la STCE de 30 de noviembre de 1995 (asunto C-55/94).

<sup>775</sup> Nótese que, el último apartado del artículo 50 del TCE (DOCE C 325/44, de 24.12.2002), establece que «Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».

discriminatoria<sup>776</sup>, estar justificadas por razones imperiosas de interés general, ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para alcanzarse dicho objetivo<sup>777</sup>.

En relación con la libertad de prestación de servicios, el TCE consideró como tales aquéllas «prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas»<sup>778</sup>. Esta definición por exclusión vendría acompañada, por otro lado, de la incorporación, a título enunciativo, de un listado de actividades económicas que serían encuadrables bajo la noción de «servicio» en el sentido del Tratado: actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal y las propias de las profesiones liberales<sup>779</sup>.

Esta libertad se vio reforzada por la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, conocida como «Bolkestein»<sup>780</sup>, en el marco de la Estrategia de Lisboa<sup>781</sup>. La realización de un auténtico mercado interior y la remoción de los obstáculos que empecieran dicho objetivo fueron los principales hitos que quiso acometer dicha norma, velando por la promoción de actividades económicas armoniosas, equilibradas y sostenibles, un elevado nivel de empleo y protección social, igualdad, competitividad, protección y mejora de la calidad del medio ambiente,

---

<sup>776</sup> La discriminación por razón de nacionalidad sobre el prestador de servicios no constituía, según el TJCE, la única restricción llamada a supresión, sino también cualquiera establecida en términos prohibitivos u obstaculizadores que podían conducir a situaciones discriminatorias por dificultar exclusiva o principalmente la prestación de servicios por parte de actores económicos extranjeros. Véase, sobre este aspecto, el Fundamento de Derecho 16º de la STCE de 5 de junio de 1997 (asunto C-398/95), *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion / Ypourgos Ergasias*; en cuya virtud: «(...) el artículo 59 del Tratado no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio de quien presta servicios, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando la restricción puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos [Sentencia de 25 de julio de 1991, *Säger*, C-76/90, Rec. P. I-4221, apartado 12]». Sobre las restricciones a la libre prestación de servicios, véase GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.). *Libertades económicas, mercado de trabajo...* Op. Cit. Págs. 22-26.

<sup>777</sup> Véase el Fundamento de Derecho 37º de la STCE de 30 de noviembre de 1995 (asunto C-55/94), en relación con la doctrina sentada en esta materia por la Sentencia de 31 de marzo de 1993 (Asunto C-19/92), *Dieter Kraus / Land Baden – Württemberg*, apartado 32.

<sup>778</sup> En estos mismos términos se definió por la Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1981 (Asunto C-279/80), *Alfred John Webb*, Fundamento de Derecho 8º.

<sup>779</sup> Artículo 50 del TCE (DOCE C 325/44, de 24.12.2002) y artículo 57 del TFUE (DOUE C 326/47, de 26 de octubre de 2012).

<sup>780</sup> Esta denominación tiene su origen en el político liberal neerlandés Frederik (Frits) Bolkestein, responsable del mercado interior en la Comisión durante los años 1999-2004. En relación con esta Directiva, véase MONTERO PASCUAL, J. J. «La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de derecho de la Unión Europea*, Núm. 14, 2008 (Ejemplar dedicado a: La directiva relativa a los servicios en el mercado interior, la Directiva Bolkestein). Págs. 103-115.

<sup>781</sup> El punto de partida de la Directiva 2006/123/CE fue el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo denominado «Estado del mercado interior de servicios», COM (2002) 441 final (Bruselas, 30 de julio de 2002) en el cual se identificaban obstáculos que empecían lograr la libre prestación de servicios entre los Estados miembros y las negativas repercusiones de estos sobre la economía europea. Este Informe fue presentado en el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios.

mejora del nivel y calidad de vida, cohesión económica y social así como solidaridad entre los Estados Miembros<sup>782</sup>. La propia Directiva establecía la necesidad de eliminación de dichos obstáculos como una condición *sine qua non* para poder implementar, en la práctica, la estrategia de Lisboa y potenciar la economía europea<sup>783</sup>, en términos de inversión y empleo; siempre buscando el deseado equilibrio entre la «apertura de los mercados y la preservación de los servicios públicos, los derechos sociales y los derechos de los consumidores».

Según la Comunicación de la Comisión Europea de 3 de marzo de 2020 (Bruselas) titulada «Europa 2020»<sup>784</sup>, la plena aplicación de esta Directiva podía aumentar sustancialmente el comercio de servicios (en torno a un 45%) y las inversiones directas (sobre un 25%), elevando el PIC entre el 0,5% - 1,5%. Se trató, pues, de una Directiva que contribuía a simplificar y modernizar el ámbito administrativo y burocrático, para cuyo logro era necesario un elevado compromiso político generalizado en los planos europeo, nacional, regional y local que no se produjo con la celeridad deseada en el momento de su aprobación. La Comunicación de la Comisión Europea identificaba la crisis económica y financiera como principal origen de la ralentización de la implementación e integración de dicha Directiva, al tiempo que llevó a cabo un llamamiento a los Estados para afianzar y renovar el compromiso político para culminar el objetivo de mercado único<sup>785</sup>.

Ahora bien, más allá de la relevancia de dicha norma de derecho derivado vinculada a la libertad de prestación de servicios, plasmada *ut supra* como subsidiaria a la libertad de establecimiento -de aplicación preferente y cuya quiebra será objeto de análisis en relación a la regulación del trabajo portuario en España- de conformidad con el Considerando 21 de dicha Directiva, los servicios portuarios -en los que se insertan la estiba y desestiba de buques-, quedaron expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, sin que por ello pudieran quedar éstos ni los Estados que los regulan a través de su legislación y prácticas internas excluidos del examen de cumplimiento de las libertades constitutivas del mercado único y de la libre competencia, en la medida en que en virtud del artículo 4 del TUE los Estados miembros deben abstenerse de toda medida que pusiera en peligro la consecución de los objetivos de la Unión, al tiempo que el artículo 3.b) del TFUE asigna a la Unión la

---

<sup>782</sup> Según los propios principios contenidos en el artículo 2 del TCE (DOCE C 325/44, de 24.12.2002). La propia exposición de motivos de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, sitúa su génesis en la voluntad de seguir el objetivo fijado por el Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, para mejorar el empleo y la cohesión social, así como lograr un crecimiento económico sostenible «con el fin de hacer de la Unión Europea la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo de aquí al año 2010, con más y mejores empleos».

<sup>784</sup> «EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM/2010/2020 final)».

<sup>785</sup> Véase el apartado 3.1 de la Comunicación de la Comisión Europea: «las tendencias actuales muestran signos de fatiga de la integración y de desencanto con respecto al mercado único. La crisis ha añadido tentaciones de nacionalismo económico. La vigilancia de la Comisión y un sentido compartido de las responsabilidades entre los Estados miembros han impedido una deriva hacia la desintegración. Pero se necesita un nuevo impulso (un compromiso político genuino) para relanzar el mercado único, mediante una adopción rápida de las iniciativas citadas más abajo. Este compromiso político requerirá una combinación de medidas que colmen las lagunas del mercado único».

exclusividad en el establecimiento de las normas en materia de competencia que sean necesarias para el funcionamiento del mercado interior, debiéndose garantizar el efecto útil de los artículos 101 y 102 del TFUE y dotarles de eficacia jurídica directa<sup>786</sup>.

Los citados preceptos de los tratados fundacionales han sido la base de dos teorías doctrinales opuestas. Por un lado, la «excepción de confianza legítima» o también conocida como «excepción por la acción del Estado», que cobra virtualidad en el ámbito sancionador y permite atenuar el grado de responsabilidad o culpabilidad de aquellos comportamientos contrarios al derecho de la competencia en la medida en que éstos pudieren venir alentados por normas o disposiciones públicas dictadas por un Estado<sup>787</sup>. En contraposición con dicha teoría, la jurisprudencia comunitaria creó la «doctrina del efecto útil», en virtud de la cual los Estados deberían abstenerse de dictar o mantener cualquier disposición normativa que avalara o diera cobertura a abusos de posición de dominio entre empresas<sup>788</sup>.

A pesar de que las prácticas contrarias a la competencia que provocan el abuso de la posición de dominio en el mercado -expulsando a determinadas empresas del mercado o impidiéndoles entrar en el mismo- pueden no vulnerar la libertad de circulación si tienen una afectación general para todas las empresas, lo cierto es que en la práctica cualquier conducta contraria a la libre competencia, de forma directa o indirecta, implicaría una restricción de la libertad de circulación, circunstancia que conlleva que la virtualidad de la doctrina sobre el «efecto útil» quede relegada a los supuestos en los que no pueda subsumirse la actuación en la infracción de la libertad de circulación de mercancías (artículo 34 TFUE) y libertad de prestación de servicios (artículo 56 TFUE)<sup>789</sup>.

En materia social, el mercado interior ha de armonizarse a través de legislaciones internas que favorezcan la libre circulación y delimiten la frontera mínima del mercado de trabajo, esto es, las condiciones sociales mínimas infranqueables, pudiéndose optimizar la productividad en el marco de los estados miembros siempre que no se sacrifiquen estos

---

<sup>786</sup> Sobre el efecto útil de los preceptos sobre libre competencia, véase CANEDO ARRILLAGA, M.P. «Poderes públicos y competencia. En busca del efecto útil del Derecho de competencia», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Nº 2, 2020. Págs. 226-253.

<sup>787</sup> El asunto de «Carne de Vacuno» que condujo a que la Comisión sancionara a distintos mataderos franceses por prácticas restrictivas de la competencia, a pesar de que dicha conducta viniera alentada por el Ministerio de Agricultura del gobierno francés, es invocado como ejemplo práctico de esta excepción por GARCÍA CACHAFEIRO, F. «Fundamentos del derecho de la libre competencia» en *Derecho de la libre competencia comunitario y español* (Coord. BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. Y GÓMEZ SEGADE, J. A.). Págs. 58-59.

<sup>788</sup> Entre otras, véase la STJCE de 16 de noviembre de 1977, SA G.B.- INNO-B-M. contra *Association des détaillants en tabac (ATAB)*, Asunto 13/77; STJCE de 10 de enero de 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc* y otros contra SARL «Au blé vert», en el Asunto 229/83 y STJCE de 14 de julio de 1994, Procedimiento penal contra *Matteo Peralta*, Asunto C-379/92.

<sup>789</sup> CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado único... Op. Cit.* Pág. 87 y ss. A propósito de los tres aspectos que integran la libertad de prestación de servicios a propósito de los artículos 56 y 57 del TFUE, véase BARNARD C. *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms... Op. Cit.* Págs. 287 y ss.

mínimos comunitarios<sup>790</sup>. Las fronteras sobre la extensión de los límites en supuestos de desplazamientos temporales u otras situaciones derivadas del ejercicio de las libertades comunitarias son, en ocasiones, difusas, habiéndose dictado, frente a la falta de regulación de medidas *antidumping*, determinada normativa comunitaria con incidencia en la libertad de circulación, cobrando especial importancia la regulación de la negociación colectiva a nivel nacional y a nivel comunitario; en la medida en que la autonomía colectiva puede en ocasiones vulnerar la libre circulación y la libre competencia; como se analizará a continuación.

La jurisprudencia comunitaria, desde sus inicios, ha concebido el fruto de la negociación colectiva como susceptible de distorsionar la libertad de circulación en el marco de la Unión, imponiendo a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros la obligación de inaplicar determinadas disposiciones contrarias a la misma, sin perjuicio de su deber de expulsarlas del ordenamiento jurídico<sup>791</sup>.

Partiendo de la anterior premisa, puede aseverarse que, en la construcción comunitaria, el desarrollo de la relación entre el derecho a la negociación colectiva y las normas reguladoras de la libre competencia y libertades de circulación en el marco de la Unión sigue sin encontrarse positivizada en el Derecho originario o primario, debiendo forzosamente acudir a las resoluciones dictadas por su Tribunal de Justicia para enmarcar aquellos asuntos de mayor calado o dotados de la suficiente trascendencia en orden al posterior análisis del trabajo de la estiba portuaria que se abordará, bajo este prisma, en los subsiguientes epígrafes.

A lo largo de las últimas dos décadas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha logrado articular una doctrina que integre, de forma pacífica, las distintas tradiciones constitucionales de los Estados miembros y el ejercicio de los derechos sociales con las

---

<sup>790</sup> Como recuerda DUQUE GONZÁLEZ, M. en «El actual sistema de negociación colectiva ante la normativa comunitaria», *Revista de Información Laboral* núm. 4/2014, parte Art. Doctrinal, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2014. Pág. 3; parafraseando a SERRANO GARCÍA, J. «Efectos del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en la constitución europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2005, núm. 57, a propósito de la inclusión del contenido del Protocolo Social firmado en Maastricht en el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 (ratificado el 23 de diciembre de 1998, BOE núm. 109 de 7 de mayo de 1999), la referencia al *dumping* social se suprimió desde el momento en que se establecieron unos mínimos comunes a todos los Estados, siendo exigible a todos los socios de la Unión, sin exclusión, los mínimos de política social comunitaria.

<sup>791</sup> Sobre este efecto distorsionador, véase la STJCE de 8 de abril de 1976, Asunto 43-75, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*; STJCE (Sala Sexta) de 27 de junio de 1990, Asunto C-33/89, *Maria Kowalska c/ Freie und Hansestadt Hamburg* y STJCE (Sala Sexta) de 7 de febrero de 1991, Asunto C-184/89, *Helga Nimz c/ Freie und Hansestadt Hamburg*. En relación con la obligación de los órganos judiciales nacionales de inaplicar disposiciones contrarias a la libertad de circulación, véase la STJCE de 9 de marzo de 1978, Asunto 196/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal*, en cuyo Fundamento de Derecho 24º recogió la obligación de «(...) inaplicar, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional (...)» y en el Fundamento 26º estableció que «(...) el Juez nacional tiene la obligación de garantizar la protección de los derechos concedidos por las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación efectiva, por los órganos nacionales habilitados a tal efecto, de las eventuales medidas nacionales que constituyan un obstáculo a la aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias».



libertades económicas y el mantenimiento de la libre competencia en el mercado interior de la Unión. La doctrina ha venido identificando dos posibles escenarios eventualmente resolutive de la cuestión: (i) reconocer y armonizar la competencia de la UE en materia de derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga; (ii) introducir una cláusula social que protegiera los derechos nacionales y su ejercicio de la aplicación del denominado «Derecho Constitucional Económico de la Unión»; opciones ambas que requerirían reformar el Derecho primario<sup>792</sup>.

Con el fin de conformar los estándares interpretativos fundamentales de las libertades económicas y la libre competencia en el marco de la Unión, el Tribunal de Justicia se ha servido del principio de primacía que, en su relación con los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión, ha generado problemas de conciliación entre los pilares fundamentales de la construcción comunitaria y la tradición constitucional de los distintos Estados miembros<sup>793</sup>. En el ámbito que concierne o afecta al presente estudio, vinculado a los convenios colectivos de los distintos Estados miembros en relación con el Derecho primario de la Unión, se advierte que, si bien de todo acuerdo colectivo -fruto de la propia función protectora del Derecho del Trabajo<sup>794</sup>- puede colegirse cierto efecto restrictivo de la competencia, no en todos los casos éste puede ser admisible a la luz de la hermenéutica del TJUE, en función de la «naturaleza» y el «objeto» de las normas convencionales<sup>795</sup>.

En el campo de las libertades económicas de circulación y, en especial, la de prestación de servicios, ha sido necesario ponderar la extensión de la legislación y convenios colectivos a personas desplazadas a otro Estado miembro, sea cual fuere el país de establecimiento del

---

<sup>792</sup> En relación con el concepto de «Derecho Constitucional Económico de la Unión» GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en «Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea», Madrid, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, en la versión publicada en *ResearchGate* en mayo de 2011, alude a la denominación creada por BAQUERO CRUZ, en «Entre competencia y libre circulación, el Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea», *Civitas*, Madrid, 2002; al tiempo que identifica como instrumento idóneo para canalizar el propósito integrador el Tratado de Lisboa, entendiendo que esa fue una oportunidad perdida para resolver uno de los grandes problemas de los que adolece la construcción comunitaria.

<sup>793</sup> El principio de primacía se recoge en las Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa (DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010), en cuya «Declaración relativa a la primacía» se establece que: «La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia». Sobre su dimensión constitucional, véase CALAHORRO A. «La dimensión constitucional del principio de primacía», *Thomson Reuters Aranzadi*, Cizar Menor, 2015.

<sup>794</sup> El objetivo dual de protección de los trabajadores y funcionamiento del sistema económico capitalista, compatible con la disciplina del mercado de bienes y servicios, cuyos conflictos se remontan en las fricciones entre normas laborales y del derecho de la competencia derivadas de la acción sindical y de la estadounidense *Sherman Act* de 1890, es abordado por GOERLICH PESET, J.M. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en «Ordenamiento laboral y disciplina de mercado», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Núm. 5, 2009. Págs. 119-136. En relación con los orígenes de la normativa *antitrust*, derivada de la regulación y jurisprudencia norteamericana, véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia», *Aranzadi*, 2008.

<sup>795</sup> SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-67/96, *Albany*; Asunto C-115/97 a C-117/97, *Brentjen's*; Asunto C-219/97, *Drijvende Bokken* y de 21 de septiembre de 2000, Asunto C-222/98, *Van der Woude*.

empresario, con el respeto de los derechos conferidos a los particulares por las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado de Lisboa; equilibrio que se trató de resolver, al menos desde el plano formal, a través de la reforma del artículo 152 del TFUE y del artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)<sup>796</sup>, éste último, con el mismo valor jurídico otorgado a los Tratados, *ex* artículo 6.1 del TUE<sup>797</sup>.

Partiendo de evidentes déficits en la conformación de un sólido acervo social comunitario<sup>798</sup>, no podemos eludir referirnos al hecho que, el artículo 4 del TFUE, incorporara la «política social» dentro de las competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros, en todos los aspectos definidos en el Tratado, limitando los márgenes de actuación de los miembros comunitarios en el desarrollo de su soberanía en materia social<sup>799</sup>. Ahora bien, resulta innegable que, la vía más directa en este ámbito, ha sido la desarrollada por la jurisprudencia del TJUE, en su ejercicio revisor de las distintas normas estatales en materia laboral y de la Seguridad Social<sup>800</sup> que, en las últimas décadas, se ha intensificado en materia de negociación colectiva a la luz de las libertades de circulación, que han derivado, según parte de la doctrina, en una «subordinación de los derechos sociales al mercado»<sup>801</sup>, situando a los convenios colectivos, como apuntaba Guamán Hernández, en un «conflitto sbilenciato»<sup>802</sup>.

---

<sup>796</sup> El artículo 152 TFUE (DOUE C 83/49, de 30 de marzo de 2010) establece que «La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía» y, el artículo 28 de la CDFUE (DOUE C 364/1, de 18 de diciembre de 2000) establece que «Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga».

<sup>797</sup> DOUE C 83/19, de 30 de marzo de 2010. Véase, sobre esta equiparación, BALLESTER PASTOR, M.A. «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa», *Actualidad Laboral*, Núm. 15, 2009, Tomo 2.

<sup>798</sup> Véase, sobre este particular, entre otros, POIARES MADURO, M. «Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU» *The EU and Human rights*, Vol. 466, Oxford University Press, 1999; HEPPLER, B.; «Social and Labour Rights in a Global Context: International and Comparative Perspective», Cambridge University Press, Cambridge, 1999; BARNARD, C. y DEAKIN, S. «In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights», *Industrial Relations Journal*, Núm. 31, 2004.

<sup>799</sup> Sobre el acervo social comunitario y la evolución de las competencias comunitarias, véase MIRANDA BOTO, J.M. «Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social: panorama y perspectivas de futuro», Ministerio de Trabajo e Inmigración; núm. 92, 2011. Págs. 75-195.

<sup>800</sup> Sobre las distintas materias laborales y de la Seguridad Social cuestionadas por el TJUE véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en *Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación...* *Op. Cit.* Pág. 10. En el ámbito de la libre circulación de mercancías y la gestión de prestaciones sanitarias de la seguridad social, véase la STJCE de 10 de diciembre de 1991, Asunto C-179/90, *Merci*, analizada en el epígrafe 2.2.b) del presente estudio.

<sup>801</sup> FREDMAN, S. «Transformation or dilution: fundamental rights in the EU social space», *European Law Journal*, 2006.

<sup>802</sup> GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en *Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación...* *Op. Cit.* Pág. 11.

La evolución de la negociación colectiva y la expansión de su ámbito objetivo -en ocasiones, *ultra vires*- se situaría en el origen del juego de la disciplina *antitrust* como vía de control de las normas laborales<sup>803</sup>, orientada a garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia legal, según el Protocolo núm. 27 sobre mercado interior y competencia que afirma que el mercado interior (en los términos definidos en el artículo 3 TUE) incluye «un sistema que garantiza que no se falsea la competencia, conviniendo las Altas Partes Contratantes que la Unión tomará, en caso necesario, medidas en el marco de las disposiciones de los Tratados, incluido el artículo 352 del TFUE»<sup>804</sup>.

En este sentido, la incorporación del Protocolo núm. 27 como anexo a los Tratados constitutivos fue una muestra elocuente de la voluntad de la Unión de mantener la libre competencia como uno de los pilares esenciales de la construcción del mercado interior. En su virtud, procede enmarcar los asuntos enjuiciados por el TJCE de mayor calado en materia de compatibilidad entre los convenios colectivos con las disposiciones comunitarias sobre defensa de la competencia, con el fin de dotar de mayor cohesión y consistencia las distintas referencias que a algunos de éstos se realizarán en los subsiguientes epígrafes del presente capítulo, circunscritos a la crisis de la estiba portuaria.

#### *b.2) El «case-law» comunitario como referente hermenéutico para el estudio del sector de la estiba y desestiba*

El núcleo sustantivo del Derecho de la Unión analizado en el precedente epígrafe debe ponerse en relación con los referentes hermenéuticos comparados derivados de decisiones del TJUE, para posteriormente proyectarse sobre la crisis del modelo español de gestión del trabajo de la estiba portuaria y los aspectos principales vinculados con el derecho a la negociación colectiva y a la libre competencia. Con este objeto y fin, se procederán a abordar distintos asuntos enjuiciados por el TJUE a partir de los que emanaron decisiones judiciales con pretensiones de integración del Derecho de la Unión basadas en el sistema de ordenación de fuentes y de relaciones entre aquél y los ordenamientos jurídicos internos. Esta aproximación metodológica se enmarca, en términos conceptuales, en el precedente epígrafe 4.1, al tiempo que lo dota de contenido material.

Los asuntos que afectaron a las empresas *Albany*, *Brentjen's*, *Drijvende Bokken*, fueron los primeros en los que el Tribunal tuvo que cuestionarse si un acuerdo convenido entre empresas y trabajadores podía ser considerado como «pacto entre empresas»<sup>805</sup>. El órgano

---

<sup>803</sup> Sobre las transformaciones de la negociación colectiva en la Europa continental, véase las referencias al Informe Supiot, en *Vid.* 101.

<sup>804</sup> DOUE núm. 115, de 9 de mayo de 2008, que se incorporó como Anexo al TUE y TFUE (DOUE C 83/47, de 30 de marzo de 2010), integrante de la definición del artículo 3 del TUE en virtud del cual se articulaba un sistema que garantizara que no se falseara la competencia.

<sup>805</sup> SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, C-115/97 a 117/97 y C-219/97. Sobre la saga *Albany* y las relaciones entre ordenamiento laboral y disciplina del mercado, véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.

judicial debía resolver tres cuestiones prejudiciales sobre supuestos fácticos acaecidos en Holanda, que giraban en torno a la creación de determinados fondos sectoriales de pensiones mediante convenios colectivos entre empresarios y trabajadores que fueron designados como obligatorios para las empresas de un determinado sector. En virtud del sistema regulador, el Ministro competente podía declarar obligatoria la afiliación a un fondo de pensiones sectorial para todas las empresas de dicho sector. La cuestión que se planteó en dichos asuntos fue la compatibilidad de su regulación con el artículo 82, 85 y 86.1 TCE (actuales artículos 101 y ss. TFUE). Las citadas empresas consideraban de aplicación la normativa de la competencia al entender que los acuerdos en cuestión constituían acuerdos restrictivos de la competencia, al eliminar tanto la libertad de las empresas del sector para afiliarse a fondos distintos como la libertad de utilizar las condiciones de la afiliación como instrumento para mejorar la competitividad, excluyendo a los aseguradores de una parte sustancial del mercado<sup>806</sup>.

Las distintas cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional estatal fueron relativas a (i) si el fondo de pensiones, por su naturaleza, debía entenderse como una «empresa» a los efectos de la aplicación de las normas de la competencia, (ii) si era posible aplicar el artículo 81 TCE al convenio colectivo designante del fondo y (iii) considerar contraria a los artículos 82 y 86 TCE la actuación del Estado de extender la obligatoriedad *erga omnes* de la citada norma convencional.

El abogado general *Jacobs*, en las conclusiones que presentó el 28 de enero de 1999<sup>807</sup>, en su apartado 46º planteó una relación entre convenios colectivos y derecho de la competencia en términos de «inmunidad», acogiendo notas de modelos de tradición anglosajona. Éste partió de la existencia de restricciones sobre la competencia directa derivados de los acuerdos colectivos, afirmando la inexistencia de una excepción social general o inmunidad específica, implícita o explícita, en relación con los convenios colectivos. En este sentido, apuntaba a una suerte de inmunidad limitada que podía amparar cierto tipo de convenios, fundamentada en la necesidad de compaginar la defensa de la competencia con el fomento de la negociación colectiva, de modo que para que se aplicara la excepción el convenio debía cumplir tres

---

*Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación... Op. Cit.* Pág. 14 y ss.; GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.) en *Libertades económicas, mercado de trabajo... Op. Cit.* Pág. 47 y ss; SEMPERE NAVARRO, A. «Los acuerdos colectivos de trabajo y la libre competencia entre empresas», *Aranzadi Social*, núm. 3, 2013 y NOGUERA MOLL, R. (Dir. MIRANDA BOTO, J. M<sup>a</sup>). «La libertad de empresa laboral en el ordenamiento jurídico europeo», *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ed. *Cinca*, 2018. Págs. 196-205.

<sup>806</sup> A criterio de las empresas *Albany, Brentjen's y Drijvende Bokken*, la afectación de la competencia superaba el ámbito nacional y tenía una entidad «sensible», cumpliéndose los requisitos de aplicación de las normas de la competencia tanto en el plano subjetivo como en el material (al ser las partes «empresas» y restringir la competencia en el mercado interior).

<sup>807</sup> Las conclusiones fueron presentadas el 28 de enero de 1999 en los asuntos C-67/96, asuntos acumulados C-115/97 a 117/97 y C-219/97. Sobre la preocupación que este asunto generó entre la doctrina laboralista, véase GÓMEZ MUÑOZ, J.M. «La libre circulación de trabajadores; retrospectiva y evoluciones en el contexto europeo actual», *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Análisis de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Coord. GORELLI HERNÁNDEZ, J.), 2017. Pág. 55 y ss., en un análisis de los fallos enjuiciados por el TJCE (*Viking, Albany, Van Der Woude, Laval, Riffert*, entre otros) de los que se logró imponer el Derecho Económico sobre el Derecho Social.

requisitos: (i) haberse alcanzado en el marco de unas negociaciones formales entre empresarios y trabajadores; (ii) haberse gestado y concluido de buena fe y (iii) tener un contenido adecuado (como versar sobre cuestiones consideradas como «núcleo duro» de la negociación colectiva, a saber, salarios, condiciones de trabajo) y no afectar a terceros o a otros mercados. Especialmente significativa fue la referencia a la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, los sindicatos pudieran ser considerados como «empresas», descartando que así fuera cuando actuaran como agentes representativos de los intereses de los trabajadores de un determinado sector, excluyendo entonces la aplicación del entonces artículo 81 TCE.

La tesis jurídica del abogado general no fue atendida ni desarrollada por el órgano judicial, que apeló una interpretación sistemática y *ad intra* del TCE, para situarse en un plano de análisis muy político y periférico, carente de una profundización que era necesaria en orden a cerrar el debate sobre los límites del derecho de la competencia sobre los convenios colectivos. A este respecto, el Tribunal consideró que «un acuerdo celebrado en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no debe considerarse comprendido, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85.1 del Tratado»<sup>808</sup>. Como apuntó Guamán, el órgano judicial se limitó a analizar la cuestión en el plano normativo comunitario, cuando la negociación colectiva «europea» no existe como tal, ni siquiera un procedimiento que pudiera asimilarse al concurrente en los ordenamientos jurídicos internos, al tiempo que tampoco existe doctrina y pacífica sobre la delimitación del «núcleo duro» referido por el Abogado general<sup>809</sup>.

Dada la ambigüedad y generalidad de las consideraciones jurídicas vertidas por el Tribunal, podría también interpretarse, *a sensu contrario*, que no serían inmunes al derecho de la competencia los convenios colectivos que se refirieran a aspectos de organización o producción; consideración que, como se verá más adelante, de prosperar entre el acervo jurisprudencial comunitario, sería susceptible de desprender sustancial relevancia práctica en el ámbito de la regulación de las disposiciones convencionales contenidas en el IV y V Acuerdos Marco de la estiba portuaria.

La doctrina *Albany* tampoco adquirió especial virtualidad en el primer asunto que se dictó tras su creación, esto es, el Asunto *Van der Woude*<sup>810</sup>, en el cual tanto el Abogado General como el Tribunal entendieron que el acuerdo fue fruto de una negociación entre las asociaciones representativas de los empresarios y las organizaciones representativas de los trabajadores, al tiempo que su objeto (seguro de asistencia sanitaria) contribuía a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores<sup>811</sup>. En definitiva, se trató de una resolución que

---

<sup>808</sup> Apartado 60 de la STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-67/96.

<sup>809</sup> GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en *Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación...* Op. Cit. Págs. 16-17.

<sup>810</sup> STJCE de 21 de septiembre de 2000, Asunto C-222/98.

<sup>811</sup> Apartados 23 y 24 de la STCE de 21 de septiembre de 2000.

tampoco arrojó luz sobre la determinación de las materias cuya regulación debía considerarse como legítima de los convenios colectivos (léase como integrante de su «núcleo duro»).

Una década después, en el año 2010, el TJUE, a propósito del Asunto C-271/08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, que planteaba la cuestión relativa a cómo conciliar el derecho a la negociación colectiva y las libertades de establecimiento y prestación de servicios, rechazó la aplicación analógica de la jurisprudencia *Albany* que era defendida por el Gobierno alemán, en el marco de la designación de entidades aseguradoras en un convenio colectivo para ejecutar planes de pensiones de empleo, al haberse planteado el procedimiento por incumplimiento (por parte de la Comisión Europea) en relación con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios<sup>812</sup>, aludiendo a jurisprudencia anterior sentada tanto en el asunto *Viking Line*, a la que nos referiremos *ad infra* -en virtud de la cual las cláusulas de los convenios colectivos no podían quedar excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones reguladoras de las libertades de circulación- como al asunto *Laval*, a la luz del cual el ejercicio del derecho a la negociación colectiva debía conciliarse con las exigencias derivadas de las libertades protegidas por el TFUE y con el principio de proporcionalidad<sup>813</sup>.

En las conclusiones, la Abogada General, partiendo del «principio de igualdad de rango de ambas posiciones jurídicas, recíprocamente limitables», y haciendo crítica del método seguido

---

<sup>812</sup> Los apartados 45 y 46 de la STJCE dictada el 15 de julio de 2010 en el Asunto C-271/08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, reconocieron que, si bien el Tribunal de Justicia «había declarado, en particular, en las sentencias *Albany* y *Van der Woude* (...) que, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, un convenio colectivo celebrado entre organizaciones representativas de empresarios y trabajadores que aplique, en un sector determinado, un régimen de pensiones complementario gestionado por un fondo de pensiones respecto del cual la afiliación es obligatoria, no está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE (...) este razonamiento no prejuzga en absoluto la diferente cuestión (...) relativa al respeto, en relación con la designación de las entidades aseguradoras (...) de las normas de la Unión relativas a la aplicación de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios en materia de contratos públicos, en el marco de un convenio colectivo de trabajo para empleados públicos». Así pues, en este asunto, a diferencia de los que se abordarán *ad infra* (*Laval* y *Riiffert*), no se enjuiciaba un determinado desplazamiento transnacional de trabajadores, sino el acomodo al acervo comunitario de una adjudicación realizada por administraciones locales y empresas municipales de contratos de servicios de planes de pensiones a determinadas empresas que eran fijadas en los convenios colectivos negociados entre las administraciones públicas y sus empleados. A resultas de las normas convencionales, las administraciones locales restringían su poder de elección de las entidades gestoras del sistema de pensiones, *so pena* de incurrir en una vulneración del convenio colectivo. La Comisión consideró que la regulación nacional no se había realizado siguiendo lo dispuesto en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios y, a partir de 1 de febrero de 2006, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, deduciendo por ello el recurso por incumplimiento origen del procedimiento. El Tribunal, negó la transposición de la doctrina *Albany* al caso enjuiciado y aseveró que el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva debía conciliarse con las libertades del TFUE y el principio de proporcionalidad. Sobre las libertades económicas y la contratación pública, con especial referencia al Asunto *Comisión contra Alemania*, véase GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.), en *Libertades económicas, mercado de trabajo... Op. Cit.* Pág. 31 y ss.

<sup>813</sup> Véanse estas referencias en los apartados 42 y siguientes de la STJCE de 15 de julio de 2010, dictada en el Asunto C-271/08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*. Sobre el test de proporcionalidad, que comprende el de adecuación y necesidad, véase BARNARD C.; *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms... Op. Cit.* Págs. 175 a 178.

por el Tribunal en las Sentencias *Viking* y *Laval* (a propósito de las que consideró que el Tribunal resolvía los conflictos entre el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades fundamentales invocando las causas de justificación de las restricciones de las libertades fundamentales «consagradas» en el Derecho primario y causas de justificación contenidas en la jurisprudencia, partiendo de una relación jerárquica entre libertades y derechos fundamentales, de sujeción de los segundos a las primeras) entendió que la ponderación o valoración judicial, prescindiendo de preconcebidas relaciones jerárquicas o de supeditación, debía centrarse en analizar «si, a la luz de las circunstancias del caso, las libertades fundamentales podían justificar una limitación de los derechos fundamentales de negociación colectiva y de autonomía negocial o si, al revés, estos derechos fundamentales exigían una limitación del ámbito de aplicación de estas libertades fundamentales y de las normas del Derecho secundario basados en las mismas». Por tanto, el análisis debía circunscribirse a determinar si la restricción de las libertades objeto de denuncia por la Comisión Europea era «idónea, necesaria y proporcionada» para alcanzar los objetivos perseguidos por los derechos fundamentales de negociación colectiva y de autonomía negocial; parámetros que a criterio de la Abogada General se cumplían parcialmente (la medida era idónea, pero no necesaria, adecuada ni proporcionada, pues la protección de las condiciones de empleo no requería la concreción o selección de las empresas, habiendo sido posible optar por un método de licitación pública). En el examen de la cláusula convencional, el Tribunal analizó si ésta mejoraba el nivel de pensiones de jubilación, realizaba las libertades de establecimiento y prestación de servicios y abría o no la competencia a escala de la Unión<sup>814</sup>, concluyendo que, a pesar de perseguir mejoras en sus condiciones, éstas también se podían lograr a través de la introducción de cláusulas sociales en condiciones de licitación pública, que permitirían garantizar el interés tanto de las empresas municipales como de los trabajadores, abriendo la puerta a una mayor oferta de servicios en el marco de la Unión.

Deben destacarse algunas referencias de las conclusiones de la Abogada General en el asunto C-271/08, en la medida en que, de nuevo, se pretendió realizar una interpretación, en sede conclusiva, más extensiva y de fondo que tampoco tuvo reflejo en la Sentencia que se dictó. Basándose en las conclusiones emitidas por los Abogados *Jacobs* (en el Asunto *Albany*) y *Fennelly*<sup>815</sup> (en el asunto *Van der Woude*), ésta entendió que en estos precedentes debían interpretarse en el sentido de que, en el Derecho primario, existía un límite derivado del artículo 81 TCE respecto a los convenios colectivos con determinado contenido, relativo a la «mejora del empleo y del trabajo», no pudiendo ser acogida la tesis del Gobierno alemán relativa a la aplicación de la doctrina *Albany* toda vez que, aunque tanto las libertades de circulación como las normas de la competencia pretendieran alcanzar un objetivo común, cual sería la realización del mercado interior, la exclusión del ámbito de las normas de la competencia no podía implicar, de forma necesaria y automática, la exclusión del ámbito de aplicación de las normas sobre libertades de circulación; en los mismos términos que lo

---

<sup>814</sup> Véase apartado 52 de la TSJCE de 15 de julio de 2010.

<sup>815</sup> En cuya virtud consideró aplicable la exención cuando el convenio colectivo se limitara estrictamente «a regular condiciones de trabajo», abundando sobre la tesis de la inmunidad limitada (Conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2000, STJCE de 21 de septiembre de 2000; Asunto C-222/98).

entendió el Abogado General *Poiares Maduro* en las conclusiones alcanzadas en el Asunto *Viking*<sup>816</sup>.

Por último, en relación con la libre competencia, no podemos eludir referirnos a la STJUE de 4 de diciembre de 2014, *FNV Kunsten Informatie*, dictada en el Asunto C-413/13, en el que el Tribunal se mantuvo fiel a la jurisprudencia *Albany* y recordó que el Derecho de la Unión debía interpretarse en el sentido de que únicamente quedaría excluida del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1º, aquella disposición de un convenio colectivo que estableciera unos honorarios mínimos para el prestador autónomo de servicios afiliado a una de las organizaciones de trabajadores que celebraren dicho convenio y que, por la vía de un contrato por obra o servicio, efectuara para un empresario la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste (léase, un «falso autónomo»)<sup>817</sup>.

El Asunto *FN Kunsten*<sup>818</sup> giraba en torno a la validez de un texto convencional holandés para músicos sustitutos de orquestas. En el sistema jurídico del país en cuestión, los trabajadores autónomos tenían libertad de afiliación a cualquier sindicato, asociación profesional o empresarial. El convenio colectivo establecía unos honorarios mínimos que eran de aplicación tanto para los músicos sujetos al régimen laboral (cuenta ajena) como a los que prestaban sus servicios por cuenta propia. El TJUE consideró que no existía la «inmunidad»<sup>819</sup> propia de los convenios colectivos en los acuerdos de interés profesional, considerando excluidas del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE las disposiciones

---

<sup>816</sup> Conclusiones de 23 de mayo de 2007, presentadas el 11 de diciembre de 2007, Asunto C-438/05, *Viking Line*, apartado 26. Sobre la libertad de establecimiento *versus* la acción sindical, a propósito de esta Sentencia, en materia de *dumping* social asociado a cambios de pabellón de buques, en la que se afirmó que las empresas privadas podían oponer la libertad de establecimiento frente a acciones sindicales de conflicto colectivo que fueran adoptadas por sindicatos y que restringieran el ejercicio de esta libertad empresarial, véase GOERLICH, PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.) en *Libertades económicas, mercado de trabajo... Op. Cit.* Pág. 19 y ss. Sobre el «dumping» social en el interior de la Unión Europea en relación con el Asunto *Laval*, véase QUADRASALCEDO JANINI, T. «TJCE- Sentencia de 18.12.2007, *Laval*, C-341/05- Libre prestación de servicios-Desplazamiento de trabajadores – La supuesta legalización del ‘dumping’ social en el interior de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 12, Nº 31, 2008. Págs. 835-848. A propósito de las libertades fundamentales y las medidas de conflicto colectivo, véase TAPIA HERMIDA, A. «Libertades fundamentales (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y medidas de conflicto colectivo», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, Núm. 301, 2008. Págs. 79 a 116; ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. «Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Núm. 101, 2009. Págs. 243-253; RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. «Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo», *Temas laborales: Revista andaluza de derecho y bienestar social*, Núm. 100, 2, 2009 (Ejemplar dedicado a: Las Relaciones Laborales en Andalucía). Págs. 517-550.

<sup>817</sup> Sobre el recorrido de las distintas Sentencias dictadas bajo la «estela» *Albany*, hasta llegar a la STJUE de 4 de diciembre de 2014, Asunto C-413/13, *FNV Kunsten Informatie*, véase GÓMEZ MUÑOZ, J.M. *Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo... Op. Cit.* Págs. 55 a 61.

<sup>818</sup> Sobre este asunto, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO-FERRER, M. «Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo», *Diario La Ley*, Nº 8462, 2015.

<sup>819</sup> La doctrina jurisprudencial de los años 90 ha ido evolucionando hacia la no inmunidad de los convenios colectivos frente a las libertades económicas comunitarias. En este sentido, véase ESTEVE SEGARRA, A. en «Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: la ordenación jurídico-laboral española de la actividad de los estibadores portuarios», *Trabajo y Derecho*, Nº 7-8, Julio 2015, Ed. Wolters Kluwer. Pág. 11.



convencionales que establecieran honorarios mínimos para los autónomos afiliados a alguna de las organizaciones firmantes del convenio que realizaran la misma actividad que un trabajador por cuenta ajena y que fuera considerado como «falso autónomo», en situación comparable con un trabajador por cuenta ajena. La particularidad determinante para el fallo en ese caso era que, en la negociación del texto convencional, concurrían determinadas organizaciones de trabajadores que representaban tanto los intereses de empleados por cuenta ajena como otros por cuenta propia, siendo, estos últimos, calificables como «empresa» en los términos de la tradicional doctrina del TJUE, actuando dichas organizaciones como asociaciones de empresas en la función representativa ejercida para dichos trabajadores por cuenta propia<sup>820</sup>.

En el ámbito de las libertades comunitarias, es patente que el modelo de integración jurídica basado en el recurso a instrumentos de Derecho derivado se ha visto desplazado por el método de «soft law», basado en la coordinación o labor de integración negativa a través de la extensión jurisprudencial del ámbito de aplicación de las libertades de circulación; perviviendo todavía un claro déficit en la armonización de las cuestiones relativas a las condiciones salariales o, sobre todo, en materia de negociación.

Antes de la entrada en vigor de la Directiva 96/71/CE<sup>821</sup>, aprobada en orden a resolver los problemas derivados de la definición de la norma aplicable a las relaciones laborales, la cláusula que utilizaba el Tribunal de Justicia en los asuntos que le eran sometidos señalaba que «el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo concluidos por los agentes sociales, a toda persona que realice un trabajo asalariado, incluso de carácter temporal, en su territorio, sea cual sea el país de establecimiento del empresario»<sup>822</sup> y tampoco «prohíbe a los Estados miembros imponer el cumplimiento de dichas normas por los medios adecuados»<sup>823</sup>. Ahora

---

<sup>820</sup> CABEZA PEREIRO, J. en *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo...* Op. Cit. Págs. 5-6, reflexiona sobre la posible colisión de esta interpretación con nuestro Derecho interno y, en concreto, los acuerdos de interés profesional regulados en los artículos 3.2 y 13 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, debiendo sujetarse a un «test de ponderación» en el que las cláusulas a favor de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) se valoren en términos de mejora de la producción o de la distribución o progreso económico, así como sobre su prohibición y/o inaplicación.

<sup>821</sup> Directiva 96/71/CE del Parlamento y del Consejo de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOCE Núm. L 18/1, de 21 de enero de 1997). Esta Directiva ha sido interpretada de forma extensa por la jurisprudencia del TJUE, siendo uno de sus últimos pronunciamientos, la STJUE de 12 de febrero de 2015, Asunto C-396/13, *Sähköalojen ammattiliittory*, dictada a propósito del análisis de la validez de una norma polaca alegada por una empresa de esa nacionalidad que desplazaba a sus trabajadores a Finlandia, que negaba la legitimación a los sindicatos finlandeses del sector eléctrico a poder plantear ante sus propios tribunales una reclamación por créditos salariales reconocidos por el convenio finlandés del sector a estos trabajadores desplazados. El TJUE, amparándose en la doctrina *Laval*, negó la posibilidad de que la empresa polaca impidiera a los sindicatos finlandeses ejercer acciones judiciales de reclamación de salarios para sus propios trabajadores desplazados; resolución que es una muestra elocuente de la pervivencia de la línea jurisprudencial marcada por la citada doctrina.

<sup>822</sup> STJCE de 27 de marzo de 1990, Asunto C-113/89, *Rusch Portuguesa*.

<sup>823</sup> STJCE de 3 de febrero de 1982, Asuntos acumulados C-62/81 y C-63/81, *Sevo*; STJCE de 23 de noviembre de 1999, Asuntos C-369/96 y C-376/96, *Arblade*; entre otras posteriores.

bien, en la aplicación de las normas sociales sobre protección de los trabajadores que fueran limitativas de las libertades de circulación, la jurisprudencia del TJUE sentó un examen hermenéutico basado en cuatro condiciones habilitantes a la aplicación de la restricción o limitación, cuales fueron: (i) las normas debían estar justificadas por razones imperiosas de interés general; (ii) las normas debían aplicarse a cualquier persona o empresa que ejerciera una actividad en el Estado de destino<sup>824</sup>, (iii) el interés a proteger no debía estar previamente salvaguardado por las normas a las que estuviera sujeto el prestador en el Estado miembro en el que estuviera establecido y (iv) las normas debían ser necesarias y proporcionadas para la protección de los trabajadores afectados<sup>825</sup>.

En definitiva, antes de la aprobación de la mentada Directiva, la referencia normativa a la que acudía el Tribunal era el artículo 6 del anterior Convenio de Roma sobre las obligaciones contractuales<sup>826</sup>. Tras su entrada en vigor, dicha Directiva se erigió en la norma de conflicto aplicable en supuestos de desplazamientos transnacionales en el marco de prestaciones de servicios<sup>827</sup>, aunque en la práctica no se haya logrado compatibilizar sus objetivos con la protección de los trabajadores -como se verá a continuación-, identificándose la negociación colectiva como instrumento susceptible de obstaculizar la libertad de prestación de servicios

---

<sup>824</sup> STJCE de 23 de noviembre de 1999, Asunto C-369/96 y C-376/96, *Arblade*, apartados 34 y 35; STJCE de 15 de marzo de 2001, Asunto C-165/98, *Mazzoleni*, apartados 24 y 25, con cita de las Sentencias de 17 de diciembre de 1981, Asunto 279/80, *Webb*, entre otras. Esta doctrina es reiterada en la STJCE de 24 de enero de 2003, Asunto C-164/99, *Portugaia* y STJCE de 12 de octubre de 2004, Asunto C-60/03, *Wolff & Müller*. Como apunta GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.) en *Libertades económicas, mercado de trabajo... Op. Cit.* Pág. 13, a propósito del «principio del país de origen» o «cláusula del mercado interior», en la libre prestación de servicios transfronteriza, en virtud de los que prevalece el derecho del país de origen. Los límites a la aplicación de este principio se situarían en el país de recepción del servicio que protejan un interés general, que no esté protegido de antemano por las normas del país de origen; lo cual requiere una previa comparación entre las dos legislaciones nacionales confrontadas, a efectos de delimitar si el interés se encuentra o no protegido y si esta protección alcanza un nivel similar (principio de «no duplicidad»). Tras la Sentencia *Webb*, el Tribunal retomó la cuestión sobre la cesión de trabajadores (como servicio a efectos de la disposiciones de libre circulación) con regulaciones estatales restrictivas o prohibitivas, en los Asuntos derivados de dos recursos de incumplimiento contra Alemania e Italia (STJCE de 25 de octubre de 2001, Asunto C-493/99, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* y STJCE de 7 de febrero de 2002, Asunto C-279/00, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*). En ambos asuntos las normas estatales examinadas imponían a las empresas de trabajo temporal la tenencia de un domicilio social o una sucursal en el territorio nacional, o bien la obligación de constituir una fianza, exigencias que fueron consideradas contrarias a la libre prestación de servicios. GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.) en *Libertades económicas, mercado de trabajo... Op. Cit.* Pág. 23 y ss., analiza algunas actuaciones normativas estatales dirigidas a garantizar los derechos de los trabajadores a la luz de las libertades de circulación.

<sup>825</sup> Para un extenso análisis de los principios de justificación del objetivo a la luz de los principios de derecho comunitario, no discriminación, no duplicidad y proporcionalidad del sacrificio, véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «La incidencia de las libertades de circulación comunitarias en el Derecho del Trabajo: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del TCE», *Revista Aranzadi Unión Europea*, Núm. 6, enero de 2008.

<sup>826</sup> Los conflictos de leyes derivados de la determinación de la norma aplicable al contrato de trabajo se resolvían a través del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980 (80/934/CEE), superado por el Reglamento (CE) Núm. 593/2008 del Parlamento y del Consejo de 7 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), aplicable desde el 17 de diciembre de 2009.

<sup>827</sup> Sobre la codificación de la jurisprudencia anterior a esta Directiva y para una crítica a los objetivos asignados a esta norma de Derecho derivado por el Tribunal de Justicia, véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en *Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación... Op. Cit.* Pág. 33-34.

en caso de no adoptarse los acuerdos colectivos según las pautas fijadas en la Directiva 96/71. Exponentes de esta situación son los Asuntos *Laval*<sup>828</sup>, *Rüffert*<sup>829</sup> y *Comisión contra Luxemburgo*<sup>830</sup>, denominados por Guamán Hernández como «la saga Laval», a los que nos referiremos a continuación. Según Goerlich Peset, el denominador común de los tres asuntos radica en que en todos ellos el conflicto nace como reacción o como prevención de maniobras empresariales que, haciendo uso de las libertades de circulación reconocidas por el TCE, pretenderían aprovechar las diferencias existentes entre los estándares laborales estatales para conseguir un mayor beneficio económico, optando por aplicar a sus trabajadores la normativa con menor protección social<sup>831</sup>.

Tal como se advertía *ut supra*, tras el Asunto *Van der Woude*, el Tribunal de Justicia no había vuelto a analizar los convenios colectivos a la luz de la libre competencia y el mercado interior, siendo su ámbito recurrente el de las restricciones que sobre las libertades de circulación provocaban las normas que disciplinaban las relaciones de trabajo. Ahora bien, el asunto *Viking*<sup>832</sup> marcó un antes y un después en la jurisprudencia del TJUE, a través de una construcción argumental que removió los problemas concurrentes para la aplicación a los convenios colectivos (y acciones colectivas) de las normas reguladoras de las libertades de circulación, cuales eran: (i) la imposición de límites derivados de la aplicación de las libertades comunitarias al legítimo ejercicio de derechos fundamentales según la normativa estatal y (ii) la eficacia de las libertades económicas comunitarias frente a terceros.

En relación con la primera cuestión, sobre los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, el TJCE reconocía el derecho de huelga como fundamental e integrante de los principios generales del Derecho comunitario, en base al artículo 28 de la Carta de Niza<sup>833</sup> y en las legislaciones y prácticas nacionales, si bien reconocía que su ejercicio debía estar sujeto a ciertas restricciones, invocando la doctrina jurisprudencial previa en virtud de la cual, a pesar de que la protección de los derechos fundamentales constituiría un interés legítimo susceptible de justificar una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, éstos no estaban excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del

---

<sup>828</sup> STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-341/05, *Laval*. Sobre el origen de la fuerte crítica que fue dirigida por los sindicatos europeos al considerar dicha resolución como legalizadora del *dumping* social en el marco de la Comunidad, véase DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, T. «TJCE -Sentencia de 18.12.2007, *Laval*, C-341/05- libre prestación de servicios – desplazamiento de trabajadores – la supuesta legalización del *dumping* social en el interior de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 31, Madrid, septiembre/diciembre (2007). Págs. 835-848.

<sup>829</sup> STJCE de 3 de abril de 2008, Asunto C-346/06, *Rüffert*.

<sup>830</sup> STJCE de 19 de junio de 2008, Asunto C-319/06, *Comisión contra Luxemburgo*.

<sup>831</sup> GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.), en *Libertades económicas, mercado de trabajo... Op. Cit.* Pág. 29 y ss.

<sup>832</sup> STJCE de 11 de diciembre de 2007, Asunto C-438/05, *Viking*.

<sup>833</sup> Este precepto es interpretado por la Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-341/05, apartado 91, *Laval*, en el mismo sentido que en el Asunto *Viking*, esto es, que el derecho a la huelga debe respetar tanto los sistemas normativos estatales (y sus fronteras) como los límites que se derivan del Derecho de la Unión.

Tratado, debiéndose conciliar éstos con las exigencias relativas a los derechos protegidos por el Tratado (libertades comunitarias) y con el principio de proporcionalidad<sup>834</sup>; con cita del asunto *Schmidberger*<sup>835</sup> (en relación con la libre circulación de mercancías) y *Omega*<sup>836</sup> (a propósito de la libre prestación de servicios). En consecuencia, el derecho de huelga no adquirió una dimensión comunitaria ni una protección adicional a la existente en los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, quedando tutelado en los términos y medida que lo estableciera cada país miembro y siendo susceptible, en virtud de la doctrina *Viking*, de condicionarse o limitarse por el ejercicio de las libertades económicas comunitarias<sup>837</sup>.

La remoción de los obstáculos sobre las libertades de circulación en el ejercicio de las acciones de particulares, que ya había sido tratada en el Asunto *Schmidberger*<sup>838</sup>, fue interpretada por el Tribunal como prohibición de establecer restricciones cuantitativas a la importación o exportación así como cualquier medida equivalente a las mismas que forzara a los estados a adoptar comportamientos que constituyeran obstáculos para los intercambios, hasta el punto de obligar a las autoridades nacionales competentes a actuar en pro de la libertad comunitaria en el caso de advertir un obstáculo a su ejercicio efectivo en los términos reconocidos por el derecho originario<sup>839</sup>.

Al mismo tiempo, a tenor del apartado 33 de la Sentencia dictada en el Asunto *Viking*, más allá de la responsabilidad del Estado en el ejercicio de su función de control de las actuaciones de los particulares, también se concebiría como susceptible de control directo cualquier actuación de particulares (y no únicamente de las autoridades públicas) que regularan colectivamente el trabajo por cuenta ajena, el trabajo por cuenta propia y las prestaciones de servicios (como los convenios colectivos), pues de limitarse a los actos de las autoridades públicas, ello podría generar desigualdades en su aplicación. Ahora bien, entendemos que no concreta la jurisprudencia comunitaria cuál sería el cauce y la legitimación necesaria para poder articular una denuncia en esta materia frente al Tribunal comunitario, que parece abrirse como «vía directa de control»<sup>840</sup> la cual, *a priori*, parece que debería plantearse a través

---

<sup>834</sup> Véase el apartado 44, 45 y 46 de la Sentencia dictada en el Asunto *Viking*.

<sup>835</sup> STJCE de 12 de junio de 2003, Asunto C-112/00, *Schmidberger*. A propósito del principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales como límites a las medidas que restringen la libre circulación, véase, con cita del Asunto C-112/00), BARNARD C. *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms...* Op. Cit. Págs. 190-191.

<sup>836</sup> STJCE de 14 de octubre de 2004, Asunto C-36/02, *Omega*.

<sup>837</sup> Esta Sentencia es objeto de crítica, entre otros, por ROJO TORRECILLA, E.; «La sentencia Viking: algo más que un paso atrás en los derechos de los trabajadores europeos y del modelo social europeo», *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 14 de diciembre de 2007; GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en *Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación...* Op. Cit. Pág. 36 y ss.

<sup>838</sup> También se abordó en la Sentencia de 9 de diciembre de 1997, Asunto C-265/95, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*.

<sup>839</sup> Véase el apartado 62 de la STJCE de 12 de junio de 2003, Asunto C-112/00, *Schmidberger*.

<sup>840</sup> Así la denomina GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en *Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación...* Op. Cit. Pág. 38.

de los procedimientos de impugnación de normas convencionales o de acciones sindicales reguladas en el orden interno, caso de otorgar éstos la preceptiva legitimación a los «particulares» afectados por la obstaculización de la correspondiente libertad económica.

Partiendo del precedente acervo jurisprudencial, y descendiendo a la anteriormente anunciada como «saga Laval», se observa que en el Asunto *Laval* el Tribunal debió resolver un supuesto en el que esta empresa letona desplazó a 35 obreros de la misma nacionalidad a realizar trabajos en un municipio sueco, en el marco de un contrato de obra adjudicado en una licitación pública. Una vez iniciadas las tareas de construcción, la sección local de la Federación sueca de obreros de la construcción contactó con la empresa letona para concertar un acuerdo de adhesión al convenio colectivo de la construcción, con el objetivo fundamental de negociar los salarios. La empresa Laval se opuso a la adhesión a la norma colectiva sueca, firmando un convenio con el sindicato letón de los obreros de la construcción. Con ocasión de esta actuación, el sindicato sueco emprendió distintas acciones colectivas, algunas de paralización de la actividad, motivo por el cual el contrato adjudicado fue objeto de resolución por la otra parte contratante. Fue a través de la Sentencia dictada en el asunto que el Tribunal de Justicia creó una rígida hermenéutica aplicable en casos de desplazamientos en el marco de una prestación transnacional de servicios, entendiendo que el obstáculo de las medidas colectivas adoptadas en ese supuesto no eran justificables a la luz del objetivo perseguido<sup>841</sup>, parámetro interpretativo que marcó los posteriores Asuntos *Rüffert* (C-346/06)<sup>842</sup> y *Comisión contra Luxemburgo* (C-319/06)<sup>843</sup>, dictadas a la luz de la Directiva 96/71/CE.

---

<sup>841</sup> Véanse los apartados 108 a 110 de la resolución judicial dictada en el Asunto C-341/05, *Laval*.

<sup>842</sup> El Asunto C-346/06, *Rüffert* (STJCE de 3 de abril de 2008), se originó en la aplicación de una Ley del Land de la Baja Sajonia sobre la contratación pública, que contenía disposiciones en materia de adjudicación de contratos públicos de una cuantía de 10.000 euros con carácter mínimo, imponiendo a las empresas adjudicatarias, con independencia de su nacionalidad, la obligación de abonar como mínimo los salarios fijados en los convenios colectivos no declarados de eficacia *erga omnes*. En concreto, el artículo 3.1 de la «Ley del Land» establecía que «Los contratos de obras sólo podrán adjudicarse a las empresas que en la licitación se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios pertinentes, como mínimo, la retribución establecida en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la prestación de tales servicios, al tiempo previsto en ese convenio (...)». El Tribunal consideró (léase el apartado 35 y ss.) que un Estado miembro no podía exigir, en virtud de la Directiva 96/71, a las empresas establecidas en otros Estados miembros, una cuantía de salario como la prevista en virtud del convenio colectivo en cuestión, toda vez que el objetivo de dicha Directiva era lograr la libre prestación de servicios, como una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado; imponiéndose a través de la norma del Land una carga económica adicional susceptible de impedir, obstaculizar o hacer menos atractiva la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida, constituyendo por tanto la medida del asunto una restricción en el sentido del artículo 49 TCE; medida que no estaría justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores. Para un riguroso análisis del asunto, véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso *Rüffert*», *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, Vol. 1, Núm. 5, Julio 2008. Págs. 47-59.

<sup>843</sup> El Asunto C-319/06, *Comisión contra Luxemburgo* (STJCE de 19 de junio de 2008), enjuició un recurso por incumplimiento formulado por la Comisión contra Luxemburgo por vulnerar, a través de la Ley de 20 de diciembre de 2002 (norma de transposición al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 96/71) el artículo 3.1 y 10 de la citada Directiva, al obligar a las empresas establecidas en otro Estado miembro que desplazaran sus trabajadores a Luxemburgo, entre otras cuestiones, a cumplir condiciones de trabajo y empleo que iban más allá de lo dispuesto en la citada norma de Derecho derivado, fijando además condiciones con carácter ambiguo susceptibles de disuadir a las empresas que desearan desplazar trabajadores a Luxemburgo de ejercer su libertad

No cabe duda, pues, de que la diversidad de los sistemas nacionales de negociación colectiva reconocida por el artículo 152 TFUE ha dado lugar, a través de la «saga Laval» a un abundante contenido de «soft law» en materia de interpretación de la Directiva 96/71 en relación con las distintas restricciones de la libertad de prestación de servicios derivadas de los sistemas nacionales de negociación colectiva.

En concreto, el artículo 3 de la Directiva realiza un llamamiento a los Estados miembros para que, cualquiera que sea su legislación laboral aplicable, garanticen a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional las condiciones de trabajo enumeradas en dicha disposición, de entre las que destaca, por su conflictividad, la salarial. Según la hermenéutica del Tribunal, plasmada en la argumentación consignada en las Sentencias de los Asuntos *Laval* y *Comisión contra Luxemburgo*, a través del citado precepto se buscarían dos objetivos: por un lado, lograr una competencia legal entre las empresas nacionales y las empresas a las que se desplazaran los trabajadores a realizar una prestación de servicios transnacional, en relación con determinadas materias de trabajo y empleo y, por otro lado, asegurar a los trabajadores desplazados la aplicación de las disposiciones mínimas de protección del Estado miembro de acogida en relación con las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias relacionadas durante el desarrollo temporal de actividades en el territorio del citado Estado miembro<sup>844</sup>.

A pesar de reconocer el Tribunal, en el Asunto *Laval* (apartado 79º), que la Directiva establece que lo dispuesto en los apartados 1º a 6º del artículo 3 de dicha norma no serían obstáculo en orden a la aplicación de condiciones de trabajo y empleo que fueran más favorables para los trabajadores, el órgano judicial consideró que dicho precepto, en su apartado 7º<sup>845</sup>, no podía interpretarse en el sentido de permitir al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al previo cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que excedieran o fueran más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima, pues tal interpretación privaría de eficacia la directiva. De hecho, en relación con las materias reguladas en los apartados a) a g)<sup>846</sup>, la propia Directiva,

---

de prestación de servicios, calificando como de «orden público» las disposiciones convencionales, pretendiendo incorporar la regulación de la negociación colectiva en el elenco de materias reguladas en el artículo 3.1 de la Directiva, por la vía del artículo 3.10 de la misma, en cuya virtud «La presente Directiva no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados, por igual, condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público (...)». El TJCE estimó íntegramente el recurso por incumplimiento y declaró que el Gran Ducado de Luxemburgo había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 3.1 de la Directiva, en relación con su apartado 10 y los artículos 49 y 50 TCE. Las conclusiones emitidas por el Abogado General *Trstenjak* fueron presentadas el 13 de septiembre de 2007 y fueron compartidas por el Tribunal.

<sup>844</sup> Apartados 74 y 76 de la STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asunto C-341/05, *Laval*.

<sup>845</sup> El artículo 3.7 de la Directiva 96/71/CE establece, expresamente, que «Lo dispuesto en los apartados 1 a 6 no impedirá la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores (...)».

<sup>846</sup> Períodos máximos de trabajo y de descanso (a), duración mínima de las vacaciones retribuidas (b), cuantías de salario mínimo, horas extraordinarias (c), condiciones de suministro de mano de obra -en particular por parte de agencias de trabajo interino- (d), la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo €, las medidas de

en su artículo 3.1, párrafo primero, establece el grado de protección susceptible de exigirse por el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros. En este sentido, el grado de protección establecido en relación con dichas materias se erigirá en un techo insuperable (de «máximos»)<sup>847</sup>, privándose de efecto la Directiva 96/71 en caso de exigirse mayores niveles de protección<sup>848</sup>.

Si acudimos a la habilitación contenida en el apartado 10º del artículo 3 de la Directiva 96/71, en virtud del cual los Estados miembros podrían imponer condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas específicamente en el apartado 1º, párrafo 1º, letras a) a g) del artículo 3, de conformidad con el Tratado y en la medida en que se tratara de disposiciones de orden público que se aplicaran de igual modo a las empresas nacionales y a las de otros Estados miembros, se advierte que el TJCE también restringió o limitó la capacidad de calificación de las disposiciones (como de «orden público») a los Estados miembros en caso de afectar al contexto comunitario, en la hermenéutica consignada en el Asunto *Comisión contra Luxemburgo*. Así, en su apartado 119º el Tribunal consideró que el artículo 46 TCE (actual artículo 52 TFUE)<sup>849</sup>, en su interpretación literal, no posibilitaba en ese caso considerar las disposiciones enjuiciadas como constitutivas de razones de orden público, seguridad pública o salud pública, no ajustándose a Derecho la discriminación objeto de controversia en el asunto principal.

El Asunto *Laval* delimitó, asimismo, los límites de la interpretación del apartado 8º del citado artículo 3, que incorporaba la definición comunitaria del concepto de «convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general» y trazaba la regla de aplicación en defecto de previsión de un sistema de declaración de aplicabilidad «erga omnes» de las normas

---

protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes (f) y, por último, la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación (g).

<sup>847</sup> Así lo califica GÓMEZ MUÑOZ, J.M. *La libre circulación de trabajadores; retrospectiva y evoluciones en el contexto europeo actual...* Op. Cit. Pág. 55 y ss., en un análisis de los fallos enjuiciados por el TJCE (*Viking, Albany, Van Der Woude, Laval, Rüffert*, entre otros) en los que se ha logrado imponer el Derecho Económico sobre el Derecho Social.

<sup>848</sup> GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en *Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación...* Op. Cit. Pág. 45. Esta consideración es expuesta por el Abogado General *Ives Bot* en el Asunto *Rüffert* en sus conclusiones presentadas el 20 de septiembre de 2007 (apartados 120 a 131), reputando, con esta interpretación, vacía de contenido la posibilidad de mejora de las condiciones de trabajo *ex* artículo 3.7 de la Directiva 96/71. A su juicio, el hecho de que el Land de la Baja Sajona hubiera optado en su Ley relativa a la adjudicación de contratos públicos por tomar como referencia un convenio colectivo específico distinto de la TV Mindestlohn, con la consecuencia de que el salario mínimo a abonar los adjudicatarios y sus subcontratistas en el lugar de ejecución de la prestación resultare superior al salario normalmente aplicable en el territorio de la República Federal de Alemania en el sector de la construcción, no parecía *per se* criticable en relación con el Derecho comunitario, en la medida en que se respetaba, en la Ley del Land, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, entendiendo que lo relevante a los efectos de determinar su licitud (el «indicador») era que dicha Ley impusiera a los prestadores de servicios la misma obligación de pago de las cuantías de salario mínimo aplicables en el lugar de ejecución de las prestaciones, ya se hallaren establecidos en Alemania o en otro Estado miembro (trabajadores locales y desplazados debían ser retribuidos por igual).

<sup>849</sup> «Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de estas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas».

colectivas, con remisión a los acuerdos con efectos generales para las empresas similares de un determinado sector o aquéllos celebrados por las organizaciones más representativas<sup>850</sup>, si bien condicionando esta última posibilidad supletoria al previo cumplimiento de terminadas condiciones, como garantizar una igualdad de trato en las materias enumeradas en el artículo 3.1 en las empresas nacionales pertenecientes a un determinado sector o profesión en situación equiparable («similar», en los términos de la Directiva), conceptualizando la «igualdad de trato» como aquella situación en la cual las empresas estuvieran sometidas a iguales obligaciones que las empresas objeto de desplazamiento con respecto a las citadas materias, pudiéndole ser exigidas obligaciones con los mismos efectos o consecuencias<sup>851</sup>. El carácter restringido con el que el órgano judicial comunitario interpretó las disposiciones de la Directiva 96/71 en relación con la aplicación de los convenios colectivos<sup>852</sup> fue el que condujo a considerar no ajustada al acervo comunitario la aplicación extensiva del derecho al ejercicio de medidas de acción colectiva en Suecia (Asunto *Laval*), país en el cual no existía una declaración expresa sobre la obligatoriedad (entendemos, con eficacia *erga omnes*) de los convenios colectivos, siendo su Estado el que reconocía a los sindicatos, *de facto*, la legitimación suficiente para emprender dichas medidas.

La rígida interpretación que de la Directiva 96/71 ha realizado el Tribunal de Justicia colisiona con la postura favorable a la integración social mantenida por el Parlamento Europeo, en el Informe sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea de 2008<sup>853</sup>, en el cual consideró que la legislación comunitaria contenía incoherencias y deficiencias susceptibles de haberse prestado a interpretaciones sobre la Directiva ajenas a la intención del legislador comunitario, en su búsqueda del justo equilibrio entre la libre prestación de servicios y la protección de los derechos de los trabajadores; instando a la Comisión a preparar las propuestas legislativas pertinentes para contribuir a prevenir interpretaciones «conflictivas» en el futuro<sup>854</sup>.

---

<sup>850</sup> «Por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general se entenderán aquellos convenios colectivos o laudos arbitrales que deban respetar todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito territorial de éstos. A falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios colectivos o laudos arbitrales en el sentido de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en: (i) los convenios colectivos o laudos arbitrales que surtan efecto general en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos, y/o (ii) los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional (...)».

<sup>851</sup> Véase el apartado 66º de la STJCE de 19 de junio de 2008, Asunto C-319/06, *Comisión contra Luxemburgo*.

<sup>852</sup> En el Asunto *Rüffert*, el Tribunal consideró que no era posible activar la vía subsidiaria de la Directiva, contenida en el artículo 3.8, en la medida en que en el sistema alemán de negociación colectiva sí existía una declaración de eficacia general de los convenios colectivos y, en ese caso concreto, la cuantía salarial de la Ley del *Land* no había sido declarada de aplicación general o *erga omnes*. Sobre el sistema de negociación colectiva alemán (de eficacia limitada con ciertas excepciones abordadas por GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en *Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación... Op. Cit.* Pág. 46), véase ZACHERT, U. «La negociación colectiva en Alemania», *La negociación colectiva en Europa*, 2004, Págs. 29-51.

<sup>853</sup> Informe sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea, de 30 de septiembre de 2008 (2008/2085(INI)), *Comisión de Empleo y Asuntos Sociales*, Pte. Jan Andersson.

<sup>854</sup> Véase el apartado 25º del Informe del Parlamento Europeo *Op. Cit.*



Especialmente elocuentes resultan las Consideraciones L) y M) del mentado Informe, en el sentido responder a las restrictivas tesis del Tribunal para enfatizar las cuestiones reguladas en la Directiva que le hubieran permitido validar aquellas cláusulas sociales que mejoraran los mínimos previstos por la norma de Derecho derivado, aludiendo a que en virtud de su considerando 12 «el Derecho comunitario no impide que los Estados miembros amplíen el ámbito de aplicación de su legislación o de los convenios colectivos celebrados por los interlocutores sociales a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, incluso de carácter temporal, en su territorio, aunque su empresario se halle establecido en otro Estado miembro» y que «el Derecho comunitario no prohíbe a los Estados miembros garantizar el respeto de estas normas por los medios apropiados», recordando y preconizando como objetivo fundamental de la Directiva el de establecer un clima de competencia leal y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores, respetando el marco de la legislación en materia de empleo y las relaciones laborales en los Estados miembros.

Prosigue el Informe, en sus *Considerandos* P) y R), calificando el núcleo de las disposiciones referidas al artículo 3.1 de la Directiva como «normas internacionales obligatorias» convenidas por los Estados miembros, recalcando el papel de las disposiciones de orden público mencionadas en el apartado 10º del artículo 3, con naturaleza de normas internacionales obligatorias que operarían a modo de marco a definir por los Estados miembros «a su discreción en términos de su ordenamiento jurídico nacional», en la medida en que se respetara el principio de igualdad de trato. Todo ello, sin eludir la referencia al artículo 28 de la CDFUE, como precepto codificador del derecho a la negociación colectiva y a las acciones colectivas.

A propósito de la relación entre libertades económicas y derechos sociales, la petición contenida en el apartado 33 del Informe recuerda a las consideraciones compartidas por la Abogada General en la STJCE dictada el 15 de julio de 2010 en el Asunto C-271/08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* referidas *ut supra*, toda vez que no en vano destacó el Parlamento que «los derechos sociales fundamentales no están subordinados a los derechos económicos en una jerarquía de libertades fundamentales», apelando a la reafirmación en el Derecho primario del equilibrio, una vez consciente esta institución europea, entendemos, de las interpretaciones realizadas por el Tribunal contrarias a su juicio al espíritu del legislador comunitario<sup>855</sup>; tras destacar que debía quedar meridianamente claro que la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores y otras directivas no prohibían a los Estados miembros ni a los interlocutores sociales exigir condiciones más favorables en favor de la igualdad de trato de los trabajadores. En definitiva y conclusión, el Parlamento solicitó a la Comisión (en su apartado 28) una revisión parcial

---

<sup>855</sup> En el apartado 22 del Informe, el Parlamento *inclusive* lamentó que las decisiones judiciales no tuvieran suficientemente en consideración el Convenio 94 de la OIT sobre las cláusulas de trabajo; expresando su inquietud ante la posibilidad de que la aplicación de dicho Convenio en los Estados miembros afectados entrara en conflicto con la aplicación de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores, rogando a la Comisión aclarar la situación y seguir promoviendo la ratificación del Convenio para fomentar el desarrollo de las cláusulas sociales en las normas sobre contratación pública.

de la Directiva 96/71<sup>856</sup> que prestara especial atención a las condiciones laborales aplicables, los niveles salariales, el principio de igualdad de trato de los trabajadores en el contexto de la libre circulación de servicios, el respeto de los diferentes modelos laborales y la duración del desplazamiento<sup>857</sup>.

En este contexto, como se planteaba anteriormente, el marco regulador comunitario no ofrecería un reconocimiento del derecho a la negociación y acción colectiva (artículos 152 TFUE y 28 CDFUE) susceptible de armonizarse por la vía positiva<sup>858</sup>, máxime cuando el mismo artículo 153 TFUE, referido a los objetivos de la Unión Europea (en relación con el artículo 151 TFUE) en su apartado 5º excluiría la regulación y desarrollo de este derecho al descartar la aplicación de las disposiciones del artículo 153, entre otros, «al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga» y «al cierre patronal», todos ellos, manifestaciones, derivadas o partes consustanciales del ejercicio del derecho a la negociación colectiva<sup>859</sup>.

La complejidad que se revela en el intento de coherenciar los eventuales límites impuestos a los derechos y libertades reconocidos por el Derecho originario por determinadas normas legales y convencionales dictadas por los Estados miembros, se desprende de la mera lectura del artículo 52 del CDFUE, en cuyo apartado 1º, tras establecerse que cualquier limitación del ejercicio de éstos debe articularse a través de una ley y respetar el contenido esencial de los derechos y libertades, se reconoce, a renglón seguido, que es posible introducir limitaciones proporcionadas «(...) cuando sean necesarias y respondan efectivamente a

---

<sup>856</sup> La Directiva 96/71 no fue modificada hasta la aprobación de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento y del Consejo de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, modificándose e insertándose algunos apartados referidos a las condiciones aplicables a trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal (Directiva 2008/104/CE, del Parlamento y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo de las empresas de trabajo temporal (DO L 327 de 5 de diciembre de 2008). Para un análisis de las mejoras incorporadas por la Directiva (UE) 2018/957, véase GÁRATE CASTRO, F. J. «La modificación de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957: una mejor solución al conflicto entre la libre prestación de servicios y la protección sustantiva del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Derecho de las relaciones laborales*, N° 11, 2019. Págs. 1064 a 1078.

<sup>857</sup> Los parámetros reguladores de referencia que sugiere el Parlamento para esta revisión son, según los Considerandos T) y U): la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios) y el artículo 2 del Reglamento del Consejo (CE) núm. 2679/98, conocido como la «cláusula Monti». En relación con las distinciones que realiza la Directiva de servicios entre la libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios, véase BARNARD C. *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms...* Op. Cit. Págs. 453 a 472. Sobre su transposición en el ordenamiento jurídico español, véase BULLEJOS CALVO, C., MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. (Dir.) y GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F. (Dir.). «La transposición de la directiva de servicios: Licencias, autorizaciones ambientales, comunicaciones previas y declaraciones responsables», CEMCI, 2015.

<sup>858</sup> Sobre el alcance y contenido del artículo 28 de la CDFUE, véase BALLESTER PASTOR, M.A. *Los derechos sociales en la Carta Comunitaria...* Op. Cit.

<sup>859</sup> En relación con la denominada «negociación colectiva europea», véase MARTÍNEZ SIERRA, J.M., GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «Fuentes del Derecho y acuerdos colectivos: en torno al contexto y texto del artículo II-88 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *Ágora*, núm. 12, 2005, Págs. 119 y ss., así como las contribuciones de esta obra que son citadas por GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. en *Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación...* Op. Cit. Pág. 59.

objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». A la luz del criterio interpretativo incluido en la Explicación relativa al artículo 52, bajo la rúbrica de «Alcance e interpretación de los derechos y principios»<sup>860</sup>, esta cláusula estaría inspirada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a través de su recurrente cláusula referida a que «(...) pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos»<sup>861</sup>. Ciertamente, en esta referencia jurisprudencial no se citan expresamente los límites normativos, desprendiéndose de la misma la posibilidad de que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva sea limitado en base a «objetivos de interés general» perseguidos por la Unión no necesariamente plasmados en normas estatales, esto es, las libertades económicas de circulación.

A la luz de los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 52 de la CDFUE, los derechos en ésta reconocidos podrían tener fundamento en los Tratados comunitarios<sup>862</sup>, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>863</sup> o en las tradiciones constitucionales de los distintos Estados miembros<sup>864</sup>; en las que se sitúa, como apunta Guamán Hernández, el

---

<sup>860</sup> Incluidas en las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2007/C 303/01 (DOUE C 303, de 14 de diciembre de 2007); sin valor jurídico, como reconoce su Preámbulo, elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea.

<sup>861</sup> Con remisión al apartado 45º de la Sentencia de 13 de abril de 2000, Asunto C-292/97; precisando que la referencia a «intereses generales reconocidos por la Unión», según la Explicación relativa al artículo 52, abarcaría tanto los objetivos mencionados en el artículo 3 del TUE como otros protegidos por disposiciones específicas de los Tratados.

<sup>862</sup> Según la Explicación sobre la CDFUE, el apartado 2º haría referencia a los derechos ya consagrados en el Tratado constitutivo de la Unión Europea, reconocidos por la Carta y que se encontrarían en los Tratados (en particular, los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión).

<sup>863</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), cuya versión actual incorpora las modificaciones llevadas a cabo por las disposiciones del Protocolo núm. 15 (STCE núm. 213) a partir de su entrada en vigor el 1 de agosto de 2021 y del Protocolo núm. 14 (STCE núm. 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010. Según las Explicaciones sobre la CEDH, el apartado 3º pretendería garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH (así como sus Protocolos), sentando que, en la medida en que los derechos de la CDFUE corresponden también a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son los mismos que prevé el CEDH. De ello resultaría que, el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos, debería respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, aplicándose a los derechos contemplados por este apartado, sin que ello afectara a la autonomía del derecho de la Unión y del TJUE. El objetivo de la última frase del apartado sería permitir a la Unión garantizar una protección más amplia, sin que el nivel de protección de ésta pudiera ser nunca inferior al garantizado por el CEDH.

<sup>864</sup> Según la Explicación sobre la CDFUE, el apartado 4º se basaría en el apartado 3 del artículo 6 del TUE y tomaría en consideración el planteamiento de las tradiciones constitucionales comunes seguido por el TJUE (a título de ejemplo, en las Sentencias de 13 de diciembre de 1979, Asunto 44/79, *Hauer*; Sentencia de 18 de mayo de 1982, Asunto 155/79, *AM&S*). En su virtud, los derechos recogidos en la Carta deberían interpretarse de modo que ofrecieran un elevado nivel de protección apropiado para el Derecho de la Unión y que estuviera en armonía con las tradiciones constitucionales comunes.

desarrollo del derecho a la negociación colectiva, remisión a las prácticas nacionales que debe relacionarse con lo previsto en el artículo 152 del TFUE.

A su vez, el artículo 28 tendría su fundamento en el artículo 6 de la Carta Social Europea<sup>865</sup> y en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores<sup>866</sup>, al tiempo que el TEDH habría reconocido el derecho a la acción colectiva como uno de los elementos del derecho de sindicación establecido en el artículo 11 CEDH, aunque éste no se incluyera en listado del artículo 52.3 de la CDFUE. En relación con los niveles de la negociación colectiva, la Carta remite a las Explicaciones dadas en relación con el artículo 27, reconociendo expresamente que las modalidades y límites de las acciones colectivas, incluida la huelga, entrarían dentro del ámbito de las legislaciones y de las prácticas nacionales.

En conclusión, en los distintos precedentes judiciales que han sido objeto de análisis en este apartado, se aprecia una clara resistencia en la jurisprudencia del TJUE, en la exégesis de los distintos sistemas nacionales de negociación colectiva en relación con las libertades de circulación, a dar virtualidad a las prácticas nacionales, siendo claros exponentes de esta circunstancia los Asuntos *Viking* y *Laval*, de cuya doctrina se hace eco el Tribunal en el primer asunto sometido en el que fueron objeto de valoración los artículos 152 TFUE y 28 de la CDFUE, esto es, la STJCE de 15 de julio de 2010 dictada en el Asunto *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* (C-271/08)<sup>867</sup>.

A la luz de la interpretación de los mentados preceptos de la CDFUE, considero que no sería posible lograr la plena aplicación del Derecho primario sin el debido respeto de los sistemas de negociación colectiva vigentes en los distintos Estados miembros, y que éste debería formar parte de la necesidad expuesta por el Tribunal de ejercitar dicho derecho fundamental «conforme al Derecho de la Unión» y «conciliarse con las libertades de circulación y con el principio de proporcionalidad», compartiéndose la tesis defendida sobre este aspecto por Guamán. Ahora bien, como apuntaba Goerlich Peset<sup>868</sup>, difícilmente puede lograrse el deseado equilibrio sin modificar previamente el Derecho originario, pues la vía de las excepciones empleada por la jurisprudencia presenta déficits en su aplicación práctica<sup>869</sup>.

---

<sup>865</sup> Estrasburgo, 3 de mayo de 1996.

<sup>866</sup> Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989.

<sup>867</sup> *Vid.* 812.

<sup>868</sup> GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.), en *Libertades económicas, mercado de trabajo... Op. Cit.* Pág. 41.

<sup>869</sup> En el análisis de la coexistencia necesaria entre libertad de empresa y normas sociales del mercado interior, GÓMEZ MUÑOZ, J.M. en *Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo... Op. Cit.* Págs. 73 a 79, hace crítica del marco jurídico comunitario impregnado de intencionalidad económica, considerando que no resulta de extrañar que el TJUE haya venido fallando a favor de las libertades económicas, entre otras, por la vía de las excepciones, pues existe una clara subordinación, desde el diseño de los propios Tratados, del Derecho social al Derecho de la competencia, evidenciándose una elevación de la libertad de empresa a la categoría de fundamento de desarrollo de la política social por el propio Derecho originario de la Unión.

La doctrina comunitaria centrada como referente interpretativo será objeto de funcionalización más adelante, a propósito del análisis que se efectuará en torno a la norma convencional emergida con ocasión de la reforma operada en el sector de la estiba portuaria español, en virtud del cual procederá valorar si se supera el examen de las tres condiciones valoradas por las, a nuestro juicio, ilustres Conclusiones formuladas por la Abogada General en el Asunto C-271/08, esto es, la «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» de las eventuales restricciones de las libertades comunitarias en orden a alcanzar los objetivos perseguidos por los derechos fundamentales de negociación colectiva y de autonomía negocial<sup>870</sup>.

#### 4.2. La proyección de las libertades comunitarias sobre el trabajo de la estiba y desestiba

La libertad de establecimiento, en el sentido de dos de los Tratados que forman parte de la constitución material de la Unión Europea (TCE y TFUE) así como la jurisprudencia referenciada precedentemente, ha sido sentada de preferencial aplicación frente a la libertad de prestación de servicios en caso de descartarse la temporalidad de la prestación, en atención a los criterios de duración, frecuencia, periodicidad y continuidad de la prestación de servicios<sup>871</sup>. *A priori*, las circunstancias en las cuales se ejercen las actividades de estiba y desestiba desplazarían la aplicación de la libertad de prestación de servicios, que cedería frente a la virtualidad que desprendería en este sector la libertad de establecimiento, situada en el principio y fin de la vulneración comunitaria sancionada por la Comisión Europea, como factor motivador del cambio de paradigma regulador del trabajo portuario en el ordenamiento jurídico español; sin perjuicio de la afectación que también desprenderá sobre el derecho de la competencia, que será objeto de profuso examen más adelante.

##### a) Consideraciones iniciales y planteamiento del problema: regulación nacional de referencia situada en el punto de mira del Tribunal

###### *a.1) Sobre el servicio de la estiba portuaria y sus regímenes de prestación*

Como ha sido pertinentemente expuesto en el Capítulo III del presente estudio, la actividad de estiba y desestiba de buques (manipulación de mercancías) tiene un carácter esencial para

---

<sup>870</sup> GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.) en *Libertades económicas, mercado de trabajo... Op. Cit.* Pág. 14, sintetiza los requisitos para la admisión de las restricciones por parte de la jurisprudencia comunitaria en los siguientes: (i) que la medida se adopte en ausencia de normativa comunitaria de armonización, (ii) que la medida no sea discriminatoria, (iii) que la medida sea objetivamente necesaria, justificada por una imperiosa exigencia de interés general, (iv) que la medida sea proporcionada a la razón imperiosa de interés general que la justifica; (v) en relación con la libertad de establecimiento, que la medida restrictiva no suponga un doble control, esto es, que el interés protegido no esté ya asegurado por normas del Estado en el cual el prestador del servicio esté establecido.

<sup>871</sup> *Vid.* Epígrafe 4.1.b.1).

el correcto funcionamiento de los puertos comerciales, motivo por el cual ha debido prestarse a través de un servicio público de calidad garantizado por la Administración portuaria.

La regulación legal de la actividad de estiba y desestiba de buques, incluida en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías, vigente en noviembre de 2011<sup>872</sup> es la referencial en orden a contextualizar el régimen nacional a partir del cual se articuló el procedimiento sancionador por parte de la Comisión Europea que derivó en el cambio de modelo de regulación: 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 (en adelante, *TRLPEMM*)<sup>873</sup>.

Tal como se ha expresado en el Capítulo III del presente estudio, el Texto Refundido fue el resultado de una gran pluralidad de normas dictadas en distintas épocas o etapas normativas que carecían de la deseada consistencia interna, coherencia y homogeneidad, motivo por el cual el Gobierno hizo uso de la autorización parlamentaria de refundición que le otorgó, con la mayor amplitud permitida por la Constitución Española, la Disposición final 7ª de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre. Esta aglutinación normativa, de necesaria refundición dada la dispersión existente hasta esa fecha<sup>874</sup>, se materializó por la vía de reunir las disposiciones ubicadas en distintos cuerpos normativos, derogando algunas preexistentes e incluyendo otras nuevas, en la medida en que se iba alterando la personalidad jurídica y el régimen de funcionamiento de las sociedades objeto de interposición para la contratación de trabajadores, aunándose el régimen jurídico de los recursos humanos en el Capítulo VI del citado *TRLPEMM*<sup>875</sup>.

En relación con los aspectos vinculados a la gestión de trabajadores para la prestación de servicios portuarios de manipulación de mercancías, el *TRLPEMM* mantuvo esencialmente la regulación recogida en el Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba<sup>876</sup>, si bien con la correspondiente actualización del tipo y naturaleza de vinculación existentes con las sociedades interpuestas denominadas Sociedades de Gestión de Estibadores Portuarios (*SAGEP*, en adelante) y algunas especificidades vinculadas a la regulación de las mismas, en la medida en que las normas anteriores al modelo que instauró el citado Real Decreto-ley 2/1986 no contemplaban ningún régimen de relación laboral de los estibadores

---

<sup>872</sup> El 25 de noviembre de 2011 se inició el procedimiento administrativo previo al procedimiento sancionador que incoó la Comisión Europea contra el Reino de España, a través de requerimiento.

<sup>873</sup> *Vid.* 251.

<sup>874</sup> En el año 1986, ya se advertía dicha necesidad por el autor GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F. en *Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores...* *Op. Cit.* Pág. 119.

<sup>875</sup> Bajo la denominación de «Régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías».

<sup>876</sup> *Vid.* Epígrafe 3.2.

con las sociedades de gestión de trabajadores, dado que en sus inicios dichos organismos no tenían ni adoptaban la condición de empleador<sup>877</sup>.

A propósito del marco jurídico nacional referencial indicado *ut supra*, el servicio de manipulación de mercancías consistiría pues en la carga, estiba, descarga, desestiba, tránsito marítimo y el trasbordo de mercancías, inserto en el concepto de «servicios portuarios»<sup>878</sup>, comprendiendo todas aquellas actividades de prestación necesarias para la explotación de los puertos y que van dirigidas a posibilitar la realización de operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación; desarrolladas en el ámbito territorial de las correspondientes Autoridades Portuarias.

Era, pues, el Título VI del TRLPEMM el encargado de regular la prestación de servicios en los puertos de interés general, a los cuales la norma pretendía que cualquier empresa pudiera acceder libremente previo cumplimiento de las exigencias, concurriendo en régimen de libre y leal competencia como cualquier operador.

A la luz de la regulación contenida en el TRLPEMM, la iniciativa privada, regida por el principio de libre competencia, debía ser la que rigiera en la prestación de los servicios portuarios, previa obtención de la correspondiente licencia otorgada por la Autoridad Portuaria<sup>879</sup>. En este sentido, cualquier empresa privada que estuviera en posesión del título habilitante para ello (licencia obtenida previa acreditación de los requisitos consignados en el Pliego de prescripciones particulares<sup>880</sup>), podía ejercer la actividad -aunque no en régimen de exclusividad. Sin embargo, de forma atípica, las Autoridades Portuarias también podían asumir dicha actividad, de forma directa o indirecta, para dotar de suficiente cobertura a las necesidades de los servicios portuarios, previo informe favorable de Puertos del Estado en caso de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada<sup>881</sup>.

En razón de la naturaleza pública del servicio prestado, el Pliego de prescripciones particulares del servicio era el que marcaba las condiciones en las que debía ofrecerse el

---

<sup>877</sup> BALLESTER PASTOR, I. «La relación laboral especial de los estibadores portuarios», *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1994. Pág. 37.

<sup>878</sup> Cf. Artículos 108.1 y 108.2.d) del TRLPEMM, incluidos en el Título VI, Capítulo III, sobre los «servicios portuarios».

<sup>879</sup> La licencia se otorgaba previa aprobación del correspondiente Pliego Regulador y Prescripciones Particulares del servicio correspondiente, que no otorgaba el derecho a prestar el servicio en régimen de exclusiva (Cf. Artículo 109 TRLPEMM).

<sup>880</sup> El procedimiento para la aprobación definitiva de los pliegos de prescripciones particulares por parte de las Autoridades Portuarias y su contenido mínimo se regula en el artículo 113 TRLPEMM.

<sup>881</sup> Cf. art. 109.3 TRLPEMM. Esta insuficiencia puede advertirse por la Autoridad Portuaria, quien debe comunicarla a los titulares del servicio para que activen los medios exigidos por sus licencias para cumplir con los indicadores de calidad. En caso de persistir dicha situación, la Autoridad Portuaria es cuando pasaría a asumir directa o indirectamente la prestación del servicio.

servicio<sup>882</sup>, previa asunción de una serie de obligaciones consignadas en los respectivas licencias o títulos habilitantes<sup>883</sup>, otorgadas por un plazo determinado, pero durante cuya vigencia era susceptibles de modificación o revocación<sup>884</sup>.

La fórmula de prestación de los servicios portuarios podía ser dual. El caso habitual u ordinario era el de la concurrencia de distintos operadores (limitados o no) por la Autoridad Portuaria. Si no existía limitación, las licencias se concedían por concurso<sup>885</sup>, cuyas convocatorias se publicaban en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)<sup>886</sup>. El segundo caso, era el del régimen de autoprestación y de integración de servicios portuarios.

En el marco del supuesto ordinario de concurrencia de varios prestadores de servicios portuarios, la Autoridad Portuaria, de oficio, podía limitar el número máximo en función de la disponibilidad de los espacios existentes, la capacidad que tengan las instalaciones, razones de seguridad, de normativa medioambiental u otros motivos vinculados a las condiciones de competencia. Ahora bien, estas restricciones de la competencia quedaban sujetas a motivación en el Acuerdo de limitación adoptado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria<sup>887</sup>, previa identificación concreta del tipo de tráfico o mercancía sujeta a limitación, su necesidad en relación con el interés público y acreditación de la imposibilidad

---

<sup>882</sup> La doctrina ha cuestionado firmemente la exclusión o exención de responsabilidad laboral de la Autoridad Portuaria prevista en el artículo 113.8.a) TRLPEMM («obligaciones de cualquier naturaleza que correspondan al prestador del servicio frente a sus trabajadores, especialmente las obligaciones que se refieran a relaciones laborales, salario, prevención de riesgos o seguridad social»). Tal como asevera BALLESTER PASTOR, I. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 70, parafraseando la compartida opinión doctrinal que pone de manifiesto RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., en «La responsabilidad 'empresarial' de la Administración en los accidentes de trabajo acaecidos en obras públicas», AAVV (Coord. Ortiz Castillo, F.M.; Sánchez-Rodas Navarro, C.; Rodríguez Iniesta, G.), «La responsabilidad del empresario», Ediciones Laborum, 2012. Págs. 163-165, es dudoso que las cláusulas de exoneración de la Administración en los pliegos de condiciones de servicio puedan neutralizar las responsabilidades exigibles a las Administraciones Públicas, por lo que esta exención no sería suficiente para eximirle de responsabilidad, al ser el último garante de la prestación del servicio público.

<sup>883</sup> Cf. Artículo 110 TRLPEMM.

<sup>884</sup> BALLESTER PASTOR, I. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 62.

<sup>885</sup> Cf. Artículos 114 y 115 TRLPEMM.

<sup>886</sup> Son susceptibles de detentar una licencia de este tipo tanto las personas físicas como jurídicas de la Unión Europea o de terceros países condicionados a la prueba de reciprocidad, salvo en casos en que los compromisos de la Unión Europea con la Organización Mundial del Comercio no exijan dicho requisito, si se acredita capacidad de obrar y no estén incursas en causas de incompatibilidad (BALLESTER PASTOR, I. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 62.

<sup>887</sup> Previa consulta al Comité de Servicios Portuarios e informe de Puertos del Estado. Este Acuerdo es susceptible de ulterior revisión. Si la Autoridad Portuaria es la prestadora, directa o indirectamente (participando en el capital de una empresa que sea prestadora de dicho servicio, en caso de insuficiencia de iniciativa privada) el Acuerdo de limitación o su revisión compete al Consejo Rector de Puertos del Estado, sujeto a condiciones, ámbitos concretos y publicación previa en el BOE. Véase, en relación con las limitaciones, que tienen un tratamiento especial para los titulares de una concesión o autorización de una terminal marítima de pasajeros o mercancías que incluyan en su objeto la prestación de servicios de manipulación de mercancías, BALLESTER PASTOR, I. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 63-64.



de acudir a otras alternativas viables menos restrictivas de la competencia para lograr el mismo fin<sup>888</sup>.

Las licencias que habían sido objeto de otorgamiento, a través de su respectivo procedimiento en función de la existencia o no de restricción en el número de prestadores, podían ser objeto de resolución o extinción en caso de alterarse las condiciones de prestación del servicio y emerger la necesidad de las empresas prestadoras del servicio de adaptación de este a las nuevas condiciones<sup>889</sup>.

Con respecto al contenido de la licencia de prestación de servicios portuarios, reviste especial trascendencia el contenido mínimo especificado en el apartado n) del artículo 117 del TRLPEMM que, a la fecha del inicio del procedimiento sancionador incoado a instancias de la Comisión Europea (noviembre 2011), estaba vigente y regía en materia de prestación de servicios de manipulación de mercancías: el porcentaje mínimo de trabajadores que debían tener contratados las empresas operadoras en régimen laboral común; coincidente con el porcentaje del 25% establecido en el artículo 150.4 del mismo cuerpo legal<sup>890</sup>, en cómputo interanual y en el ámbito de este servicio. De dicha tenencia y mantenimiento dependía tanto el otorgamiento de la misma licencia como su prórroga y podía conllevar, caso de incumplimiento, la caducidad de la concesión para la realización de la actividad.

Por otro lado, en lo que refiere al ámbito de los servicios «peculiares» o atípicos de manipulación de mercancías<sup>891</sup>, la prestación del servicio en régimen de autoprestación<sup>892</sup> (artículo 133 TRLPEMM) refería a la prestación para sí, esto es, por parte del mismo concesionario o titular de esta, dedicada al uso particular; así como también a la situación de que una compañía naviera se prestara a sí misma uno o varios servicios portuarios con personal propio embarcado para los servicios a bordo y material propio, sin mediar celebración de contrato alguno con terceros. Esta fórmula fue admitida por el legislador

---

<sup>888</sup> Cf. Artículo 111 del TRLPEMM.

<sup>889</sup> El contenido de las licencias debía realizarse con arreglo a los principios de objetividad y proporcionalidad, previa audiencia a los interesados, cuando se hubieran modificado las prescripciones particulares del servicio. A su vez, también podían ser objeto de transmisión en determinadas circunstancias, subordinándose la misma a la previa conformidad de la Autoridad Portuaria y, en su caso, a la preceptiva autorización de las autoridades de competencia, fenómeno que impactaría sobre los contratos del personal del titular de la licencia en los términos que correspondan según el régimen laboral de aplicación. El artículo 117.2 del TRLPEMM prevé el establecimiento de un plazo de adaptación en la propia modificación, transcurrido el cual, si no se ha llevado a cabo la primera, quedaría sin efecto la licencia.

<sup>890</sup> El artículo 117.n) y 150 TRLPEMM fueron derogados a través de la letra a) de la Disposición Derogatoria única 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 (BOE núm. 114, de 13 de mayo de 2017), en cumplimiento de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/13, procedimiento de infracción 2009/4052).

<sup>891</sup> BALLESTER PASTOR, I. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 70, los califica como «peculiares».

<sup>892</sup> Esta modalidad de prestación de los servicios se introdujo a través de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003); Cf. Artículo 73.

español en un contexto en el cual se encontraba en trámites la Directiva sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios -que nunca llegó a aprobarse, como se ha tratado en el precedente Capítulo II<sup>893</sup>.

El personal de cualquier empresa autorizada para prestar servicios bajo este régimen debía cumplir los requisitos de cualificación que se exigían al personal de las empresas prestadoras de servicios portuarios, prohibiéndose su prestación para buques que enarbolaren el pabellón de un Estado incluido en la lista negra publicada en el informe anual del Memorándum de París<sup>894</sup> o, independientemente de su pabellón, que estuvieran considerados como de alto o muy alto riesgo por el régimen de inspección<sup>895</sup>.

Las actividades comprendidas en el objeto de la autoprestación integraban todas aquellas consideradas como «estiba» en los términos previstos en el artículo 130 TRLPEMM, sin ser necesario -a diferencia de lo que sucedía con las empresas operadoras que actuaban como terceros prestatarios del servicio- ser partícipes en el capital de la SAGEP<sup>896</sup>.

Por su lado, el régimen de integración de servicios, como segunda fórmula atípica de prestación (artículo 134 TRLPEMM,) se daba cuando el concesionario o titular de una autorización de una terminal de pasajeros o mercancías dedicada al uso particular prestaba servicios portuarios a los buques de la misma, con personal y material propios, sin mediar ningún contrato con terceras empresas. En este sentido, el naviero que operaba en este tipo de terminales podría elegir entre los servicios portuarios integrados y los abiertos al uso general<sup>897</sup>. En cualquiera de estas dos modalidades especiales (autoprestación o integración de servicios) se requería la autorización de la Autoridad Portuaria tramitada con arreglo al procedimiento reglado en el artículo 135 TRLPEMM, y sus titulares debían abonar una

---

<sup>893</sup> *Vid.* Epígrafe 2.1.b).

<sup>894</sup> El Memorando de Entendimiento de París sobre el «Port State Control» es un acuerdo administrativo entre veintisiete Autoridades Marítimas; [www.parismou.org](http://www.parismou.org). Europa forma parte de la zona París MoU, de cuyo Memorando de Entendimiento es miembro España (además de Bélgica, Bulgaria, Canadá, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumanía, Federación de Rusia, Eslovenia, Suecia y Reino Unido). Su misión es eliminar que operen buques deficientes mediante un sistema armonizado de control por el Estado del puerto, garantizando que los mismos cumplan las normas internacionales de seguridad, protección y medio ambiente, y que los miembros de tripulación tengan condiciones de vida y de trabajo adecuadas. La inspección encargada de buques extranjeros en otros puertos nacionales por oficiales o inspectores del Estado Rector de Puerto es el «Control del Estado Rector del Puerto» (CERP). Su objeto es verificar las competencias de los capitanes y oficiales, revisar las condiciones y equipamiento de los buques con arreglo a los requerimientos de las convenciones internacionales, así como el manejo y operatividad de la nave según los distintos tratados aplicables (por ejemplo, los de la Organización Marítima Internacional -OMI).

<sup>895</sup> *Cf.* Artículo 133.1 TRLPEMM.

<sup>896</sup> *Cf.* Artículo 143.1 TRLPEMM.

<sup>897</sup> Cuando la Autoridad Portuaria imponía la manipulación de mercancías ajenas en estas terminales, la operación de buques de terceros o la prestación de servicios al pasaje transportado en buques de terceros, los servicios técnico-náuticos a estos tráficos debían prestarse por empresas con licencia de servicios portuarios abiertos al uso general (*Cf.* Artículo 134 TRLPEMM).

contribución económica<sup>898</sup> para que las obligaciones de servicio público que recayeran sobre los que tuvieran licencias abiertas al uso general pudieran ser atendidas, en particular, las de mantener la cobertura universal, la regularidad y la continuidad de los servicios<sup>899</sup>, valor que se establecería, para cada licencia, en función de criterios objetivos, transparentes, proporcionales, equitativos y no discriminatorios en las prescripciones particulares de los servicios.

Las actividades comprendidas en la estiba y desestiba portuaria eran objeto de prolijo detalle en el artículo 130 del TRLPEMM -dedicado al ámbito objetivo de aplicación de la norma<sup>900</sup>-, recogiendo tanto aquéllas prestadas por empresas con licencia para la prestación del servicio público de manipulación de mercancías como las que realizaran su actividad en régimen de autoprestación o para llevar a cabo actividades comerciales<sup>901</sup>. En esencia, comprendía las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitieran su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte, realizadas dentro de la zona del servicio del puerto y que mantuvieran relación directa e inmediata con una operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado<sup>902</sup>.

La pormenorizada delimitación objetiva de las labores consideradas de estiba y desestiba incidiría sustancial e indefectiblemente en la determinación del ámbito subjetivo de aplicación, restringiéndose el campo de aplicación de la norma a aquellos trabajadores estibadores sujetos al particular régimen laboral y de protección social que desempeñaran tales funciones en las condiciones de disponibilidad, rotación, exclusividad y profesionalidad exigidas en este ámbito.

---

<sup>898</sup> Cf. Artículo 136 TRLPEMM.

<sup>899</sup> En el régimen ordinario de prestación, esta función correspondía a las SAGEP, pero nótese que en los regímenes especiales de autoprestación o integración de servicios, estaban eximidas de pertenecer a las mismas; circunstancia que justificaba la regulación de la mentada compensación económica.

<sup>900</sup> Las exclusiones comprendidas en el anterior Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo (BOE núm. 126, de 27 de mayo), debían completarse con la enumeración contenida en el artículo 3 del Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo (BOE núm. 64, de 16 de marzo), que se reprodujo en el artículo 79 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre (BOE núm. 284, de 27 de noviembre), trasladándose posteriormente en el artículo 3 del III Acuerdo Marco de 1999 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre) y al artículo 130 TRLPEMM. Por expresa exclusión o exención legal, quedarían fuera del ámbito objetivo de aplicación de la norma todas aquellas actividades detalladas en el artículo 130.3 del TRLPEMM, a las cuales debería adicionarse la exclusión de la consideración de mercancía susceptible de tráfico marítimo a los efectos de la norma consignada en el apartado 2 del mismo precepto 130 del TRLPEMM.

<sup>901</sup> La norma reguladora precedente (Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo; BOE núm. 126, de 27 de mayo) definía estas actividades en su artículo 2 como «labores de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, en los buques y dentro de la zona portuaria», las cuales eran objeto de detalle en la norma reglamentaria (artículo 2 del Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo; BOE núm. 64, de 16 de marzo), definición que se integró posteriormente tanto en el artículo 3 (sobre el ámbito funcional) del Acuerdo sectorial III de 1999 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre), como en el artículo 79 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre (BOE núm. 284, de 27 de noviembre), que posteriormente se trasladó en el actual artículo 130 del TRLPEMM.

<sup>902</sup> Sobre las concretas funciones que comprenden, por un lado, las actividades de carga y estiba y, por otro lado, las de desestiba y descarga, nos remitimos a los apartados a) y b) del artículo 130.1 del TRLPEMM.

A propósito del ámbito subjetivo del texto refundido así como de la ley que le precedió (Ley 48/2003, de 26 de noviembre), desde una perspectiva sistemática correspondería apuntar, aunque someramente -pues se desarrollará con mayor profundidad más adelante- la extensión del ámbito subjetivo y funcional de aplicación buscado por el IV Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector de la Estiba Portuaria, de 10 de septiembre de 2008 (conocido como el Fallido IV Acuerdo Marco de 2007), pretendiendo incluir actividades complementarias realizadas por empresas no estibadoras, distintas de las empresas de estiba, con afectación a trabajadores no incorporados en las mismas, circunstancia que condujo a su enjuiciamiento tanto desde la perspectiva del Derecho de la Competencia como desde la perspectiva del Estatuto de los Trabajadores. El procedimiento judicial finalizó con la anulación parcial de su contenido, dados sus «efectos potencialmente lesivos al Derecho de la Competencia» y su reconversión en acuerdo con valor de acuerdo colectivo extraestatutario<sup>903</sup>.

Una vez anulados los preceptos convencionales reguladores del ámbito personal y funcional de aplicación, quedaron fuera del ámbito de aplicación de dicha norma las actividades complementarias o servicios comerciales, cuya prestación únicamente exigía la obtención de una autorización sin restricción alguna respecto a las empresas o al personal que debía llevar a cabo la prestación de estos servicios.

---

<sup>903</sup> La Comisión Nacional de la Competencia, por medio de resolución de 24 de septiembre de 2009, sancionó a las partes negociadoras del IV Acuerdo Marco (ANESCO, CETM, CIG y LAB) para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector de la Estiba Portuaria de 2007 por extralimitarse en su ámbito subjetivo y funcional de aplicación, contraviniendo el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia y el artículo 81 del TCE. Esta resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional por ANESCO, desestimándose la acción judicial interpuesta (SAN de 5 de julio de 2012, Rec. 800/2009) y confirmando la misma por el Tribunal Supremo (Sala Contenciosa-Administrativa) por Sentencia de 8 de marzo de 2016, Rec. 1666/2013. Paralelamente, el IV Acuerdo de 2008 también fue impugnado por la Dirección General de Trabajo, Puertos del Estado y la Autoridad Portuaria de Gijón, a través de una demanda de impugnación de convenio colectivo planteada ante la Audiencia Nacional, al considerar que dicho acuerdo conculcaba los artículos 37 y 38 de la Constitución Española, en relación con el artículo 82 ET. La Audiencia Nacional, a través de Sentencia de 1 de junio de 2009 (Procedimiento núm. 1/2009, Pte. Ricardo Bodas Martín) declaró 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, 5, 6, 18.4.a) y f), 19 y 20.2 del IV Acuerdo, perdiendo, de ese modo, su naturaleza estatutaria. La Sentencia de la Audiencia Nacional fue recurrida ante el Tribunal Supremo, que confirmó la nulidad de los artículos 2.1.1, 2.1.2, 2.2, 3.2.3, 3.2.5, 3.2.7 y 3.2.10 [(Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2010 (RC 53/2009)]. Al respecto de la Sentencia del TS de 2010, recuerda la Sentencia de 8 de marzo de 2016, en su FJ 2º: «(...) aun manteniendo su eficacia extraestatutaria, después de un pormenorizado y sólido análisis de la legislación regulatoria del sector portuario contenida en la Ley 48 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, que evidencia implícitamente el interés de las empresas de estiba y desestiba de mantener el *status quo* vigente, restringiendo el juego de la libre competencia, tratando de extender el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo suscrito a ámbitos que exceden de su legitimación para negociar, lo que desvaloriza de forma manifiesta el argumento sostenido por la defensa letrada de la asociación empresarial recurrente de que dicho IV Acuerdo respeta el artículo 85.3 del Estatuto de los Trabajadores y que, por tanto, carece de base la imputación a ANESCO fundada en la falta de competencia para representar a ciertas empresas del sector portuario, lo que excluiría la intervención de la Comisión Nacional de la Competencia (...)».

Con ello, se trataba de llevar a efecto la práctica inaplicación de la Ley 48/2003 que, en defensa del interés general y con el objeto de favorecer la competencia, distinguía claramente entre los servicios portuarios básicos y, en concreto, los servicios de carga, estiba, desestiba, descarga, trasbordo -que debían ser prestados por empresas con licencia concreta y con un determinado personal-, del resto de servicios no incluidos en la estiba, los denominados servicios «comerciales» o «actividades complementarias», cuya prestación sólo exigía la obtención de una autorización, sin ninguna restricción en cuanto a las empresas o al personal que debía llevar a cabo la prestación de dichos servicios<sup>904</sup>.

Partiendo de este campo objetivo de aplicación, se revela consustancial el análisis de determinados aspectos trascendentes en orden a la identificación del complejo núcleo del régimen jurídico que provocó el inicio, en noviembre de 2011, del proceso sancionador por parte de las instancias europeas: el sistema de cesión de trabajadores y recurso a las SAGEP (anteriormente SEED o APIEs<sup>905</sup>), la obligación de las empresas estibadoras de participar e integrarse en las sociedades de gestión (SAGEP) -salvo en los regímenes de autoprestación o integración de servicios-, la obligación de contratación en régimen de relación laboral común a un volumen mínimo de personal y de recurrir a contrataciones puntuales a través de la SAGEP.

Las Secciones 1ª, 2ª, 3ª y 4ª del Capítulo VI del TRLPEMM se erigen en el epicentro de la regulación que motivó el proceso sancionador y articulan la base del régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. Bajo esta premisa, y sin perjuicio de no ser el régimen precedente el núcleo sustantivo del presente estudio, para poder profundizar sobre la envergadura del cambio de sistema derivado de la actuación comunitaria es necesario centrar las materias en las cuales puso el foco el TJUE en la Sentencia que ha servido de base para el cambio de régimen, el cual, a pesar de las distintas reformas legislativas llevadas a cabo, todavía mantenía la esencia y los pilares de la última gran reforma operada a través del Real Decreto-Ley 2/1986. Con este único fin y pretensión se abordarán a continuación los aspectos más sustanciales de la regulación preexistente al cambio de modelo.

### *a.2) Modelo de gestión y contratación de los estibadores portuarios llamado a revisión*

Dado el esquema de contratación triangular de los estibadores portuarios basado en la dualidad de empleadores (con ocasión de la vinculación laboral con las SAGEP y con las empresas estibadoras autorizadas o con licencia), el primer aspecto que debe enmarcarse es el del modelo de gestión de puesta a disposición de trabajadores portuarios, *ex* artículo 142 del TRLPEMM.

---

<sup>904</sup> Cf. Artículos 60 y 85 de la Ley 48/2003.

<sup>905</sup> *Vid.* Epígrafe 3.3.

Las SAGEP, en su condición de sociedades dedicadas a formar adecuadamente para la actividad o trabajos desempeñados por los estibadores portuarios y a cederlos en el momento requerido por las empresas estibadoras<sup>906</sup>, mantuvieron, hasta mayo de 2017, una relación laboral de carácter especial con los trabajadores cedidos, relación que se mantenía vigente y era suspendida en el supuesto de que los estibadores fueran contratados por alguna empresa estibadora a través de una relación laboral común<sup>907</sup>. Su actividad estaba, pues, claramente funcionalizada<sup>908</sup>, al fundamentarse en el siguiente triple objetivo: i) poner los estibadores a disposición de las empresas estibadoras a través de la suscripción de una relación laboral de carácter especial; ii) encargarse de su cesión en el momento precisado y requerido por las empresas estibadoras usuarias por el tiempo necesario; iii) ofrecer formación continua a los trabajadores objeto de cesión, garantizando su capacitación suficiente para el desarrollo efectivo de los servicios portuarios y satisfacer las actividades demandadas por la empresa usuaria estibadora.

Su constitución se articuló en términos posibilistas en el Título V incorporado por la Ley 33/2010 en la Ley 48/2003 -posteriormente trasladada en la refundición llevada a cabo por el TRLPEMM<sup>909</sup>- generalizándose la transformación de las SEED o APIEs existentes hasta la fecha de entrada en vigor del mentado artículo 142 en los puertos de interés general. Habitualmente, los servicios de cesión se prestaban a las empresas estibadoras que eran accionistas de la SAGEP, pero también podían ofrecerse a otras operadoras que prestaran servicios comerciales o en régimen de autoprestación que no fueran accionistas<sup>910</sup>.

Las SAGEP debían rendir cuentas a la Autoridad Portuaria del puerto en el cual ejerciera su actividad y suministrarle toda la información necesaria para cumplir sus fines<sup>911</sup>.

---

<sup>906</sup> Esta denominación era obligatoria y en sus estatutos debía figurar la expresión de «Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios» o bien las siglas SAGEP (Cf. Artículo 142.3 TRLPEMM).

<sup>907</sup> La naturaleza de esta relación laboral se vio modificada con ocasión de la norma que se dictó tras sancionarse al Reino de España a través de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/12), pasando a considerarse como ordinaria o «común» a través de la derogación normativa llevada a cabo por el apartado b) de la Disposición Derogatoria Única 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 (BOE núm. 114, de 13 de mayo de 2017).

<sup>908</sup> Su funcionalización se desprende de la prohibición contenida en el artículo 143.6 del TRLPEMM, que les impedía poseer directa o indirectamente participación en ningún tipo de sociedad.

<sup>909</sup> El artículo 142.1 del TRLPEMM disponía que «en los puertos de interés general podrá constituirse, sin perjuicio de la conversión de las SEED y las APIEs existentes a la entrada en vigor de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, una sociedad anónima mercantil privada que tendrá por objeto social la gestión de la puesta a disposición de sus accionistas de los trabajadores, por ella contratados (...)». Esta posibilidad ya se incorporó a través del Título V añadido a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, a través de la modificación legislativa llevada a cabo por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003.

<sup>910</sup> Sobre el equilibrio económico de estas entidades de gestión, basado en un sistema de facturación dirigida a los accionistas de la SAGEP, véase los artículos 146 y 147 del TRLPEMM).

<sup>911</sup> Sobre los datos que la Autoridad Portuaria debía requerirle a la SAGEP, véase el artículo 148 TRLPEMM. Esta institución, que se constituyó en diciembre de 2012 como instrumento para analizar las condiciones de competitividad en relación con los precios y calidad de los servicios portuarios, así como acordar las variables de competitividad sobre las que establecer recomendaciones, cuenta con la representación de las Autoridades Portuarias, prestadores y usuarios de los servicios portuarios, representantes de los trabajadores y un

Por su lado, las funciones de las empresas estibadoras podían ser duales: i) seleccionar, utilizar y, en su caso, contratar directamente a estibadores portuarios a través de una relación de trabajo ordinaria a partir de la cesión de la SAGEP; ii) ser socias de la propia SAGEP. La obligatoriedad de ambos imperativos iba en función de la licencia que había obtenido la empresa estibadora.

Siguiendo la misma clasificación empleada por Ballester Pastor<sup>912</sup>, las empresas estibadoras destinatarias o usuarias de los trabajadores objeto de cesión por parte de la SAGEP, podían dividirse en las siguientes tres modalidades: (i) empresas obligadas a ser socias de las SAGEP; (ii) empresas en régimen de autoprestación y (iii) empresas eximidas de la obligación de ser socias de la SAGEP.

A propósito de la primera modalidad, las empresas que tenían obligación de pertenecer a la SAGEP como socias por desarrollar alguna actividad de las incluidas en el ámbito del artículo 130 TRLPEMM -eran las que ya tenían o aspiraban a tener la licencia de prestación de servicios de manipulación de mercancías-, cubrían sus necesidades de mano de obra permanente a través de la contratación laboral ordinaria o común, previa suspensión de la relación laboral de carácter especial concertada con la SAGEP; o bien cubrían sus necesidades de mano de obra irregular, a través de personal contratado por la SAGEP a través de la relación laboral especial, *ex* artículo 142 TRLPEMM.

Era, pues, la tenencia de dicha licencia la que determinaba la obligación de detentar un porcentaje de participaciones sociales, participando en el capital social de la SAGEP y distribuyéndose el capital inicial entre todas las operadoras titulares de licencias de prestación de servicios en vigor<sup>913</sup>, sin perjuicio de la posibilidad de revisión de la distribución del capital en determinados casos y, en todo caso, en el supuesto de incorporarse nuevos accionistas. Los criterios de repartición eran los siguientes: el 50% de las participaciones se dividía entre el número de empresas estibadoras titulares de licencias de prestación de servicios de manipulación de mercancías y, el 50% restante, se dividía entre éstas en función del grado de utilización temporal de la plantilla, medida a través del volumen de facturación de las sociedades en cuestión<sup>914</sup>.

---

representante de la Dirección General de la Marina Mercante (véase, sobre dicho organismo, <http://www.puertos.es/es-es/Paginas/Observatorio.aspx>).

<sup>912</sup> En *La relación laboral especial de los estibadores portuarios... Op. Cit.* Págs. 101-102.

<sup>913</sup> Evidencia de ello es la exclusión expresa contenida en el artículo 143.1 TRLPEMM, en virtud de la cual quedaban exceptuadas de la exigencia de la participación las empresas con licencia de autoprestación, aunque ello no les exoneraba de abonar una compensación económica para sufragar que otras entidades cubrieran las necesidades exigidas para la prestación efectiva del servicio de manipulación de mercancías y contratar siempre a trabajadores de la SAGEP, contratación que formaba parte del propio contenido de la licencia de autoprestación. En el mismo sentido, véase el artículo 143.5 TRLPEMM, en virtud del cual se excluía la consideración de accionista a quienes no tuvieran en vigor una licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, y se prohibía su marcha o separación a ningún socio que tuviera dicha titularidad, con las exenciones establecidas en el apartado 1 de dicho precepto.

<sup>914</sup> *Cf.* Artículo 143.2 y 3 TRLPEMM.

En segundo lugar, las empresas que tuvieran licencia de prestación del servicio de manipulación de mercancías en régimen de autoprestación, en función de la cual dependía la utilización de trabajadores a través de la SAGEP. De conformidad con el modelo establecido por el TRLPEMM, si la empresa estibadora ya disponía de la titularidad de la licencia para la prestación del servicio de manipulación de mercancías, tenía obligación de contratar a un número mínimo de trabajadores de la SAGEP correspondiente con el número de jornadas trabajadas a lo largo del último año y, en caso de no disponer todavía de licencia para la prestación de este servicio, debía ofertar previamente, *ex* artículo 143.1 del TRLPEMM, la contratación en régimen común de trabajadores desde la SAGEP a través de ofertas nominativas o innominadas que cumplieran con el requisito de adecuación exigido<sup>915</sup>, que eran válidas aunque las rechazaran los trabajadores.

En tercer lugar, las empresas usuarias no socias de la SAGEP por estar eximidas *ex* artículo 130.3.c) TRLPEMM, al desarrollar servicios comerciales, en función de los cuales debían acudir a la SAGEP en primer término y aceptar la oferta de personal realizada por ésta si era igual o más ventajosa, en términos de calidad, que la ofrecida por otras empresas de cesión de trabajadores<sup>916</sup>.

La Sección 2ª del Capítulo VI, sobre el régimen laboral de aplicación a los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías, conformaba todo el sistema de relaciones de trabajo que, junto con el modelo de gestión de puesta a disposición y de capacitación (Sección 3ª), acabaron considerándose contrarios a la libertad de establecimiento, como se desarrollará más adelante.

En esencia, pues, el modelo de relación laboral instaurado a través del TRLPEMM se fundamentaba en la convivencia de dos tipos de vinculaciones laborales, una de carácter especial y otra de naturaleza común, que podían bien mantenerse activas en paralelo (en caso de trabajo a tiempo parcial), bien concertarse la especial con la SAGEP sin suscribirse ulterior contrato común con la empresa estibadora o bien, por último, suspenderse la primera (especial) mientras cobraba virtualidad la segunda (común) suscrita con la empresa estibadora<sup>917</sup>.

---

<sup>915</sup> Cf. Artículo 150.3 TRLPEMM. En relación con el número mínimo de trabajadores en situación de relación de trabajo común que debía acreditar la empresa con licencia para la manipulación de mercancías y su forma de cómputo, dicho precepto aclaraba que las empresas debían, para no perder su licencia, contratar a trabajadores prioritariamente a través de ofertas nominativas o innominadas a los trabajadores de la SAGEP. No existía, pues, opción alguna, toda vez que de no cumplirse el 25% mínimo legalmente establecido (computados los trabajadores cedidos por tiempo superior a un turno laboral, *ex* artículo 150.6 TRLPEMM) no podía obtenerse la licencia y, una vez otorgada ésta, podía ser objeto de retirada o pérdida si se incumplía dicho mínimo. Esta concisión era un requisito de ineludible cumplimiento por parte de cada licitador y debía constar como criterio de adjudicación de las licencias en los pliegos de bases de los concursos para la adjudicación de concesiones de dominio público (Cf. Artículo 117.1.f) y n), 119 y 143 TRLPEMM).

<sup>916</sup> Cf. Sección 4ª del TRLPEMM.

<sup>917</sup> El artículo 149.1 del TRLPEMM regulaba en términos posibilistas la suscripción de una relación laboral especial con la SAGEP (así catalogada en el artículo 2.1.h del Estatuto de los Trabajadores previo a la reforma operada tras el procedimiento sancionador) o bien la concertación de un contrato laboral común directamente con las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías.



En puridad, aunque la relación laboral suscrita directamente con las empresas estibadoras fuera catalogada como «común», eran múltiples las especificidades y peculiaridades que le eran de aplicación para que este colectivo de trabajadores pudiera desarrollar su actividad en el servicio de manipulación de mercancías en los puertos de interés general, por lo que su denominación cobraría sentido a razón de la necesidad de distinguirla de la que es suscrita con la SAGEP, aunque su continua interrelación convirtiera a este modelo laboral interrelacional en *sui generis* en toda su extensión y dimensión<sup>918</sup>.

Los aspectos que eran objeto de regulación en el precepto regulador del régimen laboral especial (artículo 151 TRLPEMM) iban vinculados a la modalidad y forma de contratación de los trabajadores por la SAGEP, la forma de asignación de éstos en cesión temporal a la empresa estibadora (sistema de rotación), la peculiar extinción por rechazo de oferta adecuada<sup>919</sup>, la resolución de conflictos derivados de la coexistencia de dos entes empleadores en materia de salarios y Seguridad Social, poder de organización y dirección, prevención de riesgos laborales y salud en el trabajo y poder disciplinario.

Por otro lado, las materias que abordaba el régimen laboral común (*ex* artículo 150 TRLPEMM) eran la extinción de la relación cuando previamente ha sido objeto de suspensión la relación laboral especial, la forma de reanudación de ésta última -subsistente- y los supuestos en los cuales la extinción de la relación común extinguía la especial<sup>920</sup>; sin olvidar los efectos derivados de la opción de contrato a tiempo parcial en relación a su vigencia, que permitía mantener subsistentes -sin operatividad de la institución suspensiva- ambas relaciones de trabajo. La norma, además, sancionaba con la nulidad la prohibición o impedimento de contratación directa entre empresas estibadoras y estibadores portuarios a través de una relación laboral común.

---

<sup>918</sup> BALLESTER PASTOR, I. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* *Op. Cit.* Pág. 106, se hace eco de dicha singularidad en la interrelación y continua sucesión existente en la convivencia entre la relación laboral especial y la relación laboral común.

<sup>919</sup> Para considerarse adecuada, debía garantizar unos ingresos en cómputo anual y en condiciones homogéneas al menos iguales a los que hubiera percibido un trabajador de seguir vinculado a la SAGEP, en los términos detallados en la normativa convencional. El rechazo era considerado reiterado cuando no hubiera transcurrido al menos dos años desde el rechazo anterior. La extinción por esa causa no llevaba asociada indemnización alguna (Cf. Artículo 151.3 TRLPEMM). El IV ARLSEP, en sus artículos 6.7.2 y 6.11, incluía más causas de extinción por parte de la SAGEP: por un lado, la negativa a someterse a las pruebas objetivas formativas o la no superación de la misma para la adquisición de la capacitación profesional requerida y, por otro lado, las causas económicas, que también justificaban la adopción de medidas de flexibilidad interna como eran suspensiones temporales de contratos, considerándose que concurrían tales cuando se produjera un descenso de la actividad del 75% del nivel óptimo de empleo durante el último año. El mismo Acuerdo establecía un orden de prelación para las afectaciones, priorizando a los trabajadores a tiempo parcial (reducción de la jornada por debajo del 50%) y a los trabajadores con Grupo Profesional 0 o trabajadores de nuevo ingreso en los Grupos Profesionales I, II, III y IV en periodo de formación; salvo pacto en contrario con la representación unitaria y las empresas. Si debían adoptarse medidas de flexibilidad externa, como eran las extinciones, el personal afectado por las mismas conservaba un derecho preferente de ingreso con exoneración del requerimiento de superación de pruebas formativas (no las médicas, que seguirían precisándose).

<sup>920</sup> Por voluntad del estibador portuario, de mutuo acuerdo entre las empresas o en caso de despido disciplinario (Cf. Artículo 150.2 TRLPEMM).

Con respecto a la modalidad de relación laboral común resulta especialmente relevante, por su impacto en el proceso sancionador incoado a instancias de la Comisión Europea, la obligación legal de tenencia, por parte de las empresas estibadoras, de un 25% de estibadores cedidos desde la SAGEP como plantilla ordinaria de trabajo, tanto en el momento de solicitar la licencia como posteriormente, *so pena* de incurrir en causas de extinción de la autorización<sup>921</sup>. Sobre el cómputo del citado 25%, la norma establecía que se incluían los estibadores objeto de cesión por tiempo superior a un turno laboral procedentes de la SAGEP<sup>922</sup>, toda vez que los demás (no procedentes de ésta) podían prestar servicios por más tiempo que un turno de trabajo.

El contenido de estos dos preceptos legales era objeto de pormenorizado desarrollo en el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria<sup>923</sup>, con valor y naturaleza de convenio colectivo para las empresas y trabajadores incluidas en el ámbito de aplicación del régimen de gestión del TRLPEMM, que abordaba la estructura del personal empleado por la Organización de Empresas de Estiba (OEE)<sup>924</sup>, los niveles de empleo que debían mantener éstas, los procedimientos de ingreso del personal, las modalidades de contratación y selección del personal<sup>925</sup>, las formas de adscripción del personal a las tareas portuarias<sup>926</sup>, las condiciones de incorporación del personal en régimen de relación laboral común<sup>927</sup>, los llamamientos y nombramientos de personal, la ordenación de la jornada de trabajo con fijación de turnos de trabajo<sup>928</sup>, la forma de organización del mismo, las vacaciones, estructura del salario, movilidad funcional, polivalencia<sup>929</sup>, sistema de

---

<sup>921</sup> Cf. Artículos 117.1.f) y n), 119 y 143 TRLPEMM.

<sup>922</sup> Se refería a los estibadores que tenían suspendida su relación laboral especial durante más de un turno de trabajo.

<sup>923</sup> Registrado y publicado a través de Resolución de 17 de enero de 2014 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2014), fue suscrito en fecha 29 de julio de 2013 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, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 y 3 del ET.

<sup>924</sup> Es la denominación dada por el IV ARLSEP a las SAGEP, a los efectos del texto convencional (Cf. Artículo 2.1.1 IV ARLSEP).

<sup>925</sup> Cf. Artículos 6 y 7 IV ARLSEP. Los criterios y el proceso de selección se regulan de forma más completa que en el Acuerdo Marco precedente (III, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1999) y, aun con remisiones a las normas convencionales de cada puerto, definía cómo efectuar la convocatoria, los requisitos de admisión del proceso de selección y los requisitos mínimos que deben cumplir las candidaturas para ser examinadas; de orden mínimo y cuyo incumplimiento conducía a la exclusión directa del proceso.

<sup>926</sup> Por rotación de un turno de trabajo a una empresa según el sistema de nombramiento rotativo convenido en cada puerto, adscripción a la empresa estibadora por un período superior a un turno por los periodos pactados en convenio o acuerdo colectivo local (previo acuerdo entre las empresas y la RLT) o adscripción a la empresa por tiempo indefinido (Cf. Artículo 8.1 IV ARLSEP).

<sup>927</sup> Cf. Artículo 9 IV ARLSEP.

<sup>928</sup> Cf. Artículo 10 IV ARLSEP.

<sup>929</sup> Cf. Artículo 10 y 11 IV ARLSEP.

clasificación profesional, promoción de la igualdad<sup>930</sup>, formación profesional<sup>931</sup>, prevención de riesgos laborales y salud en el trabajo<sup>932</sup>, la representatividad en el sector y los derechos sindicales de los estibadores portuarios<sup>933</sup>, el régimen disciplinario,<sup>934</sup> los procedimientos alternativos de resolución de conflictos y la comisión paritaria sectorial<sup>935</sup>. Según establecía el propio IV Acuerdo, todas aquellas materias sin expresa remisión a convenios colectivos o acuerdos de ámbito inferior vinculaban a todos los puertos de interés general y no eran susceptibles de negociación, junto con las reservadas al ámbito estatal<sup>936</sup>.

El sistema o régimen de cesión de trabajadores que operaba en este sector limitaba sustancialmente el margen de actuación de las empresas estibadoras, sujetas al mecanismo de adscripción controlado por la SAGEP, sin poder contratar libremente a los estibadores que desearan; debiendo cumplir la garantía mínima de contratación de personal por tiempo indefinido (25%) desde la SAGEP<sup>937</sup>.

Con carácter previo a la cesión de los trabajadores, la SAGEP debía contratarlos según determinados estándares regidos por criterios de adecuación y eficiencia del servicio público en cada puerto<sup>938</sup>, momento a partir del cual ésta se convertía en empleador de los estibadores

---

<sup>930</sup> Cf. Artículo 12 IV ARLSEP.

<sup>931</sup> Cf. Artículo 13 IV ARLSEP. Durante los procesos de formación y hasta tanto no se culminara mediante la ejecución del trabajo en condiciones normales de rendimiento y productividad, la retribución debía ser del 60% durante los primeros 242 turnos, 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 realizada. Finalizado el periodo de formación, la retribución pasaría a ser del 100% de la establecida en el convenio colectivo (Cf. Artículo 6.7 IV ARLSEP).

<sup>932</sup> Cf. Artículo 14 y 15 IV ARLSEP.

<sup>933</sup> Cf. Capítulo VI (artículos 16 a18) del IV ARLSEP.

<sup>934</sup> Cf. Artículo 18 IV ARLSEP.

<sup>935</sup> Cf. Capítulo VIII (artículos 19 y 20) del IV ARLSEP.

<sup>936</sup> Se acordaba la estructura de la negociación colectiva en ámbitos sectoriales inferiores y las reglas de concurrencia entre convenios o acuerdos con el mismo valor (Cf. Artículo 5 IV ARLSEP).

<sup>937</sup> Sobre las desventajas del sistema, que se acabaron superponiendo a las posibles ventajas derivadas de un mercado casi reservado y proteccionista: para los trabajadores, seguridad-profesional, económica y de empleo y para las empresas estibadoras, disponibilidad horaria, inmediatez del trabajo y ahorro de costes de selección y formación, véase MOLINA NAVARRETE, C. «Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no la Comisión ‘por boca’ del TJUE? La STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13 y el fallido RDL 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los estibadores portuarios», *Centro de Estudios Financieros, Revisa de trabajo y seguridad social, N° 409*, 2017. Págs. 1-14.

<sup>938</sup> Cada Sociedad (SAGEP), en función de sus Estatutos, podía realizar las contrataciones que fueran precisas en cada momento (artículo 151.1 TRLPEMM), siguiendo el proceso de intervención de ingresos establecido en el artículo 6 del IV ARLSEP. A propósito del mismo, el nivel óptimo de empleo y nivel de ocupación de los estibadores sujetos a relación laboral especial era del 100% de la jornada mínima mensual obligatoria pactada, computada a nivel de cada puerto, anualmente y a rendimiento habitual, estableciendo, en orden a determinar el nivel de ocupación, los criterios de cómputo con aplicación de la polivalencia y movilidad pactadas en el Acuerdo, deduciéndose los periodos de bajas o jornadas no realizadas por suspensiones contractuales que no superaran, a estos efectos, el 4% anual.

portuarios. Lo habitual era que, durante el periodo de formación para garantizar la profesionalidad de estos, la relación laboral especial estuviera vigente, pero sin cesión. El fenómeno de la cesión podría producirse de forma temporal y a tiempo completo<sup>939</sup>, por tiempo indefinido y a tiempo completo (previa suscripción de una relación laboral común)<sup>940</sup> o bien por tiempo indefinido, pero a tiempo parcial<sup>941</sup>.

Ahora bien, el marco regulador restringía la modalidad de cesión al modelo de contrato indefinido, toda vez que ésta se llevaba a cabo una vez examinada la conveniencia y necesidad de personal, por lo que ésta debía tener carácter permanente, indeterminado, dando plena y total disponibilidad a los trabajadores para acudir a los llamamientos, no estando *a priori* sometida a término o condición resolutoria alguna debido a la propia naturaleza de la gestión de la disponibilidad a tiempo completo que debía realizar la SAGEP. A resultas de esta situación, la doctrina abordó los problemas de posible colisión con el derecho de libertad de empresa en su vertiente de libertad contractual, por los condicionantes a los que estaban sometidas las empresas en la elección de su personal, así como los derivados de la necesidad de aceptación previa del trabajador objeto de cesión a una empresa estibadora y a la previa realización de la formación exigida para cada grupo profesional que podían traducirse en dos causas resolutorias: negativa a la cesión y falta de adquisición de los conocimientos necesarios<sup>942</sup>.

Partiendo del anterior esquema delimitador, las prestaciones de servicios que podían establecerse por trabajadores cedidos por la SAGEP con las empresas estibadoras con licencia de prestación de servicios de manipulación de mercancías eran: (i) de naturaleza común y por tiempo indefinido, previa suspensión de la especial, para cubrir el mínimo del

---

<sup>939</sup> La SAGEP conservaba la condición de empleador, aun sin estar sometida formalmente al régimen de las Empresas de Trabajo Temporal (Ley 14/1994, de 1 de junio, BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994) sino al TRLPMM por un criterio de especialidad de esta segunda sobre el primero (véase, sobre el desplazamiento de la aplicación del artículo 43 ET y de la Ley 14/1994), BALLESTER PASTOR, I.; *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 113. La autora apunta a la existencia de ciertos paralelismos existentes entre las SAGEP y las ETT en su obra, identificando ciertos aspectos del régimen de gestión de las ETT reproducidos en el TRLPMM, aunque lo fueran con ciertas «distorsiones».

<sup>940</sup> Esta fórmula de cesión producía la suspensión de la relación laboral especial durante el tiempo en que ésta se mantuviera y la figura del empleador se desplazaba a favor de la empresa estibadora, si bien el estibador conservaba su derecho a reanudar la relación laboral especial con la SAGEP una vez extinguida la relación laboral común, salvo que la extinción derivara de una dimisión, despido disciplinario declarado procedente o por mutuo acuerdo entre el trabajador y el empresario. Bajo esta modalidad de cesión la empresa estibadora debía garantizar que la licencia se mantuviera en vigor a través de la contratación del mínimo de estibadores exigido mediante una relación laboral ordinaria.

<sup>941</sup> Ambas relaciones (especial y común) podían convivir activas, sin suspensión de la primera, sino con su novación a tiempo parcial, suscribiéndose la segunda también con esta jornada. La contratación a tiempo parcial, previo acuerdo con los Representantes Legales de los Trabajadores y las empresas del puerto afectado debía ser de un mínimo del 20% de la jornada equivalente en el mismo periodo de referencia, limitándose las horas complementarias de posible realización, no pudiendo superar el 60% de las horas ordinarias contratadas. Sobre esta modalidad de cesión, véase el artículo 6.3.1 del IV ARLSEP.

<sup>942</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Págs. 209 y 210 y BALLESTER PASTOR, I. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 122.

25% de las necesidades de la plantilla<sup>943</sup>, salvo excepciones<sup>944</sup>; (ii) de naturaleza temporal, manteniendo activa la relación laboral especial mantenida con la SAGEP<sup>945</sup> y (iii) contrataciones temporales de trabajadores ajenos a la SAGEP, durante un turno de trabajo, en caso de que la primera no pudiera proporcionar trabajadores<sup>946</sup>.

El llamamiento que sucedía a la fase de la contratación del personal por parte de la SAGEP, se regía por el sistema de rotación<sup>947</sup>, lacónicamente regulado en el artículo 151.2 del

---

<sup>943</sup> Esta es la modalidad regulada en el artículo 150.1 y 2 del TRLPEMM. En la modalidad suspensiva de la relación laboral especial, las empresas estibadoras debían dirigir una oferta a la OEE especificando sus características y condiciones que, a los efectos de analizar la incidencia que esa propuesta pudiera tener en la plantilla del puerto (nivel óptimo de empleo, incidencia retributiva, etc.) debía convocarse la Comisión Paritaria del puerto y la empresa solicitante para alcanzar los acuerdos que procedieran. Sobre este costoso procedimiento, véase el artículo del 9 IV ARLSEP). Agotado éste sin que la empresa hubiera podido cubrir el porcentaje del 25% exigido por la legislación, debía completar el porcentaje a través de trabajadores con relación laboral especial a tiempo parcial, salvo que se hubiera acordado otra modalidad en el puerto en cuestión entre los empresarios y las Representaciones Legales de los Trabajadores. Las garantías reconocidas a estos trabajadores eran plenas y máximas, en los mismos términos que tendrían en caso de que la SAGEP y las empresas estibadoras conformaran un grupo de empresas laborales (BALLESTER PASTOR, I. *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 153).

<sup>944</sup> Se podía excepcionar el cumplimiento de dicho mínimo del 25% de la actividad de la empresa en cómputo interanual, si la Autoridad Portuaria incluía en los Pliegos de Prescripciones Particulares del servicio, previo informe de Puertos del Estado, causas regladas objetivas de excepción total o parcial de este requisito en razón de las características, frecuencia y estacionalidad de los tráficos en que operara la empresa o, en su caso, si ésta resolvía una petición de una empresa portuaria o SAGEP, formulada en cualquier momento, por razones de interés de la competitividad del puerto (Cf. Artículo 150.4 TRLPEMM).

<sup>945</sup> En la modalidad no suspensiva de la relación laboral especial, por un turno de trabajo, las empresas estibadoras dirigían un llamamiento a la SAGEP, que debía contestarse en positivo o bien, caso de no tener disponibles, responderles a través de un certificado de no disponibilidad; organizando diariamente la distribución y adscripción de sus trabajadores mediante el sistema de rotación, *ex* artículo 10.1 IV ARLSEP.

<sup>946</sup> Las empresas estibadoras también podrían disponer de trabajadores externos a la SAGEP para desempeñar sus actividades comerciales, incluso procedentes de Empresas de Trabajo Temporal, con sujeción al régimen retributivo aplicable en la empresa usuaria -estibadora- (Cf. Artículo 130 TRLPEMM), aunque en primer término debieran recurrir a la SAGEP si su oferta era igual o más ventajosa que la proveniente de otras. En cualquier caso, debía garantizarse la formación de los trabajadores y también las empresas estibadoras debían costear el sector de la estiba (Cf. Artículo 155 TRLPEMM). Nótese que, en caso de empresas con licencia ordinaria de prestación de servicios portuarios de manipulación de mercancías, sus trabajadores únicamente podían proceder de la SAGEP, si bien se excepcionaba tal obligación cuando no existieran trabajadores disponibles en el momento en que el buque estuviera listo para recibir el servicio, la SAGEP/OEE no pudiera proporcionar trabajadores y no concurrieran las condiciones previstas en sus Estatutos para incrementar el número de trabajadores contratados. Ahora bien, la normativa de aplicación no eximía del cumplimiento de la cualificación exigida en los términos de los artículos 153 y 154 del TRLPEMM (Cf. Artículo 150.1 TRLPEMM). Esta situación también se producía en las empresas titulares de licencias para el servicio de manipulación de mercancías en régimen de autoprestación, debiendo acudir a la SAGEP en primer término para solicitar la puesta a disposición temporal de trabajadores, sin que el coste pudiera ser superior al fijado en la SAGEP/OEE para la actividad equivalente. La contratación directa se podía realizar sin exceder de un turno de trabajo y previa acreditación de los requisitos de capacitación profesional exigidos por la norma. Estas contrataciones se llevaban a cabo a través de una relación laboral ordinaria, en las modalidades temporales previstas por el ordenamiento jurídico (obra o servicio determinado, eventual por circunstancias de la producción, *ex* artículo 15 a) y b) del Estatuto de los Trabajadores), pudiendo incluso ser fija discontinua con la empresa estibadora según defendía la autora BALLESTER PASTOR, I. en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Págs. 155-156.

<sup>947</sup> Una vez cumplidas las condiciones establecidas en el Acuerdo Marco, cada Convenio Colectivo regulaba a su forma y manera el modo de llevar a cabo el control y vigilancia del sistema de llamamiento y la contratación

TRLPEMM, objeto de mayor desarrollo en el Acuerdo Marco, en función de si se concertaba una relación laboral común previa suspensión de la especial o bien seguía activa la relación laboral especial<sup>948</sup>.

En la medida en que la adscripción del estibador portuario determinaba la subsistencia o no de la relación laboral de carácter especial, era el régimen jurídico aplicable a los trabajadores contratados por la SAGEP durante la vigencia de la cesión el que determinaba el sistema de reparto deberes, obligaciones y competencias entre la SAGEP y las empresas estibadoras. En concreto, las obligaciones salariales y de seguridad social correspondían a la SAGEPy eran de aplicación a todos los trabajadores incluidos en el ámbito personal de cada puerto (contratados con relación laboral especial y común)<sup>949</sup>; las obligaciones en materia preventiva eran repartidas entre la SAGEP y las empresas estibadoras<sup>950</sup>, las condiciones de trabajo y el responsable de su garantía e incumplimiento<sup>951</sup>, incluidas las vacaciones<sup>952</sup> y la clasificación

---

diaria, control que era asumido esencialmente por la SAGEP si bien a través de personal que ejercía poderes de dirección en la empresa usuaria.

<sup>948</sup> Cf. Artículo 10 del IV ARLSEP. El Acuerdo Marco establecía el régimen de organización del trabajo y las preferencias que operaban en el sistema de turnos a tomar en consideración para los trabajadores que acudieran a cada llamamiento a través de la SAGEP, así como las vicisitudes que se producían en la relación laboral de carácter especial suscrita con la SAGEP en función de cada situación.

<sup>949</sup> Véase, sobre la estructura salarial, el lugar y la forma de pago, el artículo 10.7 del IV ARLSEP, así como su remisión a las normas convencionales de ámbito inferior para el establecimiento de la estructura salarial partiendo de unos criterios mínimos fijados por el Acuerdo Marco. Los trabajadores tienen, por Acuerdo Marco, una garantía de percepción salarial de treinta turnos mensuales y, los turnos no trabajados hasta alcanzar los treinta se percibían a valor de salario de asistencia o de inactividad fijado en los convenios inferiores (artículo 10.7.5 IV ALRSEP).

<sup>950</sup> Cf. Artículo 151.6 TRLPEMM.

<sup>951</sup> En relación a la jornada y la movilidad funcional de los trabajadores en régimen de relación laboral especial, véase el artículo 151.7 del TRLPEMM, que atribuía a la empresa estibadora la obligación de cumplimiento de la normativa legal y convencional en materia de tiempos de trabajo y movilidad funcional, las cuales no se regulaban en el IV ARLSEP sino que se remitían al ámbito de los convenios colectivos, limitándose el primero a establecer, en el artículo 10.4, sobre «tipos de jornadas», los turnos de trabajo, jornadas especiales y momento de inicio y finalización de los respectivos turnos. Estas condiciones de trabajo debían coincidir con las establecidas para los estibadores contratados bajo el régimen de relación laboral común, correspondiendo a la empresa estibadora su cumplimiento, quedando legitimados los trabajadores para reclamar contra la misma en caso contrario. Expresamente así lo recoge el propio artículo 151.7 del TRLPEMM: «será la empresa estibadora la responsable por los incumplimientos o infracciones de la normativa de aplicación, derivada de sus acciones u omisiones, pudiendo en tales casos formularse contra ella las acciones administrativas o jurisdiccionales correspondientes, en los mismos términos previstos en la normativa laboral respecto a los empresarios».

<sup>952</sup> A las cuales se dedica el artículo 10.6 del IV ARLSEP, equiparándolas para ambas relaciones laborales, materia que, aunque se reservaba a la regulación de los convenios colectivos de ámbito inferior, fijaba la retribución que debía abonarse durante las vacaciones, cuestión importante atendida la irregularidad de la prestación laboral, refiriéndose al promedio de la retribución media individual, en jornada ordinaria, durante los 11 meses anteriores al mes de inicio del primer turno de vacaciones. Este criterio, aplicable a todos los sectores, ha sido posteriormente sentado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a partir de su Sentencia de 15 de enero de 2018 (Rec. 47/2018), a raíz de la STJUE de 22 de mayo de 2014 (caso *Locke* C-539/12), que se pronunció en el sentido de obligar a las empresas a incluir durante las vacaciones el pago de las comisiones y otras retribuciones variables a pesar de no haber trabajado y no haber devengado salario variable.

profesional y movilidad funcional<sup>953</sup> el ejercicio de las facultades de dirección y control de la actividad y la potestad disciplinaria<sup>954</sup>.

### *a.3) La capacitación profesional como condición «sine qua non» para el ejercicio de la profesión de estibador portuario*

Finalmente, aunque no menos importante, el último de los aspectos incluido en el marco normativo referencial del procedimiento sancionador instado por la Comisión Europea fue el vinculado a la capacitación profesional de los trabajadores. Así, los estibadores portuarios interesados en integrarse en la SAGEP (ó OEE, en los términos del IV Acuerdo) debían acreditar la titulación profesional habilitante para el ejercicio de esta profesión<sup>955</sup> y, además, superar determinadas pruebas y exámenes de ingresos que llevaba a cabo la OEE<sup>956</sup>, establecidas en función de cada puerto previo acuerdo entre la Representación Legal de los Trabajadores y las empresas de cada puerto, en las cuales la OEE participaba para velar por su carácter no discriminatorio<sup>957</sup>. Dichas exigencias derivadas de la interrelación de los artículos 130 y 153.1 del TRLEPMM<sup>958</sup>.

---

<sup>953</sup> Cf. Artículo 12 del IV ARLSEP. Para la movilidad funcional, el Acuerdo Marco, supuestamente, buscaba garantizar la plena igualdad de oportunidades para los trabajadores contratados bajo ambas modalidades y, la polivalencia funcional, se aplicaba a los trabajadores con relación laboral especial y, caso de pretenderse para los que tuvieran relación ordinaria de trabajo, debía acreditarse la ausencia de disponibilidad de éstos y su propia capacitación profesional para acceder a estas otras tareas. Para poderse aplicar ambas instituciones, debía garantizarse haberse ofertado la formación en términos de igualdad para ambos colectivos (común y especial), respetando el sistema de asignación el reparto equitativo de empleo y los intereses sociales y económicos de la OEE.

<sup>954</sup> La dirección y control de la actividad efectiva correspondía a la empresa estibadora y el ejercicio de la potestad disciplinaria correspondía a la SAGEP previa comunicación remitida por la empresa estibadora, pudiendo incluir una propuesta de sanción vinculante. (Cf. Artículo 151.8 TRLEPMM y artículo 10.5.1 y 18 IV ARLSEP). El procedimiento para la aplicación de la sanción, el régimen prescriptivo y la valoración y tipificación de las faltas según su graduación, era aplicable de forma indistinta a los trabajadores vinculados con relación laboral común y especial.

<sup>955</sup> Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre, por la que se determinan las titulaciones de formación profesional exigibles para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (BOE núm. 259, de 27 de octubre de 2012).

<sup>956</sup> Véase, sobre dichas pruebas, de contenido físico, psicotécnico y médico, el Acuerdo del Consejo Rector del organismo público Puertos del Estado, por el que se aprueba el contenido mínimo de las pruebas de aptitud psicofísica para acreditar la idoneidad de los trabajadores que deseen desarrollar actividades que integren el servicio de manipulación de mercancías (BOE núm. 104, de 2 de mayo de 2011). En cuanto a las pruebas y su contenido mínimo, la Resolución de 11 de abril de 2011, de Puertos del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Rector por el que se aprueba el contenido mínimo de las pruebas de aptitud psicofísica para acreditar la idoneidad de los trabajadores que deseen desarrollar actividades que integren el servicio de manipulación de mercancías, remite al anexo IV del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

<sup>957</sup> La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 19 de marzo de 2002 (Rec. núm. 3221/2001) anuló los resultados de una prueba física que había realizado un trabajador minusválido al considerar que la empresa debía haber tenido especial sensibilidad con él y haberle adaptado las pruebas a su deficiencia física en orden a la acreditación de su capacidad.

<sup>958</sup> Este precepto establecía que los trabajadores que desarrollaran las actividades incluidas en el servicio de manipulación de mercancías debían acreditar alguna de las titulaciones de formación profesional de grado medio o superior determinadas por el Ministerio de Fomento, previa audiencia de las organizaciones sindicales

En este sentido, la norma se encargaba de garantizar que los trabajadores acreditaran capacidad necesaria<sup>959</sup>, debiendo poseer determinadas titulaciones de formación profesional de grado medio o superior fijadas por el Ministerio de Fomento, previa audiencia de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, las Autoridades portuarias y los Ministerios competentes en educación y trabajo<sup>960</sup>.

En ese momento, la Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre fijaba las titulaciones de formación profesional exigibles para la prestación de servicios de manipulación de mercancías detalladas en el Anexo<sup>961</sup>, si bien en el artículo 154 establecía situaciones en las que se eximía la acreditación de las titulaciones si se habían realizado más de cien jornadas de trabajo en tareas de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías, entrega, recepción, depósito y remoción y traslado en el último año natural<sup>962</sup>.

En sede de regulación convencional, el artículo 13 del IV ARLSEP se reservaba al establecimiento de la necesaria prioridad de fijar unos planes permanentes de formación profesional de los estibadores portuarios, que asumiera el contenido íntegro del IV Acuerdo Nacional de Formación de 1 de febrero de 2006<sup>963</sup>, el Acuerdo de prórroga suscrito el 27 de diciembre de 2010<sup>964</sup> y el Acuerdo Estatal de Formación Continua para el Sector de Estiba<sup>965</sup>. A tal fin, obligaba a las OEE a ofrecer planes formativos para los trabajadores activos y a garantizar que los de nueva incorporación cumplieran las exigencias de capacitación mínimas<sup>966</sup> para superar las pruebas selectivas<sup>967</sup>. Dicha previsión respondía a la exigencia

---

y empresariales más representativas en el sector, oídas las Autoridades portuarias y los Ministerios competentes en educación y trabajo.

<sup>959</sup> Cf. Artículo 130 TRLPEMM.

<sup>960</sup> BALLESTER PASTOR, I. «Colocación y contratación en la estiba portuaria», *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos* (Coord. Cabeza Pereiro, J y Rodríguez Rodríguez, E.), Editorial Bomarzo, 2015. Pág. 537.

<sup>961</sup> BOE núm. 259, de 27 de octubre de 2012.

<sup>962</sup> Este precepto eximía de la exigencia de dicha titulación el personal del buque que realizara a bordo actividades incluidas en el servicio portuario de manipulación de mercancías en las situaciones permitidas en el TRLPEMM. Sobre esta cuestión, véase BALLESTER PASTOR, I; en *La relación laboral especial de los estibadores portuarios...* Op. Cit. Pág. 158, quien ya advertía de que el extenso elenco de excepciones podía hacer decaer en demasiados supuestos lo previsto en la Orden FON/2297/2012, de 23 de octubre, sobre las titulaciones exigidas para la prestación de dichos servicios.

<sup>963</sup> BOE núm. 73, de 27 de marzo de 2006.

<sup>964</sup> BOE núm. 28, de 2 de febrero de 2011.

<sup>965</sup> BOE núm. 42, de 18 de febrero de 1998.

<sup>966</sup> Cf. Artículo 7 IV ARLSEP.

<sup>967</sup> En su virtud, debía constituirse una Comisión de Formación Sectorial de ámbito nacional, en la cual cada parte debía nombrar a sus representantes, así como también comisiones paritarias de formación en cada puerto en función de la representatividad de las partes del convenio colectivo local. El artículo 13 del IV ARLSEP también regulaba la necesidad de que la Comisión estatal de Formación Sectorial aprobara criterios para la



contenida en el artículo 152 del TRLPEMM sobre la necesidad de destinar un 1% de la masa salarial de la SAGEP a la formación continua de los trabajadores, medida considerada de imprescindible cumplimiento en aras a garantizar su profesionalidad<sup>968</sup>.

Sin perjuicio de las derogaciones normativas derivadas del recurso por incumplimiento deducido por la Comisión Europea, como se verá más adelante, pocas diferencias separan el sistema de regulación de la capacitación técnica y la formación de los estibadores portuarios que fue objeto de condena por parte del TJUE, del actual y vigente régimen consignado en sede de V Acuerdo Marco.

b) El asunto C-576/13 (STJUE de 11 de diciembre de 2014) como origen de la crisis del modelo español de regulación del trabajo de la estiba portuaria

*b.1) La funcionalización del «case law» comunitario a modo de precursor del asunto C-576/13*

Distintos vectores convergieron en el ámbito supranacional en orden a asegurar una integración encubierta vía recurso por incumplimiento deducido ante el TJUE, en un contexto de insuficiente «soft law» y de reiterada hermenéutica «obiter dicta» consignada en determinados precedentes comunitarios. La pugna entre estabilidad laboral y libertades comunitarias a las que ha tenido que enfrentarse el Tribunal de Justicia de la Unión (actual TJUE) durante las últimas dos décadas ha sido una constante y merece, cuanto menos que, con carácter preliminar al análisis del procedimiento sancionador que detonó la última gran reforma en el sector de la estiba, se aborden, brevemente y a modo de precedente, algunos mecanismos o dinámicas de integración de determinadas exigencias normativas supranacionales en los ordenamientos jurídicos internos, materializados sin mediación de Derecho derivado interpuesto.

La fuerte tendencia liberalizadora de la Unión y su intervención reguladora como institución supraestatal armonizadora de los distintos marcos jurídicos nacionales tiene su origen -y, aun no resultando éste el foco de nuestro estudio, sí es pertinente en este marco introductorio aludir, siquiera someramente-, en el cambio de paradigma en este nivel de regulación producido tras el ingreso de Reino Unido y la República de Irlanda a partir del año 1973 en la Comunidad Europea, de corte claramente liberal, que llevaron -entre otras circunstancias- a evidenciar necesidades sociales de imperativa atención, en contraste con los marcos

---

distribución, aplicación y gestión de los recursos recaudados como consecuencia de la dotación económica mínima ordenada por la norma (1% de su masa salarial), asignándole una serie de cometidos (*ex* artículo 13.3 del IV ARLSEP), al tiempo que estableciendo un sistema de adopción de acuerdos y regulando el origen de los fondos destinados a la financiación de los planes formativos permanentes a través de dicha Comisión.

<sup>968</sup> La SAGEP/OEE debía expedir los certificados de formación y acreditar, previo informe-consulta a la Representación Legal de los Trabajadores, que los trabajadores poseyeran las especialidades correspondientes mediante la superación de los cursos de formación o perfeccionamiento, a través del órgano calificador de la profesionalidad existente en cada puerto, órgano en el que debían participar los Representantes Legales de los Trabajadores y representaciones empresariales, cuyo presidente era nombrado por la misma SAGEP/OEE.

reguladores de los seis miembros fundadores de la Comunidad de diseño más social y con menor necesidad interventora (Alemania, Bélgica, Luxemburgo, Italia, Francia y Países Bajos).

Sin embargo, tras el transcurso de una etapa durante la cual la Comunidad Europea se implicó en materias sociales desde sus fuentes más originarias<sup>969</sup>, el firme corte liberal de los principios inspiradores de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia volvió a emerger, y de éstos son máximos exponentes tanto el derecho de la competencia como la libre prestación de servicios y libertad de establecimiento.

En el ámbito de la libre competencia y su colisión con la eficacia de los convenios colectivos, destaca por su elocuencia la sentencia Albany<sup>970</sup> dictada una vez entrado en vigor el Tratado de Maastricht<sup>971</sup>, en torno a los efectos del actual artículo 101 TFUE (anterior artículo 85 TCE) en cuya virtud, tal como se ha significado *ut supra*, una afiliación obligatoria a un fondo de pensiones *ex* convenio colectivo se acabó considerando compatible con el citado precepto apelando a la dimensión social derivada de los fines del Tratado Constitutivo y a la necesidad de preservación de la solidaridad inter-generacional<sup>972</sup>. Si bien tras la sentencia Albany el Tribunal dictó más pronunciamientos en los que se abordaba la compatibilidad con el actual artículo 101 TFUE de determinados instrumentos de protección social acordados por convenio colectivo para cuya aplicación fueran necesarias decisiones públicas o

---

<sup>969</sup> Sobre la constante «social» como impulsora de las sucesivas reformas del Derecho originario, véase CABEZA PEREIRO, J. *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo...* Op. Cit. Pág. 2. En su obra alude al Acta Única Europea, la Carta de Estrasburgo de 1989, de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, el Tratado de Maastricht, la Carta de Niza de 2000, de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa, como introductor del concepto de «economía social de mercado».

<sup>970</sup> Sentencia de 21 de septiembre de 1999 (Asunto C-67/96), *Albany*. Sobre el peso de esta Sentencia, véase RODRÍGUEZ PIÑERO, «Derecho del Trabajo y disciplina de mercado», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2001. Págs. 89-102.

<sup>971</sup> Antes de su entrada en vigor y del inicio, en el marco de la Unión, de nueva etapa que tenía como primer pilar la misión de asegurar el buen funcionamiento del mercado único, el desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, un alto nivel de empleo y de protección social y la igualdad entre hombres y mujeres, el TJUE había dictado la Sentencia de 23 de abril de 1991 (Asunto C-41/90), *Höfner y Elser (Klaus Höfner y Fritz Elser vs. Macrotron GmbH)* en la cual se habían abordado los monopolios de servicios públicos de empleo. En ese asunto, *Höfner y Elser* consideraban que el concepto de empresa comprendía toda entidad que ejercería actividades económicas, sin que el carácter público del organismo en cuestión y el haberle otorgado la autoridad pública la gestión de un servicio de interés económico general (selección de personal y colocación) pudiera excepcionar la aplicación del artículo 86 del Tratado CEE, considerando que la empresa en cuestión abusaba de su posición dominante por extender su monopolio legal a actividades que las empresas privadas también podían realizar de igual forma o incluso de manera más eficaz. El Tribunal determinó que una oficina pública de empleo que ejerciera actividades de colocación estaba sometida a la prohibición concerniente a la posición dominante recogida en el artículo 86 del Tratado (actual artículo 102 TFUE), entendiéndose que la atribución del derecho exclusivo de colocación por parte de un Estado Miembro infringía el artículo 90.1 del Tratado (actual artículo 106 TCE). Sobre la relevancia de estas resoluciones y su impacto en la «reinterpretación» de los derechos sociales a la luz del derecho de la competencia, véase GÓMEZ MUÑOZ, J.M. *Libertad de empresa, competencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo...* Op. Cit. Pág. 55 y ss.

<sup>972</sup> Aborda con rigor el contexto social que incidió en la evolución de la jurisprudencia comunitaria vinculada a la libre competencia CABEZA PEREIRO, J. en *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo...* Op. Cit. Págs. 3 a 5.

contrataciones de terceras empresas privadas<sup>973</sup>, merecen especial mención la Sentencia *FN Kunsten*<sup>974</sup> y *Pavlov*<sup>975</sup>, la primera, tratada con anterioridad a propósito del «case law» como referente hermenéutico.

Descendiendo al ámbito portuario y marítimo, en materia de libre competencia, encontramos otros pronunciamientos que determinaron la exclusión de los convenios colectivos de las normas de la competencia, si bien no como un directo automatismo aplicado de forma incondicionada, sino en función de los efectos de cada medida nacional o del Derecho interno y de las circunstancias del caso sometido a examen<sup>976</sup>. En este orden debemos aludir, por circunscribirse al sector portuario, el Asunto *Becu y otros* tratados en el Capítulo II del presente estudio<sup>977</sup>, que analizó el derecho interno belga a la luz de la libre competencia<sup>978</sup>. En este orden del debate, recobra especial atención este asunto por los posibles paralelismos que puede guardar con el de la estiba portuaria en el marco español, núcleo del procedimiento sancionador que se abordará a continuación, aunque, en ese caso, no desde el foco o prisma de la libertad de establecimiento, sino de la libre competencia.

Recuérdese que, el ordenamiento jurídico interno belga, regulaba que las empresas, para realizar trabajos portuarios, debían contratar necesaria y exclusivamente a trabajadores portuarios reconocidos, a los que debían abonar un salario neto superior a sus propios empleados o a los que percibían otros trabajadores. El asunto no hacía referencia a derechos de exclusiva explotación por parte de determinadas empresas (acuerdos de empresa) que activaran la aplicación del Derecho de la competencia, a excepción de que el colectivo de trabajadores portuarios pudiera constituir una empresa, circunstancia que no se daba en el caso al tratarse de trabajadores asalariados de órganos auxiliares de una empresa con la que formaban una unidad económica. La Sentencia destacó, como vimos en el epígrafe 2.2.c), que el régimen de monopolio profesional de los estibadores belgas suponía un importante encarecimiento de los costes salariales y, precisamente, la reducción de esa diferencia de

---

<sup>973</sup> Sentencias del TJUE de 21 de septiembre de 1999 (Asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97), *Brentjen's* y Asunto C-219/97, *Drijvende*); Sentencia de 21 de septiembre de 2000 (Asunto C-222/98), *Van der Woude* y Sentencia de 3 de marzo de 2011 (Asunto C-437/09), *AG2R Prévoyance*.

<sup>974</sup> Sentencia del TJUE de 4 de diciembre de 2014 (Asunto C-413/13), *FNV Kunsten*. Sobre este asunto, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO-FERRER, M. *Contratación colectiva, derecho de la competencia...* Op. Cit.

<sup>975</sup> Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2000 (Asuntos C-180 a 184/98), *Pavlov*. Este asunto refería a un acuerdo profesional de autónomos (médicos especialistas) no exonerados de la aplicación del artículo 101 TFUE (entonces artículo 85 TCE), aunque en ese caso concreto se considerara que la restricción de la competencia fuera leve y, por ende, no vulneradora del Tratado, evidenciando que la aplicación del precepto regulador de la libre competencia, en el marco de los acuerdos colectivos, no implicaba su transgresión o infracción en todos los supuestos.

<sup>976</sup> Cítese, a modo de ejemplo, la Sentencia de 17 de marzo de 1993 (Asuntos C-72 y C-73/91), *Sloman Neptun* y la Sentencia de 9 de julio de 2009 (Asunto C-319/07), *Comisión c. Reino de Dinamarca y Reino de Noruega*, en torno a los registros navieros y su alcance limitativo de la libre competencia.

<sup>977</sup> Vid 2.2.b), sobre la Sentencia de 16 de septiembre de 1999 (Asunto C-22/98), *Becu y otros*.

<sup>978</sup> Anteriormente, ya se había analizado en el Asunto *Mervi* (C-179/90), en el cual se había considerado incompatible con el artículo 90.1 TCEE (actual 106.1 TFUE), abordado el epígrafe 2.2.a) del presente estudio.

costes había constituido uno de los motivos de la legislación liberalizadora española, si bien ésta última yendo más allá de la exigencia de registro de estibadores, fijando un monopolio de suministro de trabajadores a través de la SAGEP<sup>979</sup>.

El criterio con base en el cual el Tribunal consideró que esta regulación no infringía el Tratado era que dichos trabajadores, contratados laboralmente para periodos de corta duración, no podían tener la consideración de empresas, a pesar de formar parte de alguna asociación<sup>980</sup>. Sin duda fue una resolución que arrojó cierta seguridad en un mercado portuario en el que, en sede de condiciones laborales, los trabajadores portuarios ostentaban clara posición predominante<sup>981</sup>. Se trataba un aspecto que, quizás analizado bajo una perspectiva comunitaria distinta, hubiera tenido otro resultado más próximo al que se ha tenido que enfrentar el orden español en el Asunto C576/13<sup>982</sup>.

No puede obviarse que, el asunto *Becu*, se resolvió poco después de abordarse el asunto *Raso*<sup>983</sup>, que trataba sobre una empresa italiana que disponía de un monopolio de operaciones portuarias que fue suprimido por el legislador al permitir la entrada de otras empresas especializadas para que pudieran operar en el mismo puerto. En éste el Tribunal señaló que la empresa, al poder seguir compitiendo en los servicios portuarios, se encontraba en una situación de «conflicto de intereses» y susceptible de alterar en su beneficio la igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores económicos que actuaban en el mercado de servicios portuarios, pudiendo abusar de su monopolio a través del establecimiento de precios excesivos de mano de obra a sus competidores o de mano de obra inadaptada a las tareas a desarrollar. Este régimen jurídico se consideró contrario al artículo 90.1 TCE (actual artículo 106.1 TFUE), en relación con el artículo 86 TCE (actual artículo 102 TFUE). La diferencia entre ambos asuntos radicaría más en el concepto de empresa que en el suministro de trabajo portuario, partiendo de que en múltiples puertos europeos existen restricciones para el empleo de estibadores que establecen prioridades para trabajadores registrados o para suministradores reconocidos de esos empleados, siendo el exceso o proporcionalidad de las

---

<sup>979</sup> RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. *La libertad de establecimiento ex art. 49 TFUE y el régimen español del trabajo portuario...* Op. Cit. Pág. 28 y ss.

<sup>980</sup> Vid. Epígrafe 2.2.c).

<sup>981</sup> CABEZA PEREIRO, J. en *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo...* Op. Cit. Pág. 5, aborda el impacto de esta Sentencia en relación con el asunto C-576/13, *Comisión c. Reino de España*, así como su contraste con otros asuntos previos en los que el Tribunal había considerado infringida la libre competencia (como el Asunto C-179/90, STJUE de 10 de diciembre de 1991), *Merci Convenzionali porto di Genova*, considerándolo como un «punto de inflexión» en la jurisprudencia en la materia. Para un mayor detalle del Asunto *Merci*, Vid. Epígrafe 2.2.b).

<sup>982</sup> ESTEVE SEGARRA, A. en *Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: la ordenación jurídico-laboral española de la actividad de los estibadores portuario...* Op. Cit. Pág. 11, apunta a que ese supuesto hubiera tenido un resultado distinto a la luz del marco normativo español, dado que los trabajadores portuarios se encontraban vinculados a la SAGEP (empresa) y no a ninguna asociación.

<sup>983</sup> STJUE de 12 de febrero de 1998 (Asunto C-163/96), *Raso*.

restricciones en relación con los límites de la no discriminación, protección de derechos humanos y social lo que marcaría la diferencia entre unas y otras<sup>984</sup>.

Sea como fuere, en esta ocasión el enfoque que adoptó la iniciativa sancionadora de la Comisión Europea no tuvo origen en el derecho de la competencia desde una perspectiva social, que ya se había revelado compatible –en ciertas circunstancias– con los acuerdos emanados de la autonomía colectiva, sino en la confrontación de las libertades comunitarias con los derechos laborales, a la cual el Tribunal en modo alguno reputó extensible la doctrina *Albany*, circunscrita al derecho de la competencia<sup>985</sup>.

En este orden del debate, es pertinente traer a colación la importante doctrina sentada en el Asunto *Rewe-Zentral*<sup>986</sup>, vinculado a la misma libertad comunitaria abordada en el Asunto *Dassonville*<sup>987</sup> en aras a esclarecer el incuestionable papel de garante de la protección de los principios comunitarios frente a las posibles injerencias de los Estados miembros, a propósito del que, como se ha visto en precedentes epígrafes, cobran entidad tanto la prueba de justificación de las restricciones como el principio de proporcionalidad. Estas resoluciones sentaron las bases de una doctrina especialmente escéptica y escrupulosa con las sospechas de limitaciones o medidas impeditivas de la libertad de circulación, fijando un amplio y omnicompreensivo concepto de restricción de las libertades comunitarias que, sin duda, ha tenido posterior proyección en el actual nivel de exigencia de las justificaciones de las restricciones dimanante de la jurisprudencia del TJUE.

El gran valor otorgado a las libertades comunitarias por el TJUE, a pesar de que la doctrina haya considerado que las libertades y los derechos fundamentales están situados en planos distintos<sup>988</sup>, ha supuesto que, *inclusive* en asuntos con derechos fundamentales en juego, el Tribunal se decantara a favor de las primeras cuando el ejercicio de éstos tuviera connotaciones de naturaleza económica, a diferencia de en aquellos casos relacionados con medidas que incorporaran valores de tipo ético o moral<sup>989</sup>.

---

<sup>984</sup> RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. en *La libertad de establecimiento ex art. 49 TFUE...*, Op. Cit. Pág. 28, equipara estas situaciones a las de «closed shop», con reglas sobre fronteras profesionales y prácticas laborales restrictivas, además de limitaciones de actuación de las Empresas de Trabajo Temporal. Para un mayor detalle sobre la posibilidad otorgada por la legislación comunitaria a los Estados de elegir entre libre mercado vs. sistema eficiente y sostenible de registro libre de excesos restrictivos, véase VAN HOOYDONK, E. «Port labour in the EU», I, Estudio encomendado por la Unión Europea, Informe Final, Bruselas, 2013. Dieciséis Estados miembros tienen un mercado regulado en la estiba. *Study commissioned by the European Commission, Brussels Contract Number MOVE/C2/2010-81/SI2.588013*.

<sup>985</sup> En Sentencias anteriores, como la dictada en el Asunto *Walrave* (36/74), de 12 de diciembre de 1974, el Tribunal ya se había pronunciado sobre la no extensión de la inmunidad de los convenios colectivos a las prohibiciones de restricciones a la libre circulación (en ese caso, la de trabajadores).

<sup>986</sup> *Vid.* 763.

<sup>987</sup> *Vid.* 758.

<sup>988</sup> DE VRIES, S.A. «Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice» *Utrecht Law Review*, Vol. 9, N° 1, 2013. Pág. 176.

<sup>989</sup> Es elocuente esta «exención» a la inclinación natural a favor de las libertades en los Asuntos *Schmidberger* (Sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/2000), *Omega* (Sentencia de 14 de octubre de 2004, C-36/02) y *Dynamic*

Muestra evidente de esta tendencia han sido los asuntos Viking y Laval presentados en el precedente apartado 4.1.b), en los que, como se ha visto, en el marco de reivindicaciones sindicales y huelgas, el Tribunal primó las libertades fundamentales de prestación de servicios y de establecimiento frente a la garantía de los derechos laborales básicos<sup>990</sup>, en esos supuestos, no vinculados a valores éticos o morales exencionados de tal prelación.

Por otro lado, debe significarse el valor e impacto que tuvo la Sentencia «Holship» del Tribunal de Justicia EFTA de 19 de abril de 2016<sup>991</sup>, en materia de Derecho Social Europeo, por la relevancia que podría desprender en el proceso de reconversión de la estiba y reafirmación de la posición de la CNMC, como se verá más adelante. Este asunto ha sido considerado uno de los más relevantes en el ámbito de la doctrina contraria a las libertades de negociación colectiva y sindicales, que ya se plasmó en el caso *Viking, Laval* y posteriores<sup>992</sup>.

La empresa noruega «Holship», de capital danés, se dedicaba a la limpieza de cajas de fruta y también operaba en envíos de algunas mercancías por barco. No había formado parte de la asociación empresarial firmante del convenio marco de la estiba en la cual se regulaba la primacía de contratación de los estibadores de la Oficina de Administración Portuaria (AO), aunque había utilizado sus servicios hasta que, debido al aumento de actividad, le llevó a

---

*Medien* (Sentencia de 14 de febrero de 2008, C-244/2006). En la primera, se contraponía una autorización a una manifestación pacífica de una autopista austríaca con fines medioambientales (derechos de reunión y libre expresión), que se consideró, por su carácter ético moral y no socioeconómico, admisible desde el prisma de la libertad de circulación. En el segundo asunto, se abordaba la limitación de comercialización de videojuegos que incitaban conductas violentas con protección del derecho fundamental a la dignidad humana. La naturaleza de la justificación a la limitación de la libre circulación, en este caso, también llevaba a primar el derecho fundamental. El último asunto enjuicia, en el mismo sentido que los anteriores, la comercialización de videos animados japoneses por parte de Alemania desde el Reino Unido para adolescentes, que se consideraron por el poder público nacional que debían ser objeto de supervisión en aras a la protección de los derechos de los infantes y jóvenes. La sencillez del procedimiento de control o verificación y la conexión con el valor jurídico en juego condujo a que, de nuevo, prevaleciera la protección de los menores.

<sup>990</sup> SALCEDO BELTRÁN, C. «Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales. (A propósito de la STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13), La Ley 116618/2014, *Revista de derecho social*, N° 67, 2014. Págs. 135-143 y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «¿Normas internacionales versus Normas de la UE? De nuevo a propósito del caso Laval», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 11, 2014. Págs. 105-132.

<sup>991</sup> «European Free Trade Association Court» o Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (Case E-14/15).

<sup>992</sup> De los asuntos *Viking* y *Laval* se hace eco esta Sentencia en respuesta frente a las preguntas planteadas por el Tribunal Supremo noruego sobre la interpretación de los artículos 31, 53 y 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en materia de libertad de establecimiento, a propósito de una cláusula de un Acuerdo Marco sobre una retribución fija de los trabajadores portuarios que concedía prioridad para el trabajo de estibador a los trabajadores registrados en la Oficina de Administración del trabajo portuario en el puerto de Drammen. La conclusión del TJEFTE fue que se producía una restricción de la libertad de establecimiento y que no se había demostrado que la restricción permitiera mejorar las condiciones de trabajo. En relación con esta cuestión, véase PAZOS PÉREZ, A. «La estiba portuaria tras la aprobación del Real Decreto 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», *Retos presentes y futuros de la política integrada de la Unión Europea*, Bosch Editor, 2017. Págs. 257-258.

desvincularse de la misma y emplear a estibadores propios, a los que les aplicaba el convenio de limpieza propio de su actividad principal. El sindicato de estibadores reclamó la aplicación del convenio marco de estiba y, ante la negativa de la empresa a proceder a tal efecto, presentó una solicitud de boicot lícito que, tras ser declarado lícito ante el Tribunal municipal de Drammen y por el Tribunal Superior (Borgarting Lagmannsrett)<sup>993</sup>, acabó derivándose al Tribunal Supremo noruego, instancia que planteó la cuestión ante el TJEFTA, solicitando un dictamen consultivo. En el procedimiento, la Comisión Europea dio soporte a las posiciones empresariales y, por la parte social, intervinieron el gobierno noruego y el sindicato de trabajadores.

El Tribunal mantenía la separación del mercado laboral del de mercancías, servicios y capitales, admitiendo cierto margen de restricción de la competencia vía convenios colectivos. Ahora bien, la inclusión del mantenimiento de una prioridad de contratación para los estibadores portuarios registrados en el ámbito del núcleo protegido (condiciones de trabajo y empleo) o, por el contrario, su sometimiento a las normas de libre competencia del Espacio Económico Europeo no era una cuestión diáfana. La conclusión que acabó alcanzando, no sin antes argumentar su posición, fue que la prioridad en el empleo, cuando el boicot iba dirigido a obligar a una empresa a contratar servicios de estiba a otra empresa en lugar de utilizar sus propios empleados, no quedaba cubierta por la exención de las reglas de la competencia aplicable a los convenios colectivos; además de entender que un boicot como el que existió podría desincentivar o impedir el establecimiento de empresas de otros Estados miembros<sup>994</sup>. En el caso enjuiciado, los efectos superaban, a juicio del Tribunal, el objeto y elementos propios del convenio colectivo, pues el boicot no pretendía mejorar las condiciones laborales, ni tampoco el Convenio 137 OIT podía constituir una alegación. Consiguientemente, la cláusula de prioridad no cumplía el requisito de razonable equilibrio entre la libertad de establecimiento y un posible derecho fundamental al boicot<sup>995</sup>.

---

<sup>993</sup> Sentencias de 19 de marzo de 2014 y de 8 de septiembre de 2014. Para un mayor detalle de los antecedentes judiciales, véanse los apartados II y III de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 10 de septiembre de 2021, Sol. N° 45487/17. La Sentencia del Tribunal municipal de Drammen reconoció, sin embargo, que debía evitarse una situación en la que una posición dominante distorsionara la competencia y fuera un obstáculo para la libertad de establecimiento, a pesar de considerar que esta consecuencia no se generara a razón del acuerdo marco enjuiciado.

<sup>994</sup> El párrafo 49 de la Sentencia consigna que el Acuerdo Marco regulaba el establecimiento de una Oficina de Administración de la estiba portuaria que otorgaba prioridad de contratación a los estibadores de dicha oficina, considerando que existía un doble beneficio: el de la estabilidad laboral y el de los salarios. El hecho de que el sindicato de estibadores formara parte del Acuerdo Marco y participara en la gestión de la Oficina de Administración, a juicio del TEFTA, suponía que coincidieran en el interés de preservar la posición mercantil de ésta, beneficiando el boicot tanto a la Oficina de Administración como a sus actividades mercantiles, aunque se notificara por el sindicato, así como también a un grupo de trabajadores en detrimento de otros. Destaca el supuesto interés «común» identificado por el Tribunal, dada la contraposición aparente de los mismos. Ello no fue óbice, sin embargo, para que el Tribunal considerara que la obligación de contratación de trabajadores no necesarios constituía un abuso de posición dominante, pudiendo el sindicato que actuaba para sí mismo (y no en nombre de sus afiliados) ser considerado como empresa y, por ende, no excluido de las normas sobre competencia. Sobre el particular, véase OJEDA AVILÉS A. *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019...* Op. Cit. Págs. 63 y ss.

<sup>995</sup> Apartados 120 y ss. de la Sentencia del TJEFTA de 19 de abril de 2016, E-14/15, *Holship Norge AS contra Norske Transportarbeiderforbund*. ([HTTPS://EFTACOURT.INT/CASES/E-14-15/](https://eftacourt.int/cases/e-14-15/)).

Partiendo del pronunciamiento del TEFTA de 19 de abril de 2016, el Tribunal Supremo noruego, el 25 de mayo de ese mismo año<sup>996</sup>, consideró que la libertad de establecimiento era un derecho fundamental en el contexto de cooperación con el EEE, razón por la cual concluyó que en el asunto sometido debía ponderar el derecho a la libertad de reunión y de asociación (artículo 11 del CEDH) con el derecho a la libertad de establecimiento de Holship en virtud del Acuerdo sobre el EEE (artículo 31)<sup>997</sup>. Según el criterio de la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo, el derecho a la prioridad de contratación para las operaciones de carga y descarga de los estibadores registrados en la Oficina de Administración del puerto de Drammen constituía una restricción a la libertad de establecimiento en virtud del artículo 31 del Acuerdo EEE, que se consideró equivalente al artículo 49 TFUE. La limitación del acceso de otros operadores en el mercado, favoreciendo al personal de la Oficina de Administración frente a aquellos, se reputó contraria a la libertad de establecimiento, al tiempo que se consideró que no concurría una «razón imperiosa» que justificara tal restricción, apelando asimismo a los Asuntos *Viking* y *Laval* a propósito de la interpretación del requisito de la proporcionalidad, el cual no se consideró que se conciliara con los derechos previstos en el Acuerdo EEE, erigiéndose la libertad de establecimiento como «piedra angular» de este, a criterio del Tribunal Supremo noruego<sup>998</sup>.

A los efectos de las eventuales segmentaciones del mercado de trabajo y situaciones de desigualdad que se podrían generar con ocasión de la aplicación del V Acuerdo Marco del sector de la estiba, que se analizarán en el último epígrafe de la presente investigación, se revela consustancial la reflexión efectuada por el Tribunal Supremo noruego a resultas del examen de la restricción de acceso de otros operadores al mercado de servicios de carga y descarga, relativa a que, a mayor abundamiento, también se entraría en conflicto con los intereses de otros trabajadores. De permitirse la realización de operaciones de carga y descarga en el puerto de Drammen, a través de los estibadores elegidos por Holship, se hubieran generado puestos de trabajo. Desde el prisma de los derechos humanos, era difícil argumentar que esos puestos de trabajo tuvieran menor valor que los puestos de trabajo de los empleados integrantes de la Oficina de Administración, siendo que los objetivos que pretendía proteger el derecho a la prioridad de contratación podían garantizarse a través de

---

<sup>996</sup> Véase la sentencia del Tribunal Supremo noruego de 25 de mayo de 2016 en <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/avgjorelser/2016/avgjorelser-desember-2016/sak-2014-2089-plenum.pdf>

<sup>997</sup> El Acuerdo EEE se firmó en 1992 entre los entonces doce países de la UE y los seis países de la AELC: Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, aunque Suiza posteriormente lo rechazó. Entró en vigor el 1994 y, el año 1995, Austria, Finlandia y Suecia, se incorporaron en la UE. El Acuerdo se ha ido adaptando progresivamente para contemplar la adhesión de diez países a la UE en 2004, de otros dos países en 2007 y, finalmente, Croacia, en 2013. Actualmente, reúne a Islandia, Liechtenstein y Noruega.

<sup>998</sup> Para una síntesis de los argumentos del Tribunal Supremo noruego, véanse los apartados 42º y siguientes de la SETDH de 10 de septiembre de 2021, Sol. N° 45487/17. Esta Sentencia contó con una minoría de siete jueces disidente del criterio de la mayoría, que entendió que la protección de los trabajadores podía justificar la restricción de la libertad de establecimiento, apelando al Convenio núm. 137 de la OIT, que ya había sido citado por el Reino de España en el procedimiento de recurso por incumplimiento deducido ante el TJUE del que resultó la STJUE de 11.12.2014 (C-576/13). Al respecto de la interpretación dada a este instrumento internacional, confróntese el apartado 56º de la SETDH de 10 de septiembre de 2021, con los apartados 39 y ss. de la STJUE de 11.12.2014.



otros medios<sup>999</sup>. En definitiva, el Tribunal sostuvo que la prioridad de los estibadores inscritos pretendía más cerrar el mercado de trabajo que proteger a los trabajadores. Finalmente, esta resolución judicial fue recurrida por la parte vencida ante el TEDH que, en Sentencia dictada el 10 de septiembre de 2021<sup>1000</sup>, declaró que, desde la perspectiva del artículo 11 del CEDH, la libertad de establecimiento consagrada en el Acuerdo EEE no sería un derecho fundamental contrapuesto al de la libertad de asociación, sino más bien un elemento relevante a tomar en consideración en la evaluación de la proporcionalidad debida con arreglo al apartado 2º del artículo 11 del CEDH. En el caso enjuiciado, el TEDH consideró que el pronunciamiento del Tribunal Supremo noruego había justificado con suficiencia y pertinencia su conclusión final.

Ahora bien, no es tanto la cita a la Sentencia del TJUE sobre el Asunto C-576/13 del TEFTA o del Tribunal Supremo noruego en lo que refiere a la ponderación de medidas restrictivas lo que podría desprender cierta relevancia a los efectos que nos ocupa, en la medida en que, en principio, éstas no deberían ir más allá de lo necesario. Lo fundamental de esta resolución y la del Tribunal Supremo noruego, en relación con el asunto de la estiba portuaria española, es que se consideró que el Acuerdo Marco podía ser de dudosa legalidad, sospecha en base a la cual el Tribunal Supremo noruego acabó determinando que las cláusulas del Acuerdo Marco restringían la libertad de establecimiento y que podían producir efectos desiguales entre el colectivo de estibadores. Más allá de la posible confusión que pudiera haber cometido el TEFTA a la hora de no advertir con suficiencia que el sindicato de estibadores no tenía participación en la Oficina de Administración (compuesta por tres empresarios y dos trabajadores), participando simplemente en su gestión; no puede obviarse que la negociación colectiva noruega se basaba en la afiliación de las partes firmantes y, los acuerdos marco, a diferencia de nuestro sistema de eficacia general o *erga omnes* cuando son firmados por las organizaciones más representativas, desprendían eficacia limitada<sup>1001</sup>.

Más allá de lo anterior, que con prolijo detalle es apuntado por Ojeda Avilés en su obra<sup>1002</sup>, lo cierto es que, en el ámbito español, los sindicatos tampoco contaban con participación «gestora o financiera» en la anterior SAGEP ni tampoco la ostentarían en los actuales Centros Portuarios de Empleo -sucesores de la SAGEP, como se verá más adelante-, pero ello no es óbice, en absoluto, para que, *de facto*, puedan controlar la gestión laboral de los estibadores portuarios y, más importante todavía, generarse desigualdades en el acceso al mercado de

---

<sup>999</sup> Apartado 47 de la SETDH de 10 de septiembre de 2021, Sol. N° 45487/17, a modo de síntesis del argumento del Tribunal Supremo noruego.

<sup>1000</sup> Sol. N° 45487/17.

<sup>1001</sup> Por otro lado, tal como recuerda OJEDA AVILÉS A. *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019...* Op. Cit. Págs. 67-68, en nuestro régimen jurídico se mantiene el de la autoprestación (modelo *landlord*) ex artículo 133 TRLPEMM y, además, la aplicación del convenio colectivo de la actividad principal a la secundaria, precisa cierta relación de dependencia o complementariedad, que sería muy dudoso que concurriera entre la actividad de limpieza y estiba a los efectos de la aplicación del convenio de la primera a la segunda.

<sup>1002</sup> OJEDA AVILÉS A. *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019...* Op. Cit. Págs. 62-68.

trabajo derivadas de los mecanismos de gestión de la contratación regulados en el V Acuerdo Marco de la estiba. Esta situación práctica, podría ser asimilable, a nuestro juicio, al desincentivo hacia el establecimiento y a la libre competencia que fue identificado por la opinión consultiva del TEFTA como derivado de la prioridad de empleo dirigido a obligar a la contratación de servicios de estiba a una «empresa» en lugar de otra o de la utilización de los propios; priorizando a un grupo de trabajadores frente a otro, máxime dadas las últimas redacciones de los Acuerdos Marco del sector de la estiba portuaria en España y que, como se verá más adelante y se apuntaba al inicio de esta reflexión, han sido objeto de dura crítica por parte de la CNMC.

Pues bien, salvando el paréntesis de reflexión jurídica en torno al denominado «agujero Holship»<sup>1003</sup>, pertinente en este estadio de la investigación, de los precedentes asuntos enjuiciados por el TJUE se evidencia, en el marco de la Unión, un patrón en la utilización de determinados mecanismos coadyuvantes que, en el ámbito supranacional, permiten llevar a efecto cambios normativos sin la previa articulación de una norma de derecho derivado que, en el ámbito de la estiba, han tenido el efecto que a continuación se verá.

La ecuación que permitió que la voluntad de la Comisión Europea se tradujera en un mandato normativo requirió la concurrencia de dos líneas de acción y presión, según la doctrina constitucionalista<sup>1004</sup>. Por un lado, la línea «normativa» derivada del efecto directo de las normas de los Tratados de la Unión Europea, en este caso, identificado en el artículo 49 TFUE, en virtud del cual, si una disposición o práctica nacional era obstaculizadora del ejercicio de dicha libertad económica, la declaración de incumplimiento promovida por la Comisión podría elevar a definitivo el mismo vía acción normativa del efecto directo. Por otro lado, el modo de ejercitar el poder de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, a través de sus instituciones, en el sector de los estibadores portuarios se ha desplegado con máxima elocuencia a través de dinámicas denominadas de «integración encubierta», desplazando la función del legislador europeo -en este sector, por el bloqueo producido en los dos intentos de regulación vía derecho derivado a través de Directiva<sup>1005</sup>- y logrando el resultado buscado por la Comisión a través de vías indirectas de acción instrumentadas a través de mecanismos de cooperación intergubernamental o vía instituciones supranacionales<sup>1006</sup>.

---

<sup>1003</sup> Así lo denominan TENDY, J. y NOVITZ, T. en «The Holship Case», *Industrial Law Journal* 2, 2018. Pág. 316. Según los autores, este caso ilustra las formas en las que el derecho a la libre circulación del Derecho originario en relación con el de establecimiento (propio de las empresas) puede vincularse a un empleador hasta llegar a afectar a un convenio colectivo de gran estabilidad.

<sup>1004</sup> RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. desarrolla este mecanismo y fenómeno con gran precisión en «La reforma del trabajo en la estiba por la Unión Europea en el caso español, entre el efecto directo y la integración encubierta... *Op. Cit.* Págs. 53-78.

<sup>1005</sup> *Vid.* Epígrafe 2.1.b).

<sup>1006</sup> En estos términos los identifica RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. en *La reforma del trabajo en la estiba por la Unión...* *Op. Cit.* Pág. 56.

En el detalle del recurso por incumplimiento que se desarrollará en el subsiguiente epígrafe del presente estudio, se dará forma práctica a la dinámica integradora de la Unión plasmada a través de los métodos ya aprendidos en asuntos de periodos anteriores como los *ut supra* citados, en orden a comprender la relevancia de los términos en los que se planteó la acción por incumplimiento, a la que precedieron dos acciones prejudiciales planteadas en el marco de demandas en materia de contratación de estibadores portuarios.

Debe partirse de la siguiente premisa fáctica: en el ámbito de la estiba portuaria, la Unión no ha hecho uso pleno de su competencia en materia de transportes (materia compartida *ex* artículo 4.2.g) del TFUE) a la que se remite el artículo 58.1 del TFUE en sede de libertad de prestación de servicios<sup>1007</sup>. El Reglamento (UE) 2017/352<sup>1008</sup>, exencionó en su artículo 10 la aplicación de su Capítulo II sobre prestación de servicios portuarios a los servicios de manipulación de carga, sin perjuicio de que los Estados miembros pudieran regular tal actividad en uso de su competencia compartida en materia de transportes y sobre la base del Considerando 38 de la norma derivada que dejaba en manos de los Estados la posibilidad de aplicar la misma a las actividades de estiba portuaria<sup>1009</sup>. No obstante, no se trataría de una habilitación pura e incondicionada, en nuestra opinión, pues el propio Considerando lo supedita al respeto de los principios esenciales de la jurisprudencia del TJUE, sumisión que desplaza claramente la interpretación literal de la misma hacia una exégesis claramente finalista acorde a los objetivos de la Unión. No debe sorprender este condicionamiento, partiendo del contexto legislativo que enmarcó los distintos intentos frustrados de regulación de la estiba a través de Directiva, por rechazo por parte del Parlamento Europeo que se adhirió a la postura de los sindicatos del sector<sup>1010</sup>, de los que se coligió sin matiz alguno la firme voluntad de la Comisión de proponer una liberalización que permitiera dar entrada a los operadores en los puertos, consagrando su derecho a contratar el personal que consideraran oportuno, premisa radicalmente opuesta a la que presidía la gestión de los sistemas de contratación de tareas de carga y descarga de algunos puertos europeos, como son los españoles.

---

<sup>1007</sup> «Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: g) los transportes» (art. 4.2.g) TFUE Versión Consolidada, DOUE C 83/47, de 30.03.2010), al cual se remite el artículo 58 TFUE, en los términos siguientes: «La libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes».

<sup>1008</sup> *Vid.* 419.

<sup>1009</sup> Véase el Considerando 38º, que establece: « (...) aunque el capítulo II del presente Reglamento no se debe aplicar a la prestación de servicios de manipulación de carga ni a la prestación de servicios al pasaje, los Estados miembros deben seguir teniendo libertad para decidir si aplican las normas de dicho capítulo a estos dos servicios o si mantienen la normativa nacional vigente en materia de acceso al mercado para los servicios de manipulación de carga y los servicios al pasaje, respetando siempre los principios esenciales establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Ello se podría traducir en la plena libertad de los puertos para organizar los servicios de estiba portuaria, en convivencia con las contradictorias resoluciones *Mervi*, *Becu* y *Comisión / Reino de España*; según apunta OJEDA AVILÉS A. en *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019...* *Op. Cit.* Pág. 72.

<sup>1010</sup> *Vid.* Epígrafe 2.1.b).

Ciertamente, existe un claro paralelismo entre las pretensiones liberalizadoras de la Comisión que se plasmaron en las distintas Comunicaciones de la Comisión, con naturaleza de «soft law», que comenzaron con el Libro Verde de 1997, más vinculado a la libre competencia y siguieron con las Comunicaciones de 2007 y 2013 sobre la libertad de establecimiento<sup>1011</sup>, y la consigna del recurso de incumplimiento que planteó ante el TJUE. Habiendo quedado cerrada la vía legislativa por el bloqueo que se produjo en sede parlamentaria, la Comisión acudió al único mecanismo de integración encubierta que estaba a su alcance para lograr culminar su propósito: el recurso por incumplimiento, basado en referentes jurisprudenciales previos del TJUE que pudieran reforzar su tesis liberalizadora.

Si nos remontamos al precedente «*Merci*»<sup>1012</sup>, se aprecian ciertas similitudes entre este asunto y el español, si bien en el italiano concurrían circunstancias de discriminación por nacionalidad y de condición mercantil de las compañías que no se daban en el recurso por incumplimiento contra el Estado español, que se analizaron a la luz de las normas de la libre competencia, las cuales impidieron a la Comisión tomarlo como referente jurisprudencial.

Como vimos, en el asunto «*Becu*» (Bélgica)<sup>1013</sup>, en el cual se analizó si las disposiciones de libre competencia del TCE eran aplicables al caso sometido al TFJUE, éste, aun desestimando que los «pools» se pudieran considerar empresa y, por ende, se les pudieran aplicar dichas disposiciones, incorporó *obiter dicta* una apreciación que tuvo gran impacto en el asunto español con posterioridad, esto es, que la regulación belga podía conculcar la libertad de establecimiento al obligar a suscribir una relación laboral con los trabajadores reconocidos. Compartimos, en el sentido apuntado por Rodríguez-Izquierdo Serrano, que existiría cierta identidad entre esta advertencia y la tesis defendida por la Comisión en sus Comunicaciones consideradas «soft law» tras ver frustrado su intento de regulación por medio de Directiva<sup>1014</sup>.

Una vez descartada la posibilidad de combatir el régimen de la estiba portuaria español bajo el prisma de la libre competencia, la Comisión hizo uso de los elementos normativos dispuestos (el efecto directo y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad) para combatir el monopolio de gestión español vía recurso por incumplimiento, haciendo valer su posición institucional y este mecanismo judicial puesto a disposición por el derecho originario de la Unión.

Como se aducía, el precedente «*Becu*» compartía con el caso español que los estibadores se organizaban por medio de «pools», a través de entidades con monopolio para la gestión y puesta a disposición de personal estibador. A nuestro juicio, no existirían dudas en torno a la posibilidad de proyectar sobre la figura de la SAGEP restricciones sobre la libre

---

<sup>1011</sup> *Vid.* Epígrafe 2.1.b).

<sup>1012</sup> *Vid.* Epígrafe 2.2.b).

<sup>1013</sup> *Vid.* Epígrafe 2.2.c).

<sup>1014</sup> En *La reforma del trabajo en la estiba por la Unión...* *Op. Cit.* Pág. 64.

competencia pues, a diferencia de los «*pools*» belgas, que estaban formados por trabajadores reconocidos, las SAGEP provenían de la conversión de las anteriores SEEDs y APIEs<sup>1015</sup> y, en virtud del derogado artículo 142 TRLPEMM<sup>1016</sup>, eran sociedades anónimas mercantiles regidas por dicha ley y, supletoriamente, por el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital o legislación que lo modificara o sustituyera (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), integradas por empresas estibadoras de naturaleza mercantil<sup>1017</sup>. Y ello en la medida en que existiría una clara diferencia entre el foco del análisis sobre el que se proyectó el asunto «Becu» y el concerniente al asunto español, al provenir el primero de una demanda deducida contra cargos de las empresas que habían encomendado trabajos de estiba a trabajadores que carecían de reconocimiento -siendo, por tanto, el núcleo del debate «el colectivo de trabajadores», dado que su legislación se limitaba a reconocer la profesión de los trabajadores portuarios como únicos facultados para desarrollar sus actividades en una zona delimitada, sin conferir ningún monopolio a empresa o a corporaciones ni mantener los trabajadores, entre sí, vínculos de asociación alguno<sup>1018</sup>; recayendo en cambio el foco, en el caso español, sobre el monopolio de gestión a través de las SAGEP.

Aun así, dada la regulación y realidad en el sector de la estiba español, era dable conceder más viabilidad jurídica a la impugnación del sistema vía vulneración de la libertad de establecimiento, proyectada sobre las empresas portuarias, que por la vía de la libre competencia, toda vez que el TJUE había validado, desde la perspectiva de la libre competencia, un sistema en virtud del cual se podían emplear, en trabajos de estiba y desestiba, a trabajadores reconocidos por una comisión paritaria integrada por trabajadores y empleadores (en el asunto *Merv*).

### *b.2) La activación del recurso por incumplimiento y el fondo del asunto C-576/13*

En fecha 25 de noviembre de 2011, la Comisión incoó, *ex* artículo 260 TFUE, el procedimiento que condujo a la condena del Reino de España por contravención de la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE<sup>1019</sup>.

---

<sup>1015</sup> *Vid.* Epígrafe 3.3.

<sup>1016</sup> *Vid.* 909.

<sup>1017</sup> Esta visión no es compartida por la autora RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. en *La reforma del trabajo en la estiba por la Unión...* *Op. Cit.*, Pág. 65. quien atribuye tanto a los «*pools*» belgas como a las SAGEP la condición de «sociedades sin dimensión empresarial».

<sup>1018</sup> FJ 18º y 29º de la Sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 1999 (Asunto C-22/98), *Becu*.

<sup>1019</sup> La Comisión Europea, en su condición de órgano ejecutivo creado el 1058 en Bruselas (Bélgica), políticamente independiente en el marco de las instituciones de la Unión Europea, ha de velar por los intereses generales de la Unión Europea, proponiendo y controlando que se cumpla la legislación por parte de los Estados miembros y se apliquen las políticas y el presupuesto de la Unión Europea. Se trata de la única instancia responsable de la elaboración de nuevas propuestas legislativas y de la aplicación de las decisiones del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. Véase, sobre el contenido de sus funciones, el Reglamento interno de la Comisión Europea [C (2000) 3614], DO L 308 de 8 de diciembre de 2000, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 249 del TFUE; tras regularse su funcionamiento en la Sección Cuarta del Capítulo I del Título I, sobre las «Disposiciones Institucionales» del TFUE (artículos 244 a 249).

En primer lugar, este órgano dirigió un requerimiento al Reino de España mediante el que advertía que el régimen regulado en la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre<sup>1020</sup>, posteriormente refundido en el TRLPEMM<sup>1021</sup>, contravenía el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>1022</sup>, regulador de la libertad de establecimiento. Este requerimiento o «carta de emplazamiento» constituyó la primera fase del procedimiento formal de infracción promovido a instancias de la Comisión Europea<sup>1023</sup>, que fue contestada por la representación permanente del Estado por medio de escrito de diciembre de 2011<sup>1024</sup>.

Tras el transcurso de casi un año a contar desde dicho requerimiento, en fecha 27 de septiembre de 2012, la Comisión Europea dirigió un dictamen motivado al Reino de España, en esa ocasión, instándole a adoptar las medidas que fueran necesarias en orden a poner fin al incumplimiento que le había sido imputado<sup>1025</sup>. El Dictamen concedía un plazo máximo de dos meses a contar desde su recepción, y fue contestado por el Reino de España, transcurrido con exceso ese lapso, en fecha 2 de enero de 2013, anexando un nuevo informe del Ministerio de Fomento<sup>1026</sup>.

---

<sup>1020</sup> BOE núm. 191, de 7 de agosto de 2010 y BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2003; respectivamente.

<sup>1021</sup> La existencia del Texto Refundido que aprobaba la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre) fue puesto de manifiesto por las autoridades españolas a través de un informe emitido por el Ministerio de Fomento que fue dirigido a la Comisión Europea en fecha 2 de abril de 2012.

<sup>1022</sup> Los problemas de acomodo o compatibilidad del régimen español de la estiba portuaria con las libertades comunitarias ya habían sido abordados por ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. en «La regulación española del trabajo en la estiba portuaria y los Tratados de la Unión Europea», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º. *Extra 24*, 1999 (Ejemplar dedicado a: Estudios de derechos del Trabajo y de al Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea). Págs. 299-318.

<sup>1023</sup> Esta situación, salvando las distancias, ya se había vivido en otros países (*Vid.* Epígrafe 2.2) en los que, partiendo de un difundido proteccionismo derivado de un mercado de trabajo reservado, con defensa del interés general de los puertos y la seguridad de los trabajadores, conocido como «dock labour scheme» (régimen de reserva de trabajo en los muelles) se tuvo que transitar hacia el paradigma de modelo liberalizado («descasualization of dock labour pools») con un modelo de empresa flexible «dual», que contaba un con reducido núcleo de trabajadores cualificados y protegidos a los que se les sumaban empleados externalizados para hacer frente a las fluctuaciones en la demanda de los servicios. En torno a la liberalización del trabajo en los puertos, véase el Informe elaborado por NOTTEBOOM, T. para ESPO (*European Sea Ports Organization*), titulado «Dock labour and port -related employment in the European seaport system. Key factors to port competitiveness and reform», ITMMA, *University of Antwerp*, 2010. Sobre el procedimiento de infracción español y las referencias de liberalización comparadas MOLINA NAVARRETE, C. *Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no la Comisión 'por boca' del TJUE?... Op. Cit.* Págs. 7-9.

<sup>1024</sup> Contestación de 19 de diciembre de 2011, firmada por el presidente de Puertos del Estado, D. Fernando González Laxe.

<sup>1025</sup> Dictamen motivado, Infracción n.º 1009/4052, Anexo: C (2012) 6619 final.

<sup>1026</sup> (Ref.: P/2012/3403). Informe motivado elaborado por la Autoridad Portuaria sobre el Dictamen, en torno a la incompatibilidad de la legislación española en materia de la estiba en relación con la libertad de establecimiento de 27 de diciembre de 2012.

Ante la respuesta del Reino de España, que no fue considerada satisfactoria por la Comisión Europea, ésta interpuso un recurso formal de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al haberse agotado las instancias o fases precedentes del procedimiento infractor sin haberse logrado la adecuación a la legislación de la UE pretendida<sup>1027</sup>.

En el marco de los procedimientos por incumplimiento, recae sobre la Comisión Europea la acreditación de la existencia del invocado incumplimiento y a dicha institución corresponde la aportación de los datos necesarios al Tribunal de Justicia a los efectos de poder comprobar su concurrencia<sup>1028</sup>, no pudiendo fundarse en meras presunciones<sup>1029</sup>.

La esencia de la demanda formulada por la Comisión Europea, deducida el 14 de noviembre de 2013, se basaba en la consideración de que el régimen español de aplicación a la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en los puertos de interés general, identificado como «régimen portuario español», aún sin ser directa o indirectamente discriminatorio constituía, en sí mismo, una restricción injustificada a la libertad de establecimiento<sup>1030</sup>.

---

<sup>1027</sup> El procedimiento formal de infracción se incoó ante la imposibilidad de alcanzar una solución por medio de un diálogo estructurado por la vía del «EU Pilot» con el Reino de España. El procedimiento formal se compone de distintas fases o etapas, cada una de las cuales se basa en una «Decisión formal». La primera fase es la «carta de emplazamiento» en virtud de la cual la Comisión solicita al Gobierno del Estado miembro en cuestión que presente sus observaciones en torno al problema de incumplimiento, en un plazo máximo de dos meses. En caso de no recibir respuesta o ser ésta insatisfactoria, la Comisión Europea procedería a abrir la segunda fase, relativa a la emisión de un «Dictamen motivado» en el cual se deben identificar las razones por las cuales entiende que el Estado miembro en cuestión incurre en un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, concediendo al Gobierno del Estado miembro un periodo de dos meses para ajustarse al mismo. Ante la falta de respuesta o en caso de ser nuevamente insatisfactoria, la Comisión estaría legitimada para iniciar un procedimiento contencioso. Véase, sobre las distintas fases del procedimiento infractor, el artículo 258 del TFUE (DOUE C 326/47, de 26 de octubre de 2012), en relación con el principio de cooperación legal consignado en el artículo 4 del TUE y el deber de promoción del interés general de la Unión *ex* artículo 17 TUE (DOUE C 326/1, de 26 de octubre de 2012) que también son objeto de detalle en [https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/index\\_es.htm](https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/index_es.htm)

<sup>1028</sup> En el recurso debe contenerse la cuestión objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados, en unos términos suficientemente claros y precisos para permitir a la parte demandada preparar su defensa y al Tribunal de Justicia ejercer su control. De esta exigencia se colige que los elementos esenciales de hecho y de Derecho deben deducirse de forma coherente y comprensible del propio texto del escrito de interposición del recurso y las pretensiones del mismo han de formularse en términos inequívocos para evitar que el Tribunal de Justicia resuelva *ultra petita* o bien omita pronunciarse sobre alguna determinada imputación (en este sentido, véase la Sentencia de 24 de marzo de 2011 [Asunto C-400/08], *Comisión / España*, EU:C:2011:172, apartado 36).

<sup>1029</sup> Véase, en este sentido, las Sentencias de 5 de octubre de 1989 (Asunto 290/87), *Comisión / Países Bajos*; Rec. P. 3083, apartados 11º y 12º; 4 de marzo de 2010 (Asunto C-241/08), *Comisión / Francia*, Rec. P. I-0000, apartado 22; de 27 de enero de 2011 (Asunto C-490/09), *Comisión / Luxemburgo*, EU:C:2011:34, apartado 49; de 24 de marzo de 2011 (Asunto C-400/08), *Comisión / España*, EU:C:2011:172, apartado 58 y de 26 de mayo de 2011 (Asunto C-306/08), *Comisión / España*, EU:C:2011:347, apartado 94.

<sup>1030</sup> Sobre las posiciones contrapuestas de la Comisión y el Reino de España, así como la invocada necesidad de las restricciones impuestas sobre la libertad de establecimiento, véase BALLESTER PASTOR, I. *Colocación y contratación en la estiba portuaria... Op. Cit.* Pág. 540 y siguientes.

La libertad de establecimiento, regulada en el artículo 49 del TFUE y jurisprudencialmente interpretada por el TJUE<sup>1031</sup>, por definición sanciona cualquier medida nacional que pudiera tener un efecto obstaculizador o desincentivar el ejercicio de dicha libertad por parte de nacionales comunitarios. Las restricciones a la libertad de establecimiento a efectos del mentado precepto, como se ha analizado *ut supra*, fueron objeto de tratamiento en el Asunto C-19/92 (*Dieter Kraus – Land Baden-Württemberg*)<sup>1032</sup> por el Tribunal, a propósito de una cuestión prejudicial que fue planteada por el Tribunal de Justicia de la República Federal de Alemania sobre la interpretación que debía darse a dicha libertad a propósito de la legislación nacional que supeditaba a una autorización previa la utilización en el territorio alemán, por parte de sus propios nacionales, de un título universitario de tercer ciclo que se había obtenido en otro Estado miembro (en ese caso, por el Reino Unido)<sup>1033</sup>. En virtud de la legislación nacional llamada a examen en ese caso<sup>1034</sup>, las personas que poseyeran un título universitario expedido por un centro de enseñanza superior del Estado alemán podían utilizarlo en territorio alemán sin necesidad de especial autorización para ello. Sin embargo, los nacionales alemanes que hubieran obtenido un título universitario en un centro de enseñanza superior extranjero debían solicitar la autorización del Ministerio competente del *Land* correspondiente para poder utilizarlo en la República Federal de Alemania<sup>1035</sup>.

En torno a la libre circulación de personas y el derecho de establecimiento, en la demanda de la Comisión se alegaba que el Tribunal de Justicia ya se había pronunciado previamente en el sentido de que no podía excluirse del ámbito de aplicación del Derecho comunitario a los nacionales de un Estado miembro concreto por el hecho de haber residido habitualmente en otro Estado miembro y haber obtenido un título profesional en éstos, cuando se encontraran en una situación equiparable a la de cualquier otro sujeto que gozara de las protecciones conferidas por el Tratado<sup>1036</sup>. En el asunto 115/78 (*Knoors*), se reconocía que no era posible su plena realización si se validaban las negativas de los Estados miembros a disfrutar de dicha equiparación de capacitación profesional en caso de adquisición de titulaciones amparadas por las antedichas libertades, en atención a su condición de fundamentales en el marco de la Comunidad.

---

<sup>1031</sup> *Vid.* Epígrafe 4.1.

<sup>1032</sup> *Vid.* 777.

<sup>1033</sup> *Verwaltungsgericht Stuttgart*.

<sup>1034</sup> Ley alemana de 7 de junio de 1939, sobre el uso de los títulos universitarios (*Reichsgesetzblatt 1939*).

<sup>1035</sup> En el caso de autos, el Sr. Kraus había estudiado Derecho en la República Federal de Alemania y, en 1986, aprobó el primer examen de Estado para obtener la licenciatura en Derecho. En 1988, obtuvo, en la Universidad de Edimburgo (en el marco de unos estudios de tercer ciclo) el grado académico de «Master of Laws». Este título lo quiso utilizar en la República Federal Alemania, si bien su petición se condicionó a la obtención de previa autorización formal, sancionando penalmente su utilización sin ésta, a la cual se negó el demandante por considerarlo restrictivo de la libre circulación de personas y de orden discriminatorio, planteando la correspondiente acción judicial que originó la cuestión prejudicial.

<sup>1036</sup> En las Sentencias de 7 de febrero de 1979 (Asunto 115/78) *J. Knoors – Staatssecretaris van Economische Zaken*; Rec. P. 399, apartado 24 y de 3 de octubre de 1990 (Asunto C-61/89), *Bouchoucha*, Rec. P. I-3551, apartado 13, este último, sobre el ejercicio de profesiones paramédicas (osteopatía).



En el Asunto C-19/92 el Tribunal, reconociendo que la libertad de circulación y derecho de establecimiento contenían obligaciones de resultado, cuyo cumplimiento debía facilitarse y no condicionarse por la aplicación de las medidas comunitarias<sup>1037</sup>, se determinó que éstas se oponían a cualquier medida obstaculizadora o que hiciera menos atractivo el ejercicio de las mismas por parte de los nacionales comunitarios, salvo que la restricción persiguiera un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justificara por razones imperiosas de interés general, siendo necesario, además, que la medida fuera adecuada para garantizar la realización del objetivo y no fuera más allá de lo que fuera necesario para alcanzarlo, sancionando cualquier uso abusivo de las facilidades creadas por el Tratado<sup>1038</sup>.

En su virtud, acabó resolviéndose la cuestión prejudicial en el sentido de validar la exigencia de autorización administrativa impuesta por la legislación alemana, si bien condicionando el procedimiento obtención de la misma a los siguientes extremos: regularidad del sistema de expedición, accesibilidad del proceso de autorización (sin tasas administrativas excesivas), recurribilidad de la misma, motivación de la decisión y proporcionalidad de las sanciones en caso de incumplirse el procedimiento de autorización.

Otro de los asuntos en los cuales la Comisión Europea basó su demanda por incumplimiento dirigida al Reino de España, además de por su pronunciamiento con respecto a la proscripción de medidas obstaculizadoras o desalentadoras de la libertad de establecimiento<sup>1039</sup>, por considerarlo análogo al caso sometido al Tribunal, fue el C-299/02 (Comisión – Países Bajos)<sup>1040</sup>. En ese caso, el Tribunal consideró que el régimen de matriculación de los buques restringía la libertad de establecimiento de sus propietarios<sup>1041</sup>, en la medida en que, cuando las sociedades propietarias que desearan matricular sus buques no reunieran los requisitos exigidos legalmente, se veían abocadas, como única opción, a

---

<sup>1037</sup> Apartado 30 de la Sentencia dictada en el Asunto C-19/92, de 31 de marzo de 1992, *Dieter Kraus*.

<sup>1038</sup> Apartado 25 de la Sentencia dictada en el Asunto 115/78 (*Knoors*) y 34 del Asunto C-19/92 (*Dieter Kraus*).

<sup>1039</sup> Apartado 15.

<sup>1040</sup> Sentencia de 14 de octubre de 2004 (EU:C2004:620).

<sup>1041</sup> En ese supuesto, la legislación belga (artículo 311 de su Código de Comercio, (*«Wetboek van Koophandel»*), y artículo 8:169 de su Código Civil (*«Burgerlijk Wetboek»*)), establecían requisitos en torno a la nacionalidad de los accionistas y administradores de las sociedades propietarias de un buque marítimo que quisieran matricular en los Países Bajos, así como en relación con la nacionalidad y domicilio de los administradoras de empresas armadoras de buques marítimos registrados en los Países Bajos y de las personas físicas encargadas de la gestión cotidiana del establecimiento desde el cual se ejercía en los Países Bajos la actividad de navegación marítima exigida para la matriculación de un buque en los registros neerlandeses. Los requisitos del primer precepto (artículo 311) iban vinculados a la obtención de la nacionalidad neerlandesa del buque en cuestión, para la cual éste debía pertenecer, «al menos en sus dos terceras partes, a una o varias personas físicas o jurídicas que poseyeran la nacionalidad de un Estado miembro de las Comunidades Europeas o de otro Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE, en adelante), así como ejercer la actividad de navegación marítima en los Países Bajos mediante una empresa establecida en ese país o que tuviera un establecimiento secundario en éste, y efectuara la gestión del buque principalmente desde los Países Bajos, gestión cotidiana que debía realizarse por una o varias personas que tuvieran nacionalidad comunitaria o de un Estado parte del EEE y dispusieran de poder de representación para la gestión del buque y cuestiones que afectaran a su capitán y demás miembros de la tripulación».

modificar la estructura de su capital social o de sus órganos de administración, circunstancia podía comportar, a criterio del órgano judicial, «cambios profundos en la sociedad y el cumplimiento de numerosos trámites no exentos de consecuencias financieras», debiendo además adaptar su política de contratación de personal para excluir a todo nacional de un Estado no perteneciente a la Comunidad Europea (CE) ni al Espacio Económico Europeo (EEE, en adelante)<sup>1042</sup>. En definitiva, en esa ocasión, las medidas nacionales establecían exigencias que afectaban tanto a los accionistas, como a los administradores y personas físicas encargadas de la gestión cotidiana de la sociedad propietaria del buque, llegando a exigirse que el administrador de una empresa armadora tuviera nacionalidad comunitaria o del EEE y un domicilio comunitario o situado en el EEE.

El tercer procedimiento infractor o asunto invocado como referencial por la Comisión Europea fue el C-140/03 (Comisión – República Helénica)<sup>1043</sup>, vinculado a los requisitos exigidos por las personas jurídicas que desearan abrir una óptica en Grecia, a las cuales se les exigía que tuvieran la autorización para abrir y explotar la óptica a nombre de un solo óptico titulado, persona física, que debía participar al menos en un 50% en el capital de la sociedad (colectiva o comanditaria) y en sus beneficios y pérdidas; condicionando la participación de dicho óptico en otra óptica siempre que la autorización para abrir y explotar esta segunda se expidiera a nombre de otro óptico titulado<sup>1044</sup>.

El Tribunal declaró que la prohibición de que un óptico diplomado explorara más de una óptica constituía una clara restricción a la libertad de establecimiento de las personas físicas (*ex* artículo 43 del TCE<sup>1045</sup>), aunque no existiera discriminación por razón de nacionalidad de los profesionales en cuestión. Por otro lado, en relación con las personas jurídicas, los requisitos legalmente establecidos en orden a la determinación de los requisitos de participación (del 50%) y la limitación de regentar otra óptica de la que fuera partícipe, también se consideró que restringían su libertad de establecimiento<sup>1046</sup>, quedando equiparadas a las personas físicas, en virtud del artículo 48 del TCE<sup>1047</sup>.

En su propósito de buscar la conciliación del principio de proporcionalidad con la necesidad de proteger la salud pública, el Tribunal consideró que podría haberse alcanzado con medidas menos restrictivas de la libertad de establecimiento, tanto de las personas físicas como las jurídicas, exigiendo, por ejemplo, que existieran ópticos diplomados asalariados o socios en

---

<sup>1042</sup> Apartado 19 del Asunto C-299/02 y parte dispositiva de la Sentencia.

<sup>1043</sup> Sentencia de 21 de abril de 2005 (EU:C: 2005:242).

<sup>1044</sup> Ley n° 971/79 (artículos 6.6, 7.1 y 8.1) y Ley n° 2646/98 (artículo 27), de desarrollo del sistema nacional de seguridad social y otras disposiciones (FEK A1 236, p. 3455).

<sup>1045</sup> DOCE C 325/44, de 24.12.2002.

<sup>1046</sup> El Tribunal consideró que el elevado nivel de participación de los ópticos en el capital social exigido por la Ley n° 2646/98 evitaba el riesgo de que las ópticas se mercantilizaran por completo. (Apartado 33 de la Sentencia de 21 de abril de 2005).

<sup>1047</sup> DOCE C 325/44, de 24.12.2002.

cada óptica; a través de la regulación de normas en materia de responsabilidad civil por hechos ajenos o bien normas impositivas de seguros de responsabilidad profesional<sup>1048</sup>. Las restricciones señaladas, al ir más allá de lo que era necesario para alcanzar el objetivo perseguido, condujeron a que el Tribunal confirmara todas las imputaciones formuladas por la Comisión Europea<sup>1049</sup>.

Partiendo de los mentados precedentes judiciales (sobre todo, del Asunto C-299/02), en el recurso por incumplimiento la Comisión articuló su tesis sobre la base de que el régimen de gestión de los trabajadores portuarios y su régimen laboral aplicable imponía a las empresas estibadores obligaciones y restricciones injustificadas de la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE)<sup>1050</sup>.

En concreto, los aspectos reguladores reputados contrarios a la citada libertad comunitaria derivaban de la regulación contenida en la Sección 1ª y Sección 2ª del Capítulo VI del TRLPEMM (rubricado como «Régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías»), dedicados, respectivamente, a las «Sociedades de gestión de la puesta a disposición de trabajadores»<sup>1051</sup> y al «Régimen laboral aplicable a los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías»<sup>1052</sup>; en virtud de los cuales las empresas estibadoras debían, obligatoriamente, participar en el capital social de la SAGEP del puerto español de interés general en cuestión<sup>1053</sup>, participar financieramente en el mismo<sup>1054</sup> y contratar prioritariamente a los trabajadores puestos a disposición por dicha sociedad<sup>1055</sup>, en unas circunstancias ajenas a su propio control (incluido

---

<sup>1048</sup> Apartado 35 de la Sentencia de 21 de abril de 2005.

<sup>1049</sup> Apartados 36 y 37 de la Sentencia de 21 de abril de 2005.

<sup>1050</sup> La Comisión sugirió en su recurso, asimismo, que la utilización que estaba realizando el Estado español de la Comunicación COM (2007) sobre una política portuaria europea no se ajustaba a Derecho, toda vez que no podía servir de pretexto para impedir que determinadas personas o empresas debidamente cualificadas prestaran servicios de manipulación de mercancías o para imponer a los empresarios una mano de obra que no precisaban (Véase el apartado 27 de la Sentencia Asunto C-576/13). Sobre las restricciones necesarias para asegurar la protección de los trabajadores portuarios, véase VILLAR ROJAS, F. J. «La libertad europea de establecimiento: restricciones justificadas y no justificadas (A propósito de la STJUE sobre la estiba en los puertos españoles)», *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, (Coord. Laguna de Paz, J. C., Sanz Rubiales, I., De Los Mozos Touya, I.; Martínez López-Muñiz, J. L.), Vol. 1, Tomo 1, 2017. Págs. 328 y ss.

<sup>1051</sup> Artículos 142 a 148.

<sup>1052</sup> Artículos 149 a 152.

<sup>1053</sup> Cf. Artículo 143.1 del TRLPEMM (Sección 1ª del Capítulo VI), en virtud del cual: «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 (...)».

<sup>1054</sup> Las empresas estibadoras debían pagar un precio a la SAGEP por la utilización de sus trabajadores, que debía fijarse por el órgano de gobierno de la SAGEP de forma que cumpliera el objetivo de equilibrio presupuestario anual. Sobre el régimen económico, véase el artículo 146 del TRLPEMM.

<sup>1055</sup> Cf. Artículo 150.1 del TRLPEMM (Sección 2ª del Capítulo VI), a propósito del cual: «Los titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías pertenecientes a la SAGEP que deseen contratar

el mínimo personal de la SAGEP que debía contratarse como base permanente de la SAGEP<sup>1056</sup>).

La Comisión consideró que las anteriores limitaciones y condicionantes obligaban a que las empresas estibadoras modificaran las estructuras de empleo y sus plantillas, así como las políticas de contratación aplicadas; impidiendo que éstas accedieran libremente al mercado para seleccionar a su personal y mantenerlo en plantilla, debiendo además asumir un volumen de personal que quizás no necesitaban. Esta restricción era, a su juicio, asimilable a las perturbaciones económicas y de funcionamiento, en términos de obstaculización o reducción del atractivo, que se daban en el Asunto C-299/02 (*Comisión / Países Bajos*), en virtud del cual las sociedades que querían matricular a sus buques debían modificar su estructura de capital social o de los órganos de administración, con las consecuencias financieras y burocráticas asociadas a tales cambios<sup>1057</sup>.

En orden a determinar si la restricción a la libertad de establecimiento a efectos del artículo 49 TFUE -la existencia de la cual era indubitable a criterio del órgano judicial- estaba justificada<sup>1058</sup>, el Tribunal de Justicia debió entrar en el análisis de las dos razones que esgrimía

---

trabajadores en régimen laboral común para el desarrollo de las actividades y tareas del servicio portuario de manipulación de mercancías, deberán realizarlo prioritariamente a través de ofertas nominativas o innominadas a los trabajadores de la SAGEP. De no existir en la SAGEP el personal portuario adecuado o en número suficiente o de que, en caso de existir, se rechacen las ofertas recibidas, las contrataciones necesarias podrán realizarse libremente por las empresas prestatarias del servicio entre trabajadores con la cualificación exigida en los términos de los artículos 153 y 154».

<sup>1056</sup> Cf. Artículo 150.4 del TRLPEMM, según el cual: «El número mínimo de trabajadores en régimen laboral común que deben tener contratados las empresas titulares de una licencia para el servicio portuario de manipulación de mercancías quedara determinado en la correspondiente licencia, de acuerdo con lo previsto al respecto en los Pliegos de Prescripciones Particulares del servicio. En todo caso, deberá cubrir, al menos, el 25 por ciento de la actividad de la empresa, en cómputo interanual, en el ámbito de este servicio (...)». Sobre las excepciones a esta exigencia, *Vid.* 913 de este Capítulo.

<sup>1057</sup> Esta asimilación por analogía entre casos no fue compartida por el Reino de España, que (apartados 33 a 35 de la Sentencia de 11 de diciembre de 2014 -Asunto C-576/13). El Estado español negaba que la Comisión hubiera acreditado ninguna restricción a la libertad de establecimiento y, además, esgrimía que el examen llevado a cabo por la Comisión sobre la Comunicación COM (2007) 616 sobre una política portuaria europea no era coherente.

<sup>1058</sup> En los apartados 36º y 37º de la Sentencia dictada en el Asunto C-576/13 por el TJUE, se hace eco de la doctrina jurisprudencial reiterada en torno al artículo 49 TFUE, trasladándola al caso de autos, en el sentido de oponerse a cualquier medida nacional que, aun no aplicándose con discriminación por razón de nacionalidad, pudiera obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado (con remisión a las Sentencias de 16 de diciembre de 2010 [Asunto C-89/09], *Comisión / Francia*, EU:C:2010:772, apartado 44º y de 12 de diciembre de 2013 [Asunto C-327/12], *Ministero dello Sviluppo economico, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture / SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA*, EU:C:2013:827, apartado 45). En el Asunto C-89/09, la Comisión sostenía que la prohibición de que alguien que no fuera biólogo tuviera la titularidad de más de un 25% de las participaciones sociales y de los derechos de voto de una sociedad que explotara laboratorios de análisis biomédicos constituía una restricción injustificada a la libertad de establecimiento. Por otro lado, en el Asunto C-327/12, las normas nacionales que eran objeto de impugnación prohibían a las empresas que prestaran servicios de certificación inaplicar las tarifas mínimas establecidas por el Derecho italiano, circunstancia que, a juicio de la Comisión, privaba a las empresas establecidas en un Estado miembro distinto de la República Italiana y que cumpliera con los criterios establecidos en la legislación italiana de la posibilidad de competir de forma más eficaz, solicitando honorarios inferiores, con las empresas establecidas de forma estable en el Estado miembro en cuestión y que dispusieran de mayores facilidades que las empresas con sede

el Reino de España como justificativas de la misma: (i) la consideración del servicio portuario de manipulación de mercancías como «servicio de interés general» sujeto a obligaciones de servicio público (garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio) y (ii) la necesidad de garantizar la protección de los trabajadores como «razón imperiosa de interés general»<sup>1059</sup>.

A propósito de la primera de las razones o motivos, esto es, la consideración de «servicio de interés general», el Reino de España se remitió, en primer lugar, a la interpretación contenida en la Sentencia de 18 de junio de 1998 (Asunto C-266/96), *Corsica Ferries France SA*<sup>1060</sup>, dictada en sede de «libre prestación de servicios» en el marco de una cuestión prejudicial en virtud de la cual el Tribunal debió pronunciarse sobre si estaba justificada la restricción a la libre prestación de los servicios marítimos consistente en la obligación dirigida a las empresas de transporte marítimo con domicilio en otro Estado miembro, cuando sus buques hacían escala en los puertos del primer Estado miembro, a utilizar, mediante contraprestación, los servicios de las corporaciones locales de amarradores titulares de concesiones exclusivas. En esa ocasión, el Tribunal se remitió al análisis de la aplicación de la excepción prevista en el artículo 90.2 del TCE<sup>1061</sup> (actual artículo 106 del TFUE), en virtud de la cual «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general» quedaban sometidas a las normas de los Tratados, en la medida en que «la aplicación de dichas normas no impida, de hecho, o derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada». En esa ocasión, el Tribunal consideró que el servicio de amarre constituía un servicio técnico náutico esencial para el mantenimiento de la seguridad en las aguas portuarias, que presentaba las características de servicio público (universalidad, continuidad, ajuste a exigencias de interés público, regulación y vigilancia por parte de la autoridad pública). Consiguientemente, sin perjuicio del coste adicional que conllevaba el mantenimiento de un servicio universal de amarre, la obligación de utilizar el servicio de amarre local, aunque pudiera constituir una perturbación o un obstáculo a la libre prestación del servicio de transporte marítimo, a su

---

en otro Estado miembro para atraerse una clientela (por analogía, véase las Sentencias de 5 de octubre de 2004 [Asunto C-442/02], *CaixaBank France / Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Rec. P. I-8961, apartado 13º, sobre prohibiciones impuestas a entidades de créditos y de 5 de diciembre de 2006 [Asuntos C-94/04 y C-202/04], *Federico Cipolla / Rosaria Portolese, señora de Fazari y Stefano Macrino y Claudia Capoparte / Roberto Meloni*; Rec. P. I-11421, apartado 59º, sobre los regímenes nacionales de los baremos de honorarios de los abogados.

<sup>1059</sup> La contestación a la demanda por parte del Reino de España fue prácticamente coetánea a la publicación del IV Acuerdo del sector de la estiba, de fecha 29 de julio de 2013 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2014). Para un análisis de las relaciones laborales de la estiba una vez publicado el IV Acuerdo Marco de 2014, *inclusive* desde la perspectiva de la neutralidad (o no) competitiva, véase BALLESTER PASTOR, I. «Las relaciones laborales en la estiba portuaria: su actual visión tras el IV Acuerdo Marco del Sector de 2014», *Anuario de derecho marítimo*, Vol. XXXI, 2014. Págs. 97-125. Por su lado, sobre las particularidades de la estiba portuaria como y perspectivas u opciones de cumplimiento de la STJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13), véase BALLESTER PASTOR, I. «Incidencia de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 sobre la regulación española de colocación y contratación en la estiba portuaria», *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos* (Coord. Cabeza Pereiro, J y Rodríguez Rodríguez, E.), *Editorial Bomarzo*, 2015. Págs. 533-552.

<sup>1060</sup> EU:C: 1998:306, apartado 60º.

<sup>1061</sup> En su versión originaria. Su contenido se corresponde con el del artículo 106 del TFUE en su versión consolidada de (C 326/1), de 26 de octubre de 2012.

juicio se justificaba por consideraciones de seguridad pública, con arreglo al artículo 56 del Tratado<sup>1062</sup>.

En segundo lugar, el Estado español se remitió a la Sentencia de 17 de marzo de 2011, dictada en los Asuntos acumulados C-128/10 y C-129/10 (*Naftiliakí Etaireía Thásou AE, Amáltheia I Naftikí Etaireía / Ypourgós Emporikís Naftíliás*)<sup>1063</sup>, en torno a la libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), en la que se hacía eco de la justificación de las restricciones por razones imperiosas de interés general que, en análogo sentido que en el precedente asunto referenciado, el Tribunal consideró que no contravenía la libertad de prestación de servicios una normativa nacional que impusiera un régimen de autorización previa para los servicios de cabotaje marítimo, con adopción de resoluciones administrativas imponiendo el respeto a determinadas franjas horarias por razones vinculadas a la seguridad de los buques y al orden en los puertos, así como obligaciones de servicio público<sup>1064</sup>.

En relación con la segunda motivación esgrimida por el Reino de España, esto es, la necesidad de «protección de los trabajadores» como supuesta «razón imperiosa de interés general» en relación con el Convenio 137 de la OIT sobre el trabajo portuario<sup>1065</sup>, se pretendió buscar su amparo en la Sentencia de 11 de diciembre de 2007, Asunto C-438/05 (*International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union / Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*). En dicho asunto, una federación internacional de sindicatos de trabajadores pretendía implementar políticas de establecimiento de un nexo entre el pabellón del buque y la nacionalidad del propietario, así como proteger y mejorar las condiciones de trabajo de tripulaciones de los buques bajo pabellón de conveniencia, entendiéndose que se daba tal cuando la propiedad efectiva y el control del buque se encontraban en un Estado distinto del Estado bajo cuyo pabellón estaba matriculado (en este caso, Finlandia). La reivindicación sindical consistía en que, en caso de cambio de pabellón (de Finlandia a Estonia), la tripulación debía continuar empleada en las mismas condiciones previstas en el Derecho finlandés (nacionalidad de la sociedad que explotaba el buque en cuestión) y en el convenio

---

<sup>1062</sup> Este precepto mantendría correspondencia con el artículo 52 del TFUE, en su versión consolidada de (C 326/1), de 26 de octubre de 2012; en virtud del cual las disposiciones del capítulo sobre derecho de establecimiento «no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas».

<sup>1063</sup> EU:C: 2011:163, apartado 45°.

<sup>1064</sup> Esta consideración se condicionaba al hecho que el régimen se basara en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, sobre todo cuando existieran varios armadores interesados en una determinada escala en el mismo momento y puerto. En relación con las resoluciones administrativas, debía poderse demostrar una necesidad real de servicio público debido a la insuficiencia de los servicios regulares de transporte en una situación de libre competencia; atribuyendo al tribunal de origen la competencia para verificar la concurrencia de dichos requisitos (apartado 45° de la Sentencia de 17 de marzo de 2011).

<sup>1065</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. considera que el Tribunal acepta implícitamente que en el ordenamiento jurídico español se exija la necesaria titulación y profesionalidad de los estibadores, así como la preceptiva autorización administrativa para ser empresa estibadora, en *El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea... Op. Cit.* Pág. 2, identificando la proporcionalidad como el «centro del pleito».

colectivo de aplicación, dejando sin efecto el cambio de pabellón que, a su juicio, tenía como objetivo que la empresa pudiera reducir sus costes salariales. La sociedad finlandesa consideró que dicha medida contravenía la libertad de establecimiento e interpuso la acción judicial que motivó la cuestión prejudicial resuelta en el mentado asunto<sup>1066</sup>. En esa ocasión, el Tribunal de Justicia ya contaba con precedentes jurisprudenciales en virtud de los cuales únicamente podía admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si ésta perseguía un objetivo legítimo compatible con el Tratado y estaba justificada por razones imperiosas de interés general<sup>1067</sup>.

El Tribunal declaró, en el asunto *Viking Line*, que la medida de conflicto colectivo emprendida por la organización sindical contra una empresa privada que fuera encaminada a celebrar un convenio colectivo que lograra disuadirla de ejercer su libertad de establecimiento, incorporaba restricciones que tenían como fin lograr que una empresa privada con domicilio social en un concreto Estado miembro (Finlandia, en ese caso) celebrara un convenio colectivo con un sindicato de ese Estado y aplicara sus cláusulas a trabajadores ocupados por una filial de esa empresa establecida en otro Estado miembro (Estonia). Ahora bien, esas restricciones podían justificarse si protegían una razón imperiosa de interés general, como era la protección de los trabajadores, pero siempre sometida a dos importantes condicionantes: (i) que las medidas fueran adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y (ii) que no fueran más allá de lo necesario para lograr ese objetivo<sup>1068</sup>. La necesidad de exigencia de las notas de adecuación y necesidad fue confirmada por el Tribunal en la Sentencia dictada en el asunto de referencia<sup>1069</sup>.

---

<sup>1066</sup> A fecha de emisión de la Sentencia dictada en el Asunto C-438/05, el Tribunal de Justicia ya había declarado, en reiteradas ocasiones, que la libertad de establecimiento (artículo 43 TCE en la versión consolidada de 24.12.2002, DOUE C 325/54; actual artículo 49 del TFUE) constituía uno de los principios fundamentales de la Comunidad, pretendiendo asegurar que las disposiciones del Tratado garantizaran el derecho de establecimiento en otro Estado miembro no únicamente a los nacionales comunitarios, sino también a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y con sede social, administración central o centro de actividad dentro de la Comunidad (equiparadas a las personas físicas nacionales de los Estados miembros) *ex* artículo 48 del TCE (versión consolidada de 24.12.2002). Además, el Tribunal también se había pronunciado en el sentido que las disposiciones del Tratado sobre libertad de establecimiento, si bien tenían como objetivo, en especial, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponían asimismo a que el Estado miembro de origen obstaculizara el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación y que respondiera a la definición del artículo 48 TCE. Por ello, el órgano judicial consideraba que los derechos garantizados por los artículos 43 a 48 TCE (en la versión consolidada de 24.12.2002) quedaban vacíos de contenido si el Estado de origen podía prohibir que las empresas dejaran el país para establecerse en otro Estado miembro (véase los apartados 15 y 16 de la Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (Asunto 81/87), *The Queen / HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, Rec. P. 5483).

<sup>1067</sup> Véanse las Sentencias de 30 de noviembre de 1995 (Asunto C-55/94), *Reinhard Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Rec. P. I-4165, apartado 37 y de 15 de diciembre de 1995 (Asunto C-415/93), *Union royale belge des sociétés de football association ASBL / Jean-Marc Bosman*, Rec. P. I-4921, apartado 104.

<sup>1068</sup> Véase la parte dispositiva de la Sentencia de 11 de diciembre de 2007, Asunto C-438/05 (*International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union / Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*).

<sup>1069</sup> (Apartado 47), con remisión a sus Sentencias de 25 de junio de 2009 (Asunto C-356/08), *Comisión / Austria*, EU:C:2009:401; apartado 42, sobre el examen de una normativa nacional que imponía a los médicos establecidos en el territorio del *Land* de Alta Austria la obligación de abrir una cuenta bancaria en un banco determinado, y de 16 de diciembre de 2010 (Asunto C-89/09), *Comisión / Francia*, EU:C:2010:772, apartado 50.

Precisamente, estas dos condiciones fueron las que la Comisión Europea identificó como inexistentes en el caso español de la estiba y desestiba, toda vez que las restricciones que establecía el régimen portuario español no las consideraba ni adecuadas ni necesarias en orden a garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio<sup>1070</sup>. En torno a los requisitos mínimos en materia de formación y profesionalización de los trabajadores, la Comisión tampoco consideraba justificadas las restrictivas medidas impuestas, entendiendo que existían otras menos limitativas, como organizar la misma a través de entidades públicas o a través de las propias empresas estibadoras para garantizar la calidad y seguridad del servicio<sup>1071</sup>.

El Estado español se opuso frontalmente a las consideraciones de la Comisión, negando que la Comisión hubiera llevado a cabo un examen apropiado y proporcional del régimen portuario español, rechazando la idoneidad de aplicar los sistemas alternativos introducidos por la Comisión a modo de propuesta, al considerar que suponía aumentar las cargas financieras de las empresas, modificar sus plantillas, estructuras de empleo y políticas de contratación; circunstancias que, según su criterio, no permitirían garantizar la protección de los trabajadores en las condiciones exigidas por el Convenio n° 137 OIT<sup>1072</sup>. Precisamente, su tesis se basaba en que la obligación de darse de alta en las oficinas de empleo de las empresas estibadoras y recurrir a los trabajadores inscritos en éstos con carácter prioritario,

---

<sup>1070</sup> La Comisión aludía a otros modelos de gestión empleados en otros Estados miembros, tales como la gestión por las propias empresas estibadoras de oficinas de empleo para disponer de mano de obra, de modo que éstas pudieran contratar libremente trabajadores temporales o permanentes; o bien la creación de una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas que funcionaran a modo de agencias de trabajo temporal, poniendo a disposición de las empresas estibadoras a los trabajadores. Según su criterio, estos otros métodos alternativos cumplían plenamente con el espíritu del Convenio n° 137 de la OIT (apartados 42 y 44 de la Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Asunto C-576/13). Sobre las opciones planteadas por el Tribunal (oficinas de empleo *versus* reserva de trabajadores gestionada por agencias de empleo temporal) y una crítica al modelo liberalizador a ultranza impuesto por el TJUE en terreno social, en el marco del modelo obligacional multinivel, véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. *La estiba sigue en conflicto...* Op. Cit. Págs. 7 a 9.

<sup>1071</sup> Los posibles modelos que plantea la Sentencia como posibles son la creación de oficinas de empleo por parte de las propias empresas estibadoras que les permitan contratar libremente a trabajadores permanentes o temporales -modelo que, según apunta Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer en *La libertad de establecimiento ex art. 49 TFUE...* Op. Cit. Pág. 32 no deja de ser lo que realizaban las SAGEP si bien éstas con exigencia legal de un mínimo de trabajadores- o bien la creación de una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas que actúen como agencias de empleo temporal (ETI) y pongan a disposición de las empresas los trabajadores, sin concretarse la forma bajo la cual debe operar dicha reserva. El mismo autor apunta a la posibilidad de incluir a cooperativas o agrupaciones sindicales, inspirada en el modelo francés en el cual existe una Caja Paritaria que concede prestaciones para los periodos de no trabajo (CAINAGOD).

<sup>1072</sup> Las argumentaciones utilizadas por el Reino de España han sido considerados pobres o de dudosa solvencia por la doctrina, máxime cuando existían otros Estados que también habían ratificado el Convenio 137 de la OIT con modelos diferentes (CABEZA PEREIRO, J. en *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización...* Op. Cit. Pág. 10). ESTEVE SEGARRA, A. en *Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: la ordenación jurídico-laboral española de la actividad de los estibadores portuario...* Op. Cit. Pág. 8, considera que la ruptura del régimen de exclusividad no vulnera el Convenio núm. 137 de la OIT por dos razones: porque el Convenio internacional establece que los trabajadores portuarios registrados deberán tener «prioridad» -que no exclusividad- y porque tampoco instaura el modo en el que se deberá llevar a cabo el sistema de registro, el cual es derivado a la legislación o práctica nacional de cada estado firmante del Convenio núm. 137 OIT.



se ajustaba a la letra, espíritu y finalidad del Convenio nº 137 OIT. En este contexto, la doctrina consideró se revelaban enfrentados dos modelos de gestión y suministro de empleo: el modelo nacional basado en las obligaciones asumidas en el marco de la OIT, con acento en la estabilidad laboral, frente a otro en el que predominaría la tutela de las libertades económico-empresariales<sup>1073</sup>.

Según la jurisprudencia del TJUE, la acreditación de la exigencia de necesidad de la normativa y medidas nacionales para lograr el objetivo perseguido, así como su proporcionalidad, contrariamente a lo defendido por el Estado español, no correspondía a la Comisión sino al Estado<sup>1074</sup>.

Resuelta la cuestión vinculada a la carga de la prueba en el procedimiento de incumplimiento, a propósito de las alegaciones formuladas por el Reino de España en torno a la necesidad de proteger a los trabajadores y la regularidad, continuidad y calidad del servicio portuario de manipulación de mercancías, considerado como servicio público esencial para mantener la seguridad en los puertos, el Tribunal reconoció que tales objetivos se revelaban legítimos, aunque matizando que su legitimidad no siempre era suficiente en aras a justificar las restricciones impuestas, en la medida en que éstas debían ser indispensables para garantizar la consecución del objetivo, probándose la imposibilidad de obtener ese mismo resultado mediante normas menos rigurosas<sup>1075</sup>.

---

<sup>1073</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. en *La estiba sigue en conflicto: Liberalización de mercados vs. garantías sociales...* Op. Cit. Pág. 9 y ss., identifica como el punto más delicado de la plena liberalización de este concreto mercado el del mantenimiento del registro como pieza esencial del estándar internacional de protección *ex* Convenio 137 OIT. En este sentido, el propio TJUE asume que existen fórmulas respetuosas con dicha norma internacional no restrictivas, desproporcionadamente, del derecho de establecimiento. Nótese que, su artículo 2.1, en términos programáticos, establece que la política nacional deberá estimular a todas las partes a que, en la medida de lo posible, «se asegure el empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios» e incluso, en el apartado 2 del mismo artículo, se prevé que «en cualquier caso, deberán asegurarse a los trabajadores portuarios periodos mínimos de empleo o ingresos mínimos, cuya amplitud e índole dependerán de la situación económica y social del país y del puerto de que se trate».

<sup>1074</sup> Sobre la atribución al Reino de España de la carga de la prueba sobre estas dos circunstancias, véase el apartado 48 de la Sentencia dictada en el Asunto C-576/13, con fundamento a las de 15 de marzo de 2007 (Asunto C-54/05), *Comisión / Finlandia*, EU:C:2007:168, apartado 39, a propósito de la falta de acreditación de que el objetivo de seguridad vial pudiera justificar el procedimiento del permiso de transferencia regulado en un Decreto nacional sobre matriculación para cruzar la frontera finlandesa y utilizarse en otro Estado miembro, así como la falta de proporcionalidad en la regulación, al no haberse probado por la República de Finlandia que la restricción a la libre circulación de mercancías fuera proporcionada al objetivo perseguido; así como la Sentencia de 22 de octubre de 2009 (Asunto C-438/08), *Comisión / República Portuguesa*, EU:C:2009:651, apartado 47, sobre determinados requisitos impuestos para obtener la autorización exigida por la norma nacional para ejercer la actividad de inspección de vehículos (criterio de interés público, exigencias en materia de capital social, limitaciones sobre el objeto social de las empresas y normas sobre incompatibilidad de socios, gerentes y administradores), que no se acreditaron por la República Portuguesa como necesarios ni proporcionados en orden al objetivo perseguido, sin poderse justificar por razones de protección de la seguridad en el tráfico las limitaciones o restricciones que afectaban a la libertad de establecimiento.

<sup>1075</sup> El Tribunal se remite a la doctrina contenida, con cita de otra previa, en su Sentencia de 25 de julio de 1991 (Asunto C-288/89), *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros / Commissariaat voor de Media*, EU:C:1991:323, apartado 15, sobre las restricciones impuestas a la emisión de mensajes publicitarios por un objetivo de interés general (protección de los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial) o en el marco de una política cultural (mantener cierta calidad de los programas), constitutivas de restricciones a la libre prestación de servicios *ex* artículo 59 TCE (versión originaria, correspondiente a los artículos 56 y siguientes del TFUE, DOUE C 326/70, de 26 de octubre de 2012), considerados no justificados por razones

En el supuesto de autos, el Tribunal reprochó al Reino de España que no hubiera demostrado ni la necesidad de las medidas ni su carácter proporcionado, acogiendo la tesis de la Comisión relativa a la existencia de medidas menos restrictivas que eran idóneas para lograr análogo objetivo y garantizar la continuidad, regularidad y calidad del servicio de manipulación de mercancías, sin sacrificar la protección de los trabajadores<sup>1076</sup>. A la luz de tales consideraciones, el Tribunal declaró que la regulación nacional constituía una restricción injustificada que iba más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, con plena contravención del artículo 49 TFUE con respecto de los siguientes aspectos: (i) La imposición dirigida a las empresas de otros Estados miembros de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, para desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general; (ii) La obligación de contratar prioritariamente a trabajadores puestos a disposición por dicha SAGEP y (iii) La obligación de contratar a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente<sup>1077</sup>.

La exigencia de superación del test de proporcionalidad a través del método de la ponderación<sup>1078</sup>, núcleo del procedimiento judicial, no deja de estar sometida a un elevado margen de discrecionalidad del TJUE y, la doctrina, aun reconociendo las deficiencias

---

imperativas de interés general; así como también en la Sentencia de 21 de julio de 2011 (Asunto C-518/09), *Comisión / República Portuguesa*, EU:C:2011:501, apartado 65, sobre las obligaciones impuestas a las sociedades de mediación inmobiliaria y a los agentes de la propiedad inmobiliaria establecidos en otro Estado miembro para crear una agencia inmobiliaria en el Estado miembro en cuestión a fin de poder ejercer en el mismo su actividad (contratación de seguro, capital propio positivo y control público del sector de la construcción; entre otros), con plena afectación injustificada de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios (artículo 49 y 56 TFUE, DOUE C 326/70, de 26 de octubre de 2012).

<sup>1076</sup> El hecho de sancionar la no acreditación de que no existiera otro régimen mejor es considerado como una exigencia de «prueba diabólica» o «prueba negativa» por BALLESTER PASTOR, I. en *Colocación y contratación en la estiba portuaria... Op. Cit.* Pág. 548.

<sup>1077</sup> Conclusión que ha sido criticada por la doctrina laboralista. BALLESTER PASTOR, I. considera la visión de la Comisión «extremadamente simplista basada en criterios puramente economicistas» en «Colocación y contratación en la estiba portuaria», en *Colocación y contratación en la estiba portuaria, El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos... Op. Cit.* Pág. 538. También ha sido objeto de crítica por parte de OJEDA AVILÉS A. *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019... Op. Cit.* Págs. 34 y ss., al entender que el «escaso atractivo» de los puertos españoles al cual aludía la Comisión Europea en base al excesivo coste económico de operar empresarialmente en ellos, no era óbice para considerar que éstos se hallaban entre los más productivos de Europa, por encima de los italianos, totalmente liberalizados. Según la revista norteamericana JOC, el *ranking* europeo estaría formado por Bremerhaven, Rotterdam, Algeciras, Barcelona y Zeebrugge (OJEDA AVILÉS A. *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019... Op. Cit.* Pág. 43).

<sup>1078</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. en *El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ... Op. Cit.* Págs 1-3, identifica la proporcionalidad como el «centro del pleito». Sobre el principio de proporcionalidad y sus respectivos tres subprincipios (idoneidad, necesidad -como mandato del medio más benigno- y proporcionalidad en sentido estricto -el mandato de la ponderación propiamente dicho-), deducible de la esencia de los derechos fundamentales, véase ALEXI, R. «Teoría de los derechos fundamentales (Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido)», Colección *El Derecho y la Justicia* (Dir. Díaz García, E. y Laporta San Miguel, J.), *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2ª Ed., 2012, Pág. 91-92.

argumentativas del Reino de España, ha sido especialmente crítica<sup>1079</sup> con los razonamientos empleados por el Tribunal en orden a confirmar la tesis de la Comisión, entre otros motivos, por la posible quiebra del principio de subsidiariedad que podría provocar en el marco de la Unión<sup>1080</sup>, máxime al encontrarnos ante un modelo regulador de la estiba acogido por los agentes sociales en este país, como se colige de la aprobación de, como mínimo, cuatro Acuerdos Marco sectoriales. No parecería razonable abrir la puerta a que los Estados miembros, en el marco de su autonomía descentralizada, deban acogerse forzosamente a una medida o política -dentro de las posibles en cada contexto- sólo por erigirse en la más liberal de todas, pero, evidentemente, tampoco pueden los Estados desmarcarse de los compromisos adquiridos como miembros de la Unión. Huelga decir que existen otros aspectos, máxime dada la naturaleza del sector de la estiba portuaria y su carácter estratégico, que también deben jugar un papel fundamental en la determinación del modelo más idóneo que logre el tan deseado equilibrio entre el interés público, las libertades económicas y la protección social<sup>1081</sup>.

La reformulación del Derecho nacional era llamada a producirse de forma ineludible<sup>1082</sup>, aunque tras la resolución del TJUE se abrió el debate sobre su posible eficacia directa al margen de la necesaria reforma legislativa<sup>1083</sup>. Debe partirse de la premisa que el principio de

---

<sup>1079</sup> Destacan, por su contundencia, GARETH DAVIES, T. «Understanding market Access. Exploring the economic rationality of different conceptions of free movement law», *German Law Journal*, Vol. 11, Nº 8, 2010, Págs. 671-703, de la cual hace eco CABEZA PEREIRO, J; en *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo... Op. Cit.* Págs. 8 a 11, quien considera de-colectivizada la relación de la estiba portuaria a razón de la Sentencia del TJUE, considerando la brevedad de los fundamentos de derecho «en sí mismo, motivo de alarma», como recuerda FERNÁNDEZ PROL, F. en «Relación laboral de estiba portuaria y libertad de establecimiento: la respuesta en derecho interno», *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*, Bosch Editor, 2017. Pág. 243.

<sup>1080</sup> Sobre el principio de subsidiariedad como criterio de atribución competencial en el marco de la Unión Europea, véase BARNÉS, J. «La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados», *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 13, 2001. Págs. 53-69 y DE AREILZA CARVAJAL, J.M. «El principio de subsidiariedad de la construcción de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 45, septiembre-diciembre 1995. Págs. 53-93. En torno a la posible vulneración del principio de subsidiariedad sobre el particular, véase FERNÁNDEZ PROL, F. *Relación laboral de estiba portuaria y libertad de establecimiento... Op. Cit.* Pág. 244.

<sup>1081</sup> Para un análisis del complejo marco derivado del Asunto C-576/13 desde la perspectiva de la interacción entre las libertades económicas de la Unión Europea y el Derecho del Trabajo, véase ÁLVAREZ ALONSO, D. «Libertad de establecimiento y gestión de trabajos portuarios de estiba y desestiba», en «Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (Coord. García Murcia, J. y García Torres, A.), 2016, Juruá, Págs. 133-164.

<sup>1082</sup> Según RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. la demanda por incumplimiento planteada por la Comisión podría entenderse como reactiva al rechazo por parte del Parlamento Europeo de sus propuestas de directiva sobre la liberalización de los servicios portuarios, en *La libertad de establecimiento ex art. 49 TFUE... Op. Cit.* Pág. 31.

<sup>1083</sup> ESTEVE SEGARRA, A. en *Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: la ordenación jurídico-laboral española de la actividad de los estibadores portuario... Op. Cit.* Pág. 7 y ss., considera que existen aspectos más y menos concluyentes de la Sentencia del TJUE sobre la inadecuación del régimen de las SAGEP con el tratado comunitario. En este sentido, mientras en algunos aspectos en los que el Tribunal declara la existencia de un incumplimiento y deja en manos del legislador nacional la adopción de las medidas necesarias para su ejecución, la no obligación de inscripción a las SAGEP por parte de las Empresas Estibadoras tendría una proyección o efecto directo e inmediato para la apertura de las ofertas de otros operadores que pretendieran acceder al mercado en los procesos de concesión que se plantearan en adelante.

primacía de las fuentes comunitarias obliga al poder judicial de los estados a colaborar en la aplicación del Derecho de la Unión, tanto en la interpretación del Derecho nacional, como en el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante la existencia de dudas razonables sobre la validez interpretación del Derecho nacional a la luz del de la Unión, así como también en la inaplicación de las normas internas con fuerza de ley contradictorias de forma manifiesta y clara con el Derecho Comunitario, en caso de que la jurisprudencia del TJUE proporcione información e instrucciones suficientes. Esta claridad en las indicaciones dadas por el Tribunal concurre en el asunto de referencia, quizás no en todos los aspectos de la regulación nacional abordada, pero sin duda sí en cuanto al régimen de las SAGEP se refiere y a la incompatibilidad con el tratado comunitario de la obligación de pertenencia en estas.

Consecuencia directa de esta primacía era, pues, sin necesidad de positivización de la reforma llamada a realizarse, la prohibición de exigir a las empresas estibadoras la participación en la SAGEP ni su integración en las mismas, inaplicándose el artículo 142.1 del TRLPEMM<sup>1084</sup>. La doctrina científica estuvo dividida a propósito de los efectos de dicha inaplicación - directamente, sin necesidad de reforma o bien previa intervención del legislador. Un sector defendía el efecto directo de la Sentencia sobre la prohibición de inscripción obligatoria de las empresas en la SAGEP, sin necesidad de esperar a la reforma legal, si bien negaba tal efecto en relación con el aspecto de la Sentencia relativo a la articulación de un nuevo modelo de prestación de trabajos de estiba portuaria<sup>1085</sup>. Sin embargo, otro sector consideraba que los obstáculos para lograr la deseada coherencia del sistema eran demasiado elevados, susceptibles de provocar, las decisiones administrativas y judiciales, un exceso de inseguridad jurídica<sup>1086</sup>. Según nuestro criterio, las obligaciones relativas a la participación en el capital social de la SAGEP y las exigencias impuestas a las empresas estibadoras relativas a los mínimos de contratación de personal de las SAGEP, deberían haber decaído tras publicarse la Sentencia del TJUE, ajustándose al principio de primacía y al efecto directo del Derecho de la Unión la decisión de inaplicar los artículos del TRLPEMM reguladores de estas materias. Ahora bien, considero que, en aras al pleno respeto del principio de subsidiariedad, el concreto modelo regulador de la gestión de la mano de obra -de entre los propuestos o sugeridos por el TJUE- correspondía ser desarrollado a nivel interno, a través de la pertinente reforma legislativa, no pudiendo exigirse ninguno de los sistemas o mecanismos de gestión

---

<sup>1084</sup> MOLINA NAVARRETE, C. identifica otras obligaciones legales exigidas por el TRLPEMM que también decaerían, como el porcentaje mínimo de trabajadores con contrato común (artículo 117.1. n), la obligación de mantener un porcentaje mínimo proveniente de la SAGEP de carácter indefinido y en régimen laboral común (artículo 143), la limitación de contratación de trabajadores externos no procedentes de la SAGEP para la realización de un turno de trabajo (artículo 151.5) y la prioridad de contratación reconocida al personal de la SAGEP en caso de empresas con licencia de prestación de servicios comerciales de entrega y recepción de mercancías (artículo 155 TRLPEMM), en *Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no... Op. Cit.* Págs. 11-12.

<sup>1085</sup> ESTEVE SEGARRA, A. en *Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales... Op. Cit.* Págs. 6-8.

<sup>1086</sup> MOLINA NAVARRETE, C. *Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no... Op. Cit.* Pág. 11.

citados en el apartado 55° de la resolución judicial<sup>1087</sup>, o, al menos, no hasta que estos se tradujeran en una regulación interna vinculante para el sector.

Cuanto precede constituye la plasmación práctica de la efectividad de las líneas de acción de la Comisión que se citaban *ut supra* para lograr que, una norma general de un Tratado acabe desprendiendo eficacia directa sobre un Estado miembro en un ámbito en el que la Unión ha hecho uso parcial de su competencia compartida, en busca de un resultado predeterminado de base. La autora Rodríguez-Izquierdo Serrano distingue tres elementos en este proceso secuencial: una proyección imperativa de una decisión política (no normativa) de la Comisión, la conversión de la decisión política en normativa y la justificación de esta transformación sobre la base del principio general de eficacia que se encuentra en el sustrato de la doctrina jurisprudencial del efecto directo<sup>1088</sup>.

La norma de derecho originario que se sitúa en el origen de la aplicación del principio de eficacia directa, cuanto más genérica sea, mayor conexión material permitirá trazar entre la misma y la política, práctica o regla estatal contraventora. El asunto analizado constituye una clara ejemplificación sobre cómo operaría en la práctica la articulación de este principio: confirmada la conexión material, el efecto directo operaría y desplazaría al Estado demandado la obligación de justificar que su actuación no supone un obstáculo o, en su defecto, justificar con éxito que procede excepcionarse en el caso particular la aplicación de la disposición de derecho originario.

---

<sup>1087</sup> «(...) que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores, o la posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras».

<sup>1088</sup> Véase RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. en *La reforma del trabajo en la estiba por la Unión...* *Op. Cit.* Pág. 71, parafraseando a PESCATORE, P. «The Doctrine of ‘Direct effect’: an infant disease of Community Law», *European Law Review*, 2015. Págs. 135-153. En la explicación de esta dinámica hermenéutica la autora se remite al asunto *Van Gend* en el cual el TJUE fijó que las normas del Tratado tenían efecto directo, siendo susceptibles de invocación directa por los particulares, desarrollándose a través de las cuestiones prejudiciales previa invocación de las normas de los Tratados por los particulares ante los jueces nacionales. Los particulares podrían, pues, oponer normas originarias y de Derecho derivado, frente a un Estado miembro que dictara normas o avalara prácticas contrarias a sus propósitos. El TJUE podría, en virtud de tal principio, desplazar el Derecho nacional impeditivo invocando la preferencia del Derecho europeo. A lo largo de los años, la aplicación de la doctrina sentada por la Sentencia *Van Gend* se ha ido ampliando, comprendiendo también la posibilidad de revisión de la legalidad nacional contraria a las normas de los Tratados, virtualidad plasmada por la vía del recurso por incumplimiento. A criterio de la autora Rodríguez-Izquierdo Serrano, esta extensión constituiría una primera mutación de la doctrina del efecto directo (esto es, la posibilidad de revisar la conformidad de la legislación o práctica estatal impeditiva a los fines del tratado), a la que se anudaría una segunda mutación consistente en la aplicación directa de las disposiciones de los Tratados a pesar de la generalidad de sus formulaciones, sin necesidad de ulteriores acciones. El autor Pescatore, en la obra *Op. Cit.*, alude a la «justiciabilidad» como factor que capacitaría a la norma originaria a ejercer coerción sobre la situación dada al interior de un estado miembro. Este mecanismo se convierte, según califica la autora, en un instrumento de coerción federal normativo que prescinde del legislador supranacional para lograr los resultados propuestos, que, de lograr el aval del Tribunal en base al efecto directo como principio fundamental del Derecho de la Unión, se convierten en prácticamente imbatibles. En este punto, entiende que se produce una tercera mutación, derivada de la sinergia entre los fines de la Comisión (favorecer la integración) y los fines del efecto directo derivados, según el juzgador europeo, del espíritu de los Tratados, cuya misión es lograr una Comunidad de Derecho.

Ahora bien, tal como se ha advertido al analizar el asunto de referencia, en esta ecuación también entra en juego otro principio: el de la proporcionalidad, valorada en función de los objetivos del Derecho de la Unión y no del Estado español. Si el juzgador comunitario acaba determinando -como sucedió en este caso- que existen medidas menos agresivas que posibilitan unos resultados parecidos, más ajustadas a los fines de la norma y políticas supranacionales, no se superará el test de proporcionalidad. Es en este punto que culmina la gran paradoja que enmarca el sistema de integración de las máximas comunitarias en el sector de la estiba portuaria español: ante la falta de Derecho derivado en la materia aplicable al sector -marcada por los fallidos intentos de regulación a través de Directiva- y ante la exclusión expresa de la manipulación de cargas del Reglamento de Puertos de 2017, se alza la Comisión (y el Tribunal) para afirmar la inclusión de este sector en el ámbito de las normas generales de los Tratados, posibilitando la eficacia o aplicabilidad directa del artículo 49 TFUE con fuerza coercitiva, aunque el legislador europeo lo haya excluido de su ámbito de acción<sup>1089</sup>.

La estrategia determinada por la Comisión y el Tribunal de Justicia, posibilitan lo que la doctrina denomina como «integración encubierta», a veces más efectiva que la derivada de las decisiones regladas vía derecho derivado. En la delimitación de la misma, cobran especial virtualidad los aludidos mecanismos de «*soft law*» que, en concurso con el Derecho originario, permitirían dotar de autoridad su eficacia interpretativa.

En definitiva, el recurso por incumplimiento, incorporado en la reforma del Tratado de Maastricht, se revelaría como el instrumento hábil en orden a culminar la articulación formal de los mecanismos de integración encubierta existentes que, en este sector, ya habían quedado predeterminados materialmente por las posiciones de los actores supranacionales principales que habían intervenido en previas manifestaciones de «*soft law*» que, en conjunción con el principio de eficacia directa aplicada por la jurisprudencia comunitaria, debían conducir al éxito de la pretensión liberalizadora preconizada por la Comisión en este

---

<sup>1089</sup> El fallo del Asunto C-576/13 que conduciría a este resultado declaraba 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».

sector<sup>1090</sup>. Veremos, en el subsiguiente epígrafe, si las «sugerencias»<sup>1091</sup> reguladoras de la Comisión, plasmadas en la Sentencia dictada en el Asunto C-576/13 se acabaron traduciendo en norma imperativa en el orden nacional español.

### 4.3. El cumplimiento de la Sentencia del TJUE (C-576/13) a través del demorado Real Decreto-Ley 4/2017 y su sucesor, 8/2017

La demora en la respuesta legislativa fue harta elocuente de la crisis jurídica en la que quedó sumido el sector tras dictarse la Sentencia del TJUE<sup>1092</sup>. Fue necesario el transcurso de más de dos años y el anuncio de un nuevo procedimiento sancionador por parte de la Comisión Europea -ante la falta de adaptación del régimen jurídico nacional a la STJUE- para que el legislador aprobara una primera versión de Real Decreto-ley.

En concreto, llegado julio de 2016 y constatada la falta de cumplimiento de la Sentencia, la activación del mecanismo regulado en el artículo 260 TFUE por parte de la Comisión en busca de multas coercitivas para el Reino de España presionó al ejecutivo español para acelerar las negociaciones y, aunque la aprobación del primer Real Decreto-Ley 4/2017 provocara que la Comisión desistiera de la multa coercitiva, no la disuadió de mantener la petición de pago de una suma a tanto alzado que se cuantificó en 27.552 euros multiplicados por el número de días transcurridos entre la fecha de emisión de la Sentencia y la de la entrada en vigor del RD-Ley 4/2017, que llevó al Reino de España al pago de un tanto alzado de 3 millones de euros<sup>1093</sup>.

---

<sup>1090</sup> OJEDA AVILÉS A. en *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019...* Op. Cit. Págs. 33 y ss., considera que, el *leit motiv* del interés de la Comisión Europea en transformar un sistema jurídico nacional que había logrado paz social y productividad, no fue el que algunos críticos identificaban en la imposibilidad de la Comisión de integrar el sector aéreo y marítimo, con el éxito de la propuesta de Directiva sobre el *handling* en los aeropuertos que se intentó trasladar en la estiba de los puertos; sino que la motivación real fue a su juicio el impulso mercantilista que ha presidido las actuaciones de la Unión Europea desde sus inicios, a través de las cuatro libertades -consideradas por el autor, en realidad, libertades mercantiles- entre las que destacarían la de establecimiento y libre competencia. En este sentido, tras ponerse en peligro el equilibrio pretendido por el Tratado en los asuntos *Viking*, *Laval* y *Riffert* y, una vez descartada la pretensión de la Comisión de combatir los registros portuarios a través de la libre competencia (Asunto *Becu*), ésta centró la impugnación del sistema de estiba portuaria español en la libertad de establecimiento, *ex* artículo 49 TFUE.

<sup>1091</sup> *Vid.* 1071.

<sup>1092</sup> Para parte de la doctrina, no era necesario realizar sustanciales cambios en orden a adaptar la normativa a las exigencias del TJUE. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. en *El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014*. Op. Cit. Págs. 1-3., no consideró que el régimen español estuviera tan lejos de cumplir con las exigencias de la Sentencia, bastando a su juicio con dejarse de exigir la forzosa adscripción y contratarse, cuando fuera necesario por necesidades coyunturales, personal temporal, por rotación y según registro controlado por una empresa de gestión de estibadores, al considerar que la esencia de las SAGEP podía ser asimilable a la de las ETT, debiéndose remitir a la negociación colectiva las condiciones de trabajo de los trabajadores sujetos al régimen común y especial (la rotación era una exigencia legal esencial de esta tipología de relación).

<sup>1093</sup> El procedimiento finalizó con la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2017 (Asunto C-388/16), *Comisión contra España*, cuyo fallo declaró: 1) «que el Reino de España incumplió las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 260 TFUE, apartado 1, al no haber adoptado, en la fecha en que expiró el plazo señalado en el escrito de requerimiento emitido por la Comisión Europea, es decir, el 20 de septiembre de 2015, las medidas que implicaba la ejecución de la sentencia de 11 de diciembre de 2014, Comisión/España (C-576/13); 2)

Partiendo de la resolución judicial dictada, la doctrina sostuvo que la acomodación del régimen de la estiba portuaria debía partir de las premisas de la Comunicación sobre una política portuaria europea, en torno a la existencia de «pools» de trabajadores como entidades configuradas bajo la posible modalidad de Empresa de Trabajo Temporal (ETT)<sup>1094</sup>, encargados de la formación y contratación de los estibadores portuarios<sup>1095</sup>.

Los interlocutores sociales elaboraron un documento de trabajo, fechado a 23 de julio de 2015, con el fin de sentar las bases sociales para la adaptación del régimen de la estiba a la STJUE, cuyo contenido fue sometido al Ministerio de Fomento el día siguiente<sup>1096</sup>. Esta propuesta contemplaba la creación de un centro portuario de empleo en cada puerto, del cual serían socias las empresas titulares de licencias del servicio de manipulación de mercancías. La puesta a disposición de los trabajadores a las empresas estibadores o de otros centros portuarios de empleo se basaba en un sistema de rotación por turnos o con la periodicidad fijada en la negociación colectiva sectorial, siempre que se garantizara la formación continua de los trabajadores, con contratación mediante relación laboral especial

---

Condenar al Reino de España a pagar a la Comisión Europea una cantidad a tanto alzado de 3 millones de euros. En los Fundamentos Jurídicos 40 - 42 de la STJUE (C-388/16), el Tribunal señaló que « (...) si bien el Reino de España ha demostrado su buena fe, en particular, cooperando estrechamente con la Comisión durante el procedimiento administrativo previo, transcurrieron 29 meses desde que se dictó la sentencia de 11 de diciembre de 2014, Comisión/España (C-576/13, no publicada, EU:C:2014:2430), hasta la entrada en vigor, el 14 de mayo de 2017, del Real Decreto-ley 8/2017, que adaptó la normativa nacional a lo dispuesto en dicha sentencia. Las justificaciones invocadas por el Reino de España a ese respecto, a saber, que el retraso en la ejecución de la citada sentencia obedeció a dificultades internas, relacionadas con la disolución del Parlamento nacional, con el hecho de que el Gobierno se hallara en funciones y con la celebración de nuevas elecciones, no pueden aceptarse. En efecto, como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (véase, por analogía, la sentencia de 31 de marzo de 2011, Comisión/Grecia, C-407/09, EU:C:2011:196, apartado 36 y jurisprudencia citada). Por lo tanto, resulta obligado observar que el incumplimiento que se imputa al Reino de España persistió durante un período de tiempo significativo». Para un análisis crítico de la Sentencia y del procedimiento de ejecución de sentencias por incumplimiento, véase MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C. «La Controvertida solución al modelo de la estiba y desestiba portuaria español. Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2017, relativa al procedimiento de condena al Reino de España», *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 47, 2018. Págs. 17 y ss.

<sup>1094</sup> Bruselas, 18.10.2007, COM-2007-616. La Comunicación señalaba, en su epígrafe 4.5, que «estas entidades ofrecen a menudo una formación de calidad a los trabajadores y constituyen una herramienta eficaz para los empresarios. Sin embargo, tales acuerdos no deben utilizarse para impedir que determinadas personas o empresas debidamente cualificadas presten servicios de manutención de carga, o para imponer a los empresarios una mano de obra que no necesitan (...)». Según ESTEVE SEGARRA, A. en *Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales... Op. Cit.* Pág. 9, el cumplimiento del espíritu de la sentencia podía lograrse a través del establecimiento de un régimen similar al previsto en el artículo 6.5 de la Propuesta de Directiva sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios (COM/2001/0035 final), en virtud del cual «El prestador de servicios portuarios tendrá derecho a elegir el personal que vaya a llevar a cabo los servicios cubiertos por la autorización».

<sup>1095</sup> Sobre las posibles carencias argumentativas de la Sentencia en orden al establecimiento de una formación de calidad en el marco del sistema público de Formación Profesional, véase ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. en *El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, Op. Cit.* Pág. 3.

<sup>1096</sup> «Bases para la elaboración de una propuesta común para la reforma legal del régimen de la estiba en España».



de carácter indefinido de estibadores incluidos en un registro nacional de estibadores portuarios<sup>1097</sup>.

Tras la celebración de elecciones generales en diciembre de 2015 y el transcurso de un complejo periodo político en orden a la investidura del nuevo presidente del Gobierno<sup>1098</sup>, las negociaciones entre sindicatos y patronal continuaron activas. La Comisión se mantuvo expectante a la respuesta legislativa española cuando, el 16 de febrero de 2017, el portavoz del Ejecutivo comunitario, *Margaritis Schinas*, en una rueda de prensa manifestó: «Estoy seguro de que a las autoridades españolas no les gustaría presentar una ley que no es compatible con la legislación europea y comunitaria. Ambas partes comparten el interés común de un sistema laboral portuario que garantice la competitividad de los puertos españoles y ofrezca un nivel adecuado de protección a los trabajadores»<sup>1099</sup>. Tan sólo nueve días después de dicha declaración, el 25 de febrero de 2017 se publicó en el BOE el Real Decreto-Ley 4/2017, 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)<sup>1100</sup>.

Una reforma tan estructural considero que no procedía materializarse a través del ejercicio unilateral del poder ejecutivo (real decreto-ley), sino que debía haberse tramitado a través de una meditada ley que superara todos los cauces parlamentarios. Parece que esta retórica reflexión encontraría su respuesta en el propio epígrafe VII de la Exposición de Motivos de este primer Real Decreto-Ley, que justifica la adopción de esta norma y del requisito constitucionalmente exigido (artículo 86 CE) de extraordinaria y urgente necesidad en «el tiempo transcurrido desde la fecha en la que se dictó la sentencia del TJUE y la interposición por parte de la Comisión Europea de una demanda contra el Reino de España por falta de adopción de las medidas necesarias para dar cumplimiento a la misma».<sup>1101</sup> En otros términos, la respuesta del poder ejecutivo habría venido forzada por el anuncio de una inminente respuesta del TJUE que podía conducir a la imposición de dos multas propuestas por la

---

<sup>1097</sup> Para un mayor detalle del contenido de este documento de trabajo, véase FERNÁNDEZ PRIETO, M. *La relación de la estiba tras la STJUE de 11 de diciembre de 2014...* Op. Cit. Pág. 571 y ss.

<sup>1098</sup> Sobre el contexto político posterior a la Sentencia del TJUE, véase ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario...* Op. Cit. Págs. 12-22.

<sup>1099</sup> Sobre el artículo periodístico que transcribe parcialmente los términos de su declaración, «Bruselas presiona a España para que cumpla la sentencia», publicado en *elpais.com* (Economía, 16 de febrero de 2017), véase MOLINA NAVARRETE, C. *Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles...* Op. Cit. Págs. 1-2.

<sup>1100</sup> BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2017. El Real Decreto-Ley, según TORRENT, R. en «Dictamen sobre el mejor modo de dar 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 (sentencia sobre la estiba)», Barcelona, 2017, apartado 1; partía de una premisa errónea, cual era considerar que la Sentencia condenaba a las SAGEP por atentar contra la libertad de todas las empresas portuarias, al considerar el autor que únicamente existían impedimentos para empresas de otros países europeos, pero no para las españolas o multinacionales no europeas.

<sup>1101</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. en *La estiba sigue en conflicto: Liberalización de mercados vs. garantías sociales...* Op. Cit. Págs. 7-11, denuncia el abuso de la figura del real decreto-ley como norma con rango de ley «anormal» en la teoría clásica de la división de poderes que evade el debate político y social.

Comisión por falta de adecuación del modelo a la Sentencia dictada en el asunto de referencia: la primera, consistente en una sanción diaria de 27.522 Euros desde el día en que el TJUE declaró contrario a la libertad de establecimiento el sistema portuario español (11 de diciembre de 2014)<sup>1102</sup> y, la segunda, cuantificada en 134.107,2 Euros diarios desde que fuera dictada la segunda sentencia por parte del TJUE<sup>1103</sup>. Evidencia elocuente de esta precipitación en la publicación de una norma todavía carente de la suficiente maduración fue 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 por falta de convalidación ante el Congreso de los Diputados<sup>1104</sup>.

Los aspectos nucleares del nuevo texto normativo de veintidós días de vigencia, que fue denominado por la doctrina el «paréntesis liberal» o «paréntesis de trabajo portuario liberalizado»<sup>1105</sup>, eran la libertad de contratación de trabajadores portuarios profesionalizados<sup>1106</sup> para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías<sup>1107</sup> e introducción de una nueva figura jurídica: el Centro Portuario de Empleo (CPE)<sup>1108</sup>, como una suerte de Empresa de Trabajo Temporal creada «ad hoc» para la gestión del servicio portuario de manipulación de mercancías. La creación de estas entidades a través del artículo 4 de la norma se realizó sin perjuicio de las empresas de trabajo temporal u otras que estuvieran en el mercado o pudieran constituirse a estos efectos con arreglo a la legislación vigente, por lo que estas eran llamadas a concurrir con otras empresas de trabajo temporal sin la consideración de CPE. Además, el Real Decreto-Ley no concedió tampoco

---

<sup>1102</sup> En relación a dicha multa, véase PAZOS PÉREZ, A. *La estiba portuaria tras la aprobación del Real Decreto 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...* Op. Cit. Págs. 259-260.

<sup>1103</sup> Véase, sobre este particular, el artículo publicado en *elmundo.es* (Economía, 17 de marzo de 2017) titulado «Bruselas dice que es ‘esencial’ que España apruebe la reforma de la estiba», a propósito del procedimiento de ejecución de sentencia *ex* artículo 60.2 del TFUE iniciado por la Comisión el 13 de julio de 2016, que permitía la imposición de un importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva a pagar por el Estado español, a definir por el TJUE. Parece que las instituciones europeas reconocieron efectos ‘*ex tunc*’ a la derogación del RD-Ley 4/2017 por no convalidación ante el Congreso, al anular la suspensión de la acumulación de la multa (durante los 21 días de vigencia del RD) y reactivar retroactivamente la multa.

<sup>1104</sup> BOE núm. 71, de 24 de marzo de 2017.

<sup>1105</sup> Así lo denomina MOLINA NAVARRETE, C. en *Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no la Comisión...* Op. Cit. Pág. 6, acompañado de una férrea crítica a la radicalidad del liberalismo que impregnaba la reforma, en pleno sacrificio de los derechos laborales, cuando la reconversión a la que obligaba la Sentencia del TJUE podía haberse alcanzado a través de otras fórmulas, a su juicio, más garantistas desde la perspectiva de la protección social.

<sup>1106</sup> La garantía de la profesionalidad del trabajo no se articulaba a través de un registro adicional, sino tan solo a través de la acreditación de titulaciones específicas (Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre, u orden del Ministerio de Fomento que la sustituyera), con las excepciones previstas en el artículo 3 (acreditación de más de 100 jornadas de trabajo en el servicio portuario y el régimen de la autoprestación *ex* artículo 133.1 del TRLPEMM).

<sup>1107</sup> Artículo 2 de la norma, a través de las diversas modalidades de contratación previstas en el Estatuto de los Trabajadores con carácter general, sin obligación de participar en el capital de las empresas de puesta a disposición (nueva letra n) del artículo 113.4 del TRLPEMM).

<sup>1108</sup> Artículo 4 del RD-Ley 4/2017.

preferencia alguna a los CPE, quedando su actividad más limitada, según el tenor de la norma, que la de otras entidades de prestamismo laboral, puesto que su objeto social se circunscribía al empleo de los trabajadores portuarios en el servicio portuario de manipulación de mercancías, así como su cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios sin extenderse, pues, a la cesión a titulares de terminales de pasajeros o mercancías que se prestaran a sí mismos servicios de manipulación de mercancías en régimen de autoprestación artículo 133.1 del TRLPEMM, empero sí podían las ETT sin consideración de CPE ceder trabajadores a estas entidades. Es más, la pretendida adaptación rápida del sector al carácter irregular de los servicios también se hubiera podido acometer a través de otras entidades que no fueran ni CPE ni ETT, como serían las agencias privadas de empleo proveedoras de trabajadores a las empresas estibadoras y que actuaran como intermediarias laborales<sup>1109</sup>, si bien se abogó por un modelo de *pool of labour*<sup>1110</sup> que, en lugar de a favor de los trabajadores, actuara a favor de las empresas<sup>1111</sup>.

Partiendo de las propuestas que el propio TJUE introducía en la Sentencia, se podría haber optado por otra fórmula más asimilable a la que ya había avalado dicho Tribunal en otros países de la Unión, como Bélgica, al plantearse el asunto *Becu* en el que se validó -cierto que desde la perspectiva de la libre competencia- un sistema en virtud del cual solo podía emplearse en trabajos de estiba y desestiba a trabajadores reconocidos por una comisión paritaria de trabajadores y empleadores para una zona geográfica determinada y en función de la carga de trabajo existente<sup>1112</sup>. Este modelo, *a priori*, sería respetuoso con el sistema de

---

<sup>1109</sup> Para un riguroso análisis del artículo 4 sobre los CPE, véase CABEZA PEREIRO, J. «Algunos interrogantes acerca de los centros portuarios de empleo» en *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*, Bosch Editor, 2017, Capítulo 7. Pág. 201 y ss.

<sup>1110</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. en *La estiba sigue en conflicto: Liberalización de mercados vs. garantías sociales...* Op. Cit. Pág. 12.

<sup>1111</sup> CABEZA PEREIRO, J. en *Algunos interrogantes acerca de los centros portuarios de empleo...* Op. Cit. Pág. 210 y Págs. 214-216, reflexiona sobre el papel que podría desempeñar la negociación colectiva en orden a garantizarse la estabilidad laboral a la que alude la Exposición de Motivos de la norma, planteando tres opciones: a) exigencia en los convenios de las empresas cesionarias de estibadores portuarios de un mínimo de plantilla, a partir del cual se podría aplicar la causa de eventualidad para la cesión de trabajadores a través de CPE; b) utilización de la habilitación contenida en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 14/1994, de 1 de junio y establecimiento de limitaciones para que las empresas encargadas del servicio portuario pudieran recurrir a ETT o CPE, pudiéndose restringir la cesión a los CPE o SAGEP reconvertidas, excluyendo a las demás ETT, en términos respetuosos con la Directiva 2008/104/CE en los términos interpretados en el Asunto C-533/13 *AKT*; c) regulación de la contratación fija-discontinua en el ámbito de los CPE con reglas adecuadas para asegurar la igualdad de trato en los llamamientos de los trabajadores. Por otro lado, sobre la Sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2015 (Asunto C-533/13), primera vez en que el Tribunal se pronunció sobre un precepto de la Directiva 288/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de ETT, no imponiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de inaplicar disposiciones nacionales que conllevaran prohibiciones o restricciones relativas al recurso a la cesión temporal de trabajadores a través de ETT (no justificadas por razones de interés general), véase PAZOS PÉREZ, A. *La estiba portuaria tras la aprobación del Real Decreto 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...* Op. Cit. Pág. 271; quien plantea la conveniencia de que las empresas estibadoras tuvieran una plantilla de trabajadores fijos propia, otra de fijos-discontinuos y que únicamente se utilizara el recurso de las ETT para los picos del incremento del trabajo de estiba y desestiba.

<sup>1112</sup> Vid. Epígrafe 2.2.c).

registro en el Convenio 137 OIT, si bien contrario al fijado en el RD-Ley 4/2017 y su sucesor, 8/2017<sup>1113</sup>.

En cualquier caso, tras un breve articulado compuesto por cuatro preceptos<sup>1114</sup>, en sede de disposiciones transitorias se concedía un año de plazo a la patronal y a los sindicatos para adaptar la normativa convencional al nuevo marco normativo y al artículo 49 del TUE, bajo advertencia de nulidad de todas las disposiciones contrarias a éstos<sup>1115</sup>. Por otro lado, también se establecía un periodo transitorio de tres años a las SAGEP para que optaran por extinguirse o continuar su actividad como ETT o bien como CPE (Disposición Transitoria 1ª)<sup>1116</sup>. Durante este periodo, todas las empresas titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías -salvo las que tuvieran autorización para la autoprestación- debían cubrir, como mínimo, el 75% de su estructura con trabajadores de la SAGEP durante el primer año, reduciéndose al 50% en el segundo año y al 25 durante el tercer año.

En este marco de regulación, las empresas estibadoras ya no tenían la obligación de participar en ninguna sociedad ni de contratar a los trabajadores puestos a disposición en términos prioritarios por ellos. En este punto es en el que podía abrirse el debate en torno a la posible colisión con el marco internacional, referido a la prioridad de contratación de los trabajadores registrados<sup>1117</sup>, vetándose la posibilidad de regulares convencionalmente disposiciones

---

<sup>1113</sup> CABEZA PEREIRO, J. en «Algunos interrogantes acerca de los centros portuarios de empleo» en *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*, Bosch Editor, 2017, Capítulo 7. Págs. 207-208.

<sup>1114</sup> Breve articulado que luego se reproduce en el RD-Ley 8/2017 y que, según apunta RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. «Nuevo régimen legal de la prestación de servicios de manipulación portuaria», *Derecho de las relaciones laborales*, N° 8, 2017. Pág. 679, habría prestado más atención a los socios de las SAGEP que a los trabajadores, descargándoles del coste del pago de las indemnizaciones de las extinciones, incluso del personal contratado directamente, por el simple hecho de proceder del listado de la SAGEP; sin preverse medidas de continuidad de los contratos de trabajo.

<sup>1115</sup> DA 2ª del RD-Ley 4/2017 y posterior DA 1ª del RD-Ley 8/2017. En el supuesto de que con ocasión de dicha adaptación se produjeran novaciones convencionales perjudiciales para los trabajadores, éstos podrían acogerse a una rescisión indemnizada de su contrato de trabajo con el derecho a percibir 20 días de salario por año de servicio, con cargo a la Autoridad Portuaria; difiriéndose el pago a la previa aprobación por la Comisión Europea (DF 5ª, apartado 2). RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. en *Nuevo régimen legal de la prestación de servicios de manipulación portuaria...* Op. Cit. Pág. 679, apunta a que la Disposición Adicional 1ª que concedía un año de adaptación empecería la concesión del espacio necesario a la negociación colectiva, a la que hacía un llamamiento el Reglamento (UE) 2017/352, con el fin de explorar una nueva organización del trabajo que garantizara los puestos de trabajo de calidad y condiciones laborales seguras para afrontar las fluctuaciones de la demanda del mercado.

<sup>1116</sup> La fórmula de los CPE era citada junto con la existencia de ETT ordinarias, y podían crearse por personas naturales o jurídicas o uniones y entidades sin personalidad jurídica, lo que se interpretaría como la posibilidad de creación de cooperativas de trabajadores o una gestión sindical de sus centros. En esta línea, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. *Nuevo régimen legal de la prestación de servicios de manipulación portuaria...* Op. Cit. Pág. 679. Las empresas estibadoras no tendrían pues obligación de participar en los CPE ni de contratar a trabajadores puestos a disposición por ellos prioritariamente. Nótese que, el TJUE, en las alternativas propuestas, se refería a que las empresas estibadoras gestionasen las oficinas de empleo que les suministrarían su mano de obra y organizarían la formación de esos trabajadores, o bien a la creación de una reserva de trabajadores de gestión privada como agencias de empleo temporal para poner a disposición de las empresas estibadoras trabajadores.

<sup>1117</sup> Véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. en *La estiba sigue en conflicto...* Op. Cit. Pág. 12.

contrarias a las previsiones del RD-Ley 4/2017, dada la nulidad *ope legis* que operaría sobre todas aquellas no adaptadas en el plazo legalmente establecido que fueran limitativas de la libertad de contratación o de la competencia.

Asimismo, la Disposición adicional 2ª de la norma, en su apartado segundo, recogía la posibilidad de rescisión indemnizada del contrato en caso de que la adaptación al nuevo marco en sede convencional produjera modificaciones sustanciales que causaran perjuicios de entidad a los trabajadores<sup>1118</sup>.

Con el mentado RD-Ley 4/2017, el legislador pretendió eliminar totalmente la posición dominante de la SAGEP a través de la plena y total externalización de la contratación portuaria, en favor de un mercado de plena intervención de las ETT, sin acoger el modelo de gestión flexible basada en la plantilla dual dividida entre los «core workers» (trabajadores indefinidos y eventuales) para cubrir las fluctuaciones en la demanda, sacrificando la garantía del empleo en este proceso de reconversión<sup>1119</sup>.

La norma sucesora, ante la falta de acuerdo político para convalidar la precedente en el Pleno del Congreso de los Diputados del día 16 de marzo de 2017, fue el RD-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)<sup>1120</sup>, con estructura y contenidos sustancialmente coincidentes, si bien incorporando algunos cambios entre los que destaca, sin lugar a dudas, el Anexo que introdujo una «Propuesta de mediación» que fue emitida tras una extensa negociación mantenida entre los agentes sociales del sector de la estiba, una vez fue rechazado por el Gobierno el «Principio de Acuerdo en el Sector de la Estiba» presentado por la patronal ANESCO y los sindicatos Coordinadora de Trabajadores del Mar, UGT y CC.OO<sup>1121</sup>. El rechazo fue consecuencia de la modificación que realizaba al alza de la concesión de ayudas al Sector y la regulación de la subrogación, a través de un modelo que no era de naturaleza estática sino «dinámica» o «adaptativa» pretendiendo dar solución a un

---

<sup>1118</sup> BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2017.

<sup>1119</sup> MOLINA NAVARRETE, C. los identifica, respectivamente, como «mercado primario» y «mercado secundario» en *Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles...* Op. Cit. Pág. 13. El modelo de empresa dual es el destino que pronosticaba FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. en *La estiba sigue en conflicto: Liberalización de mercados vs. garantías sociales...* Op. Cit. Pág. 11.

<sup>1120</sup> BOE núm. 114, de 13 de mayo de 2017. Este Real Decreto-Ley se dicta por el gobierno sin la participación de los sindicatos y empresarios del sector de la estiba, aunque con el soporte de la Comisión Europea y, según refiere el autor OJEDA AVILÉS, A. *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019...* Op. Cit. Pág. 42 y ss.; también de la Plataforma PIPE, identificado como *lobby* de presión al Gobierno, en orden a culminar la liberalización del sector portuario.

<sup>1121</sup> Propuesta de mediación sobre efectos laborales de la nueva ordenación laboral del servicio portuario de manipulación de mercancías (Anexo I) emitida por el Mediador D. Marcos Peña, tras la celebración de distintas reuniones en un periodo de 40 días de negociación.

activo conflicto sindical no resuelto por el derecho positivo<sup>1122</sup>. Una norma marcada por la misma urgencia que motivó su antecesora y que, lejos de resolver los problemas ocasionados por la anterior, los agravó e introdujo nuevas fórmulas que no hicieron más que repercutir en la ciudadanía, de forma encubierta, una reconversión industrial en el sector<sup>1123</sup>.

El citado «Principio de Acuerdo en el Sector de la Estiba» marcó un punto de inflexión en la distribución de la representatividad empresarial en el sector, hasta entonces concentrada en ANESCO, como única patronal sectorial. Así, determinadas empresas titulares de licencias de servicio portuario de estiba para la manipulación de mercancías (47, en ese momento), comprendidas en 15 grupos empresariales, que no se veían identificadas ni representadas en las plataformas reivindicadas por ANESCO (a partir de las que alcanzaban acuerdos con el sindicato profesional o de franja CETM, mayoritariamente) se escindieron y constituyeron la asociación empresarial denominada «Asociación Empresarial de Empresas Operadoras Portuarias» (ASOPORT)<sup>1124</sup>, representante de más de un 30% del sector. Se trató de una escisión que, sin duda, marcó y seguirá marcando un hito histórico fundamental en la estructura y peso de la negociación del sector de la estiba, por su firme voluntad de contribuir a culminar la misión liberalizadora determinada por la Comisión Europea.

Más allá de los cambios en la regulación del trabajo de la estiba llevados a cabo a través de su breve articulado y regulación transitoria y adicional, lo cierto es que la supresión del anterior régimen se colige de la mera Disposición derogatoria única, en la que se derogan tanto múltiples artículos del TRLPEMM<sup>1125</sup> como el artículo 2.1.h) del ET, por el que se catalogaba como especial la relación laboral de los estibadores portuarios, pasando a encuadrarse jurídicamente en la categoría de relación laboral común. Sin embargo, durante el periodo de transitoriedad (contenido en la Disposición Transitoria 2ª) tampoco aclaró ninguno de los dos reales decretos leyes la situación en la que quedarían los trabajadores de la SAGEP en caso de convertirse en ETI, una vez extinguido el carácter especial de su

---

<sup>1122</sup> Sobre esta catalogación, véase MOLINA NAVARRETE, C. «Libertad de empresa, seguridad en el empleo y ‘subrogación adaptativa’: a propósito del ‘desregulador’ nuevo régimen de la estiba», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros (CEF)*, N° 411 (junio 2017). Págs. 105 a 109.

<sup>1123</sup> La «falta de productividad» de los puertos españoles habría sido, supuestamente, la motivación principal del RD-Ley 8/2017, según el Ministro y el Mediador D. Marcos Peña. Según OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario... Op. Cit.* Pág. 43, existiría una contradicción originada en la confusión basada en que productividad debería medirse por el número de contenedores manipulados en el puerto, mientras que la productividad a la que aludirían tanto el Ministerio como el Mediador se referiría al rendimiento por trabajador en relación a su salario o, en otras palabras, el coste de la manipulación de mercancías, que según la consultora PW&C sería cercano a los 4.000 euros mensuales por estibador, cifras que no casarían con las que constan en otros estudios como «Analysis of taxes and port services costs in Ro-Ro terminals. A proposal for a cost observatory», Barcelona, 2013. Su versión española se encuentra en la Fundación de Estudios Portuarios (FUNESPOR), «Estudio sobre las tasas y servicios portuarios en terminales de carga rodada. Propuesta de modelo para un observatorio de costes», Tenerife, 2014.

<sup>1124</sup> BOE núm. 236, de 30 de septiembre de 2017. Sobre el nacimiento de ASOPORT, véase OJEDA AVILÉS A. *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019... Op. Cit.* Págs. 29 y ss.

<sup>1125</sup> Artículos 82.2.d), 98.1.l), 117.1.n), 130.3.c), inciso final, 130.5, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 245.6, disposición adicional octava, disposición adicional novena, disposición adicional decimonovena, disposición adicional trigésima primera, el apartado 2.b) de la disposición transitoria segunda y disposición transitoria quinta.

relación laboral. De la transitoriedad regulada podía colegirse cierto aplazamiento en la efectividad de la supresión de la relación laboral especial de los trabajadores portuarios y del sometimiento pleno al régimen laboral común, con las indudables dificultades asociadas a las peculiaridades del trabajo portuario, en el que era típico el trabajo a llamada, hasta que se hubiera culminado el proceso de reconversión<sup>1126</sup>. O quizás siempre ha sido una derogación llamada a ser ineficaz en atención al régimen regulador de este tipo de trabajo; aspecto o reflexión que se reserva a la fase final del presente estudio.

La primera novedad del nuevo RD-Ley 8/2017 se situaba en el artículo 3, relativo a las garantías de profesionalidad del trabajo de la estiba portuaria. De un extinto modelo basado en un censo obligatorio de trabajadores portuarios, la liberalización instaurada por el legislador reducía el nivel de control de la profesionalidad a través de la exigencia de una titulación de naturaleza profesional suficiente. A propósito de este desregulado modelo, pues, se procedió a la supresión de la exigencia de titulación de formación profesional contenida en la Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre<sup>1127</sup>, manteniendo únicamente la referida al certificado de profesionalidad<sup>1128</sup>. Además, la norma, constante en su ánimo deslegalizador, remitió al desarrollo reglamentario la exigencia de realización de prácticas profesionales no laborales en instalaciones portuarias -sin ulterior desarrollo sobre su duración-, exceptuada en caso en trabajadores con experiencia profesional previa de más de 100 horas de servicio de estiba y personal embarcado de auto-prestación.

La segunda modificación operada a través del RD-Ley 8/2017 refería a la supresión del «plus de cotización social» para las contrataciones temporales de escasa duración (menores de 7 días) que se había incluido en la Disposición Adicional 1ª del extinto precedente RD-Ley 4/2017 y del cual se exoneraba a las empresas. Sin duda, la eliminación de un privilegio empresarial generador de más desconfianza por parte de los sindicatos al ahondar sobre una flexibilidad que advertían fácilmente mutable hacia la precariedad laboral.

Otra novedad de la norma se presentaba en sede de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular, los cuales estaban excluidos del servicio de manipulación de mercancías *ex* artículo 130.3.c) del TRLPEMM. Esta exclusión fue mantenida por el RD-Ley 4/2017 si bien, a través de su sucesor, se procedió a su derogación<sup>1129</sup>, llevando ello a la

---

<sup>1126</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. *Nuevo régimen legal de la prestación de servicios de manipulación portuaria...* *Op. Cit.* Pág. 678.

<sup>1127</sup> La doctrina se mostró sorprendida por esta supresión, habida cuenta que la exigencia de una titulación de grado medio o superior contenida en el artículo 153.1 TRLPEMM, que remitía a un desarrollo reglamentario, derivó de una demanda formulada por la Comisión Europea en la que se advertía una ausencia de requisitos de formación y que provocó que el Ministerio de Fomento dictara la Orden y publicara las 18 titulaciones de formación profesional que habilitaban para la prestación de estos servicios, exigencia que siempre rechazó el sindicato profesional (CETM) y que, tras la derogación del artículo 153 por el RD-Ley 8/2017 (Disposición derogatoria), quedó eliminada. Recuerda esta situación MOLINA NAVARRETE, C. en *Libertad de empresa, seguridad en el empleo y 'subrogación adaptativa'...* *Op. Cit.* Pág. 111.

<sup>1128</sup> Como apunta CABEZA PEREIRO, J. en *Algunos interrogantes acerca de los centros portuarios de empleo...* *Op. Cit.* Pág. 208, seguramente para satisfacer las demandas del sindicato de franja CETM.

<sup>1129</sup> Letra a) de la Disposición Derogatoria Única.

positivización de lo que ya era una realidad práctica especialmente frecuente en los puertos catalanes, en los que los embarques y desembarques de vehículos sin matricular se realizaban también por los estibadores portuarios<sup>1130</sup>.

El siguiente cambio reseñable incorporado por el nuevo RD-Ley se produjo en el marco de las unidades de negociación de los convenios colectivos, reconociendo a las «redes portuarias de empresas» como unidades transversales de negociación en su nueva Disposición adicional 2ª, denominada «convenio colectivo para las empresas vinculadas por razón de su adscripción a un puerto» en un intento de fomentar modificaciones en la estructura de las normas convencionales, pretendiendo una gestión más competitiva de los puertos a través de una cierta «colectivización» y extensión del ámbito de las unidades de negociación<sup>1131</sup>. A ojos de la doctrina fue vista, por un lado, como una incorporación absolutamente inocua en términos jurídicos<sup>1132</sup>, toda vez que se reconocería una prioridad aplicativa *ex* artículo 84.2 ET a los convenios colectivos de la red portuaria de empresas, situándose, con respecto de las materias enumeradas en dicho precepto, un peldaño por encima del nivel convencional sectorial<sup>1133</sup>, prioridad que parece pretendería pasar inadvertida, si bien no exenta de alguna contradicción que, a la postre, conduciría a considerar que en realidad nos encontramos ante una nueva modalidad de convenio colectivo de sector, incorporándose realmente, aunque el legislador no lo quisiera explicitar, nuevas reglas de legitimación y concurrencia convencional<sup>1134</sup>. En

---

<sup>1130</sup> Como recuerda MOLINA NAVARRETE, C. en *Libertad de empresa, seguridad en el empleo y 'subrogación adaptativa'...* *Op. Cit.* Pág. 113, la derogación de esta exclusión fue la que posibilitó que el Partido Demócrata de Cataluña se abstuviera en la votación que permitió la aprobación del RD-Ley 8/2017.

<sup>1131</sup> Sobre la interpretación de la Disposición Adicional 2ª, véase RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M. en *Nuevo régimen legal de la prestación de servicios de manipulación portuaria...* *Op. Cit.* Pág. 680, que se remite a la interpretación jurisprudencial en virtud de la cual la referencia a empresa debería entenderse a todo su conjunto y no sólo a algunos de sus centros, pues sino no le sería extendida la prioridad aplicativa. A criterio del autor, en virtud de esta disposición, en este convenio plural de empresas únicamente podrían participar las empresas locales que sólo operaran en dicho puerto pues, de contrario, si se pactase por empresas estibadoras que actuaran en otros centros, no podría calificarse como convenio plural de empresa con prioridad aplicativa. En este sentido, la unidad de negociación «plural de empresa» requeriría la concurrencia de voluntades de todas las empresas incluidas en su ámbito.

<sup>1132</sup> Sobre la equiparación de los «convenios locales» a los «convenios de empresa», introducida *ex novo* por la Disposición Adicional 2ª del RD-Ley 8/2017, y los problemas de prioridad aplicativa de los convenios de empresa, véase OJEDA AVILÉS, A. *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019...* *Op. Cit.* Pág. 126 y ss. *A priori*, la legitimación exigida por el RD-Ley 8/2017 sería coincidente con la requerida por el ET para los convenios de grupos de empresa, aunque la norma general no concreta si al referirse a «la representación de dichas empresas» se alude a una representación interna (de cada organización empresarial), externa (patronal) o ambas. Según el autor, la redacción del RD-Ley 8/2017 admitiría cualquiera de las tres posibilidades, dada la frecuencia en la negociación de los puertos españoles de negociadores empresariales singulares y asociativos. Lo cierto es que en el sector de la estiba existe una gran variedad de sujetos negociadores que se han plasmado en distintas normas convencionales de ámbito inferior al estatal, que se abordarán en el siguiente epígrafe dedicado a la negociación colectiva.

<sup>1133</sup> Sobre la complejidad que incorpora en la estructura de la negociación colectiva la prioridad de los acuerdos o convenios locales añadida por el RD-Ley 8/2017, véase OJEDA AVILÉS, A. *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019...* *Op. Cit.* Pág. 95 y ss.

<sup>1134</sup> El título de la disposición «empresas vinculadas por razón de su adscripción a un puerto» abundaría sobre su naturaleza de convenio sectorial, si bien la referencia a la identificación nominativa de las empresas sería más propia de convenios de pluralidad de empresas. Sobre este aspecto, véase CRUZ VILLALÓN, J. «Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba», *Temas Laborales* núm. 142/2018. Pág. 126 y ss.



este sentido, esta unidad de negociación convencional se revelaba como una figura atípica cuya finalidad podría ser la de desplazar la negociación colectiva a nivel de sector, con el riesgo de que los convenios de puerto se utilizaran como mecanismo para fomentar la competencia entre puertos<sup>1135</sup>.

Más allá de su posible carácter pretencioso en el sentido de desvalorizar la fuerza de los convenios sectoriales, lo cierto es que existen precedentes en puertos españoles que revelan la operatividad de unidades de redes portuarias compuestas por asociaciones de empresas estibadoras y organizaciones sindicales más representativas a nivel provincial<sup>1136</sup>. Además, en la medida en que la norma sustantiva laboral básica ya otorga prioridad aplicativa tanto a la empresa (en determinadas materias), como al grupo de empresas y a «redes de empresa», la Disposición Adicional 2ª se limitaría a reconocer a los puertos como unidades de negociación transversal asimilables a las realidades empresariales ya previstas por el ET como unidad de negociación convencional, en las que las entidades de gestión (SAGEP / CPE) se erigían en las auténticas *alma mater* de estas unidades de negociación<sup>1137</sup>.

Descendiendo en las novedades según el mismo orden de aparición de la norma, se presenta como sustancial -seguramente, la de mayor calado- la sustitución de la máxima de «seguridad en el empleo» por el «principio de gestión adaptativa» que emerge en defensa de la competitividad del sector. No cabe duda de que el mayor desafío afrontado por la norma se situaba en el equilibrio de intereses entre la flexibilidad y la seguridad (mejora de la productividad *versus* mantenimiento del empleo). Prueba de ello fue el explícito objetivo manifestado por la norma en el apartado 4 de la Disposición Transitoria 1ª, traducido en la socialización de los costes derivados de la liberalización del sector, a través de la asunción, por parte de la Autoridad Portuaria, del coste de las indemnizaciones legales derivadas de las reestructuraciones necesarias para igualar la posición competitiva entre los entonces titulares de las licencias de prestación del servicio portuario con los nuevos que accedieran a la prestación<sup>1138</sup>.

---

<sup>1135</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. en *Nuevo régimen legal de la prestación de servicios de manipulación portuaria...* Op. Cit. Págs. 680-681.

<sup>1136</sup> Además de los acuerdos de los complejos petroquímicos del Grupo Repsol, tratados por SANGUINETTI RAYMOND, W. «Redes empresariales y Derecho del Trabajo», Ed. Comares, Granada, 2016. Págs. 126 y, en el ámbito de la estiba, los que se abordarán en el Capítulo 5 de la presente investigación.

<sup>1137</sup> MOLINA NAVARRETE, C. en *Libertad de empresa, seguridad en el empleo y «subrogación adaptativa»...* Op. Cit. Pág. 114, así las califica no sin precisar que la inexistencia de innovación jurídica alguna a este respecto también se evidencia en relación con la regla de legitimación convencional establecida, al remitirse al artículo 87.2 ET, confirmándose que el puerto sigue siendo una unidad socioeconómica y organizativa legitimada para promover negociaciones transversales que lo sitúen como referencia.

<sup>1138</sup> La Disposición Transitoria 1ª, tras establecer el periodo transitorio de adaptación de tres años de las SAGEP y el plazo de seis meses concedido a los accionistas de las mismas para decidir sobre el futuro de estas, estableció que las indemnizaciones asociadas a la extinción de contratos laborales de los trabajadores de las SAGEP vigentes antes del 11 de diciembre de 2014, o de los suscritos en régimen laboral común por las empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías con trabajadores procedentes de las SAGEP, por cualquiera de las causas contempladas en los artículos 51 y 52 ET, sería íntegramente asumida por la Autoridad Portuaria correspondiente al ámbito geográfico de la SAGEP en la que los trabajadores estuvieran contratados. Esta socialización de los costes derivado de la liberalización del sector

El segundo párrafo de la Disposición final 3ª de la norma contenía un mandato al Gobierno destinado a la aprobación de un real decreto que recogiera la propuesta de mediación de 30 de marzo de 2017, emitida por el Mediador D. Marcos Peña, como fin al proceso de mediación tripartita entre las organizaciones sindicales, patronales y el Gobierno. En dicha propuesta el mediador pretendía plantear un marco de regulación de la actividad empresarial que fuera compatible con las libertades económicas europeas, para cuya transición las empresas pudieran adaptarse al nuevo régimen sometiéndose exclusivamente a la normativa laboral común y a la negociación colectiva. La propuesta mediadora se sentaba sobre tres pilares básicos: (i) la continuidad en el empleo; (ii) las mejoras organizativas y productivas y (iii) las ayudas a los trabajadores portuarios<sup>1139</sup>.

El primer pilar pretendía sentar las bases de un sistema que garantizara la continuidad en la actividad empresarial de puesta a disposición de trabajadores portuarios<sup>1140</sup>, al que se le

---

es considerada como «la moneda de cambio» para una negociación colectiva más productivista en el sector por MOLINA NAVARRETE, C. en *Libertad de empresa, seguridad en el empleo y subrogación adaptativa...* Op. Cit. Pág. 115.

<sup>1139</sup> El Anexo, que incorporaba cuatro obligaciones: a los empresarios, a subrogarse en los contratos de tiempo indefinido vigentes con la SAGEP; a los sindicatos, a reconocer el poder de dirección y organización a los empresarios en el trabajo portuario; al gobierno, el reconocimiento de una jubilación anticipada y, en general, a todos, la obligación de respetar el convenio colectivo sectorial; tendría valor de ley, según OJEDA AVILÉS A. en *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019...* Op. Cit. Pág. 46. Sobre este particular Anexo, véase OJEDA AVILÉS, A. «El exótico anexo del Real Decreto-ley de reforma de la estiba», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* 424, 2018. Págs. 15-41.

<sup>1140</sup> Tras dictarse el RD-Ley 8/2017, los agentes sociales impulsaron el desarrollo regulatorio de la estiba portuaria y solicitaron a los empresarios el compromiso no sólo de mantener a los trabajadores en los CPE, sino también a subrogar a la totalidad de los trabajadores, de presente y de futuro. La falta de acuerdo respondía a la división interna que existía en la patronal ANESCO. Esta situación desencadenó huelgas en junio de 2017, secundadas masivamente por los trabajadores, desviándose tráficos de sustancial relevancia como fueron los de la multinacional danesa Maersk, propietaria de una terminal en el puerto de Algeciras, que decidió desviar definitivamente parte de su tráfico al puerto de Tánger-Med. La patronal ANESCO se mostraba conforme con el principio de subrogación, pero se oponía a que éste alcanzara a «los empleos futuros» y «a perpetuidad», así como que conllevara la obligatoriedad de que las empresas formaran parte de los CPE. Sin embargo, tras más de dos semanas de huelgas nacionales, algunas empresas empezaron a aceptar las bases de la propuesta sindical que ANESCO inicialmente había rechazado. En concreto, cuatro grandes empresas del puerto de Barcelona (Best-Hutchinson, Setram, Coma i Ribas, Sammer y Bit la aceptaron. Posteriormente, en fecha 20 de junio de 2017, lo hicieron APMT-Algeciras, TTIA, resto de firmas catalanas (como Ergransa), grandes empresas de Valencia (Noatum, Boluda y MSC, AMPM-Maersk, VTE, Transmediterránea y Grimaldi) y del puerto de Las Palmas (OPCSA-MSC, La Luz-Boluda, La Luz Market y Gesport). La fecha límite para alcanzar la paz social era 30 de septiembre de 2017, y los acuerdos alcanzados pasaban por garantizar el empleo del 100% de los trabajadores de las SAGEP, mejorar las condiciones de operatividad de los puertos, reducir un 10% las retribuciones, convertir las SAGEP en CPE, permitir la participación sindical en la cualificación profesional y el régimen de adscripción del personal a las empresas estibadoras. El ámbito o escenario de la negociación cambió para pasar a ser de sector a empresa, al desmarcarse de la posición oficial de ANESCO para aceptar una propuesta que acabara con las huelgas en los puertos. La Plataforma de Inversores en Puertos Españoles (PIPE) consideraba ilegales los acuerdos de adhesión, por contrarios a la Sentencia del TJUE y al Real-Decreto 8/2017. Esta situación acabó con la salida de Ership, Algeposa y Bergé de ANESCO (a las que, posteriormente, se sumaron Noatum Condemar Tarragona, Noatum Málaga, SPL Bilbao y la terminal marítima de Huelva el 23 de junio). PIPE, unos días antes (el día 18 de junio) había remitido una comunicación a la CNMC en la que solicitaba que se adoptaran las medidas necesarias para garantizar la libre competencia en el sector portuario. Esta situación y los cambios en la composición de la patronal mayoritaria comportaron la desconvocatoria de las huelgas previstas para el 23, 27 y 28 de junio, y ANESCO y los agentes sociales iniciaron negociaciones para lograr el V Acuerdo Marco del Sector de la Estiba. Ese fue el momento en el que, tras la salida del anterior presidente de ASOPORT D. Joaquim Coello, el sector se encontraba dividido entre las grandes corporaciones

reconocía de aplicación la normativa sobre mantenimiento de los derechos en caso de traspaso de empresa. En concreto, dada la entidad de la reordenación derivada de la STJUE susceptible de constituir causa organizativa a los distintos efectos de la norma sustantiva laboral básica, el mediador hacía un llamamiento a la aplicación de las reglas del artículo 44 ET en materia de transmisión de empresas, remitiendo a la negociación colectiva la ordenación de las concretas medidas y de la delimitación del principio de subrogación empresarial en este ámbito.

En torno a esta garantía, denominada por la doctrina como de «subrogación dinámico-adaptativa»<sup>1141</sup>, el mediador proponía su incorporación en términos dinámicos adaptables a las necesidades del mercado económico de cada momento, como parte consustancial de la libertad de empresa reconocida como derecho fundamental en el artículo 16 de la Carta comunitaria de derechos fundamentales<sup>1142</sup>. Era esencial, en este nuevo marco regulador

---

que se conformaban con pequeñas mejoras en los puertos en beneficio de la paz social, y las empresas que abogaban por lograr la plena liberalización y reducir los costes laborales. En fecha 6 de julio de 2017, patronal y sindicatos llegaron a un preacuerdo en virtud del cual la primera asumía el compromiso de subrogación del 100% de las plantillas y los segundos cumplirían con la rebaja del 10% del salario y cambios en los turnos de trabajo. Sin embargo, estaban pendientes de negociación determinados aspectos relevantes sobre el régimen laboral de la estiba (la figura de los CPE, permanencia, compromisos de contratación, etc.), que debían resolverse en el siguiente acuerdo marco. Dada la pluralidad de materias que quedaban pendientes de desarrollo reglamentario por parte del Gobierno, se vieron truncadas las expectativas de ambas partes en la negociación en curso. Finalmente, entre octubre y noviembre de 2017, se anunció la presentación de una denuncia ante la Comisión Europea (Presidente de la Autoridad Portuaria de Vigo, D. Enrique López Veiga) frente al sentido de las negociaciones de la patronal y sindicatos, a la vez que la CNMC comunicó, en fecha 6 de noviembre de 2017, la apertura de un expediente sancionadora contra ANESCO y los sindicatos por el preacuerdo de julio, al apreciar o detectar en éste «indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la normativa de la competencia». Por su parte, iniciado el año 2018, algunos puertos firmaron convenios que confirmaban la estrategia indicada *ut supra* en el sentido de abogar por una negociación empresa por empresa. Aunque en mayo de 2018 el Gobierno del Partido Popular alcanzó un acuerdo con los sindicatos para aplicar la reforma en un plazo de 6 meses, sobrevino el cambio de escenario político con la entrada del PSOE en el ejecutivo y el prometido Real Decreto de desarrollo nunca llegó a materializarse. Sin perjuicio de que los hitos con mayor relevancia jurídica serán objeto de detalle más adelante, véase, sobre la cronología fáctica aquí detallada, ESTEPA MONTERO, M. «La reforma de la estiba: la relevancia del complejo marco regulatorio», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, LII (2019). Págs. 205-226.

<sup>1141</sup> En este proceso transitorio de reajuste, se defendía por la doctrina la posibilidad de imponer *ex lege* la subrogación en la posición del empleador (ya fuera directamente con las sociedades de estiba o bien con las posibles agencias de trabajo temporal en las que se reconvirtieran las SAGEP), inspirada -pues no sería *a priori* su marco legal de referencia- en las reglas de la transmisión de empresa. En este sentido, véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. en *La estiba sigue en conflicto: Liberalización de mercados vs. garantías sociales... Op. Cit.* Pág. 13, obra en la que, ante las opiniones gubernamentales contrarias a la subrogación legal por su posible incompatibilidad con la doctrina comunitaria, se contemplaba la posibilidad de combinar el reconocimiento legal de la obligación o principio de subrogación empresarial con un posterior desarrollo convencional de la misma.

<sup>1142</sup> Sobre la obligatoriedad de la adaptación a las necesidades del mercado y a los valores de competitividad, véase la Sentencia del TJUE de 27 de abril de 2017 (Asuntos C-680/15 y 681/15), *Asklepios y otros*; que, apartándose de las Conclusiones del Abogado General que defendía un rígido sistema de subrogación «estática», resolvía una cuestión prejudicial planteada en relación con el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la transmisión de empresa, a la luz del artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE, en relación con el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Esta resolución estableció que, en caso de transmisión del centro de actividad, el mantenimiento de los derechos y obligaciones que para el cedente se derivaran de un contrato de trabajo se extendía a la cláusula, pactada entre el cedente y el trabajador en virtud del principio de autonomía de la voluntad, a resultas de la cual su relación laboral quedaba regulada tanto por el convenio en vigor a la fecha de la transmisión como por los posteriores que lo completaran, modificaran o sustituyeran, cuando en el Derecho nacional se previera a favor de los cesionarios posibilidades de adaptación tanto de común acuerdo como unilaterales. En consecuencia, la empresa no estaría vinculada por lo pactado antes del

propuesto, el concepto comunitario sobre la sucesión de plantillas, por ser la propia de un sector donde la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, constituyendo así un conjunto de medios organizados para realizar una actividad económica<sup>1143</sup>, concepto indeterminado emanado de la jurisprudencia comunitaria a resultas del cual ya fue rectificadas la doctrina del Tribunal Supremo en materia de transmisión de empresa en caso de asunciones de plantillas derivadas de imposiciones establecidas en normas convencionales<sup>1144</sup>. En opinión del Mediador, la pluralidad de empresas participantes, en términos indiferenciados, en esta actividad de cesión, no permitía establecer normativamente una fórmula de continuidad en el empleo que supusiera una subrogación directa respecto de cada empresa, si bien la doctrina científica ha discrepado de la imposibilidad de regular la subrogación legal, máxime cuando la jurisprudencia del TJUE ha establecido que un grupo de trabajadores puestos a disposición por una empresa de trabajo temporal pueden constituir una «unidad económica» que mantenga su identidad, en el asunto *Jouini*<sup>1145</sup>, referido a la aplicación de la Directiva 2001/23/CE en el ámbito de las ETT<sup>1146</sup>.

En este escenario, son múltiples las realidades de flexibilidad interna negociadas que podrían plantearse en torno al paradigma adaptativo de la garantía de la subrogación, con origen en el mismo artículo 44.9 del ET y que tendrían reflejo en las condiciones de resolución contractual previstas en el artículo 41.3 ET. A estos efectos, la Disposición Adicional 1ª, apartado 2º, contemplaría la posibilidad de activar la opción rescisoria en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de las normas convencionales obligadas a la adaptación a los cambios legales, siempre que en dicha adaptación se ocasionara un «perjuicio sustancial» a los trabajadores, con derecho a los importes indemnizatorios tasados en la citada norma

---

traspaso, sino que la autonomía de la voluntad podía remitir a cláusulas dinámicas de nuevas condiciones. Sobre las discrepancias entre la doctrina científica en torno al posible cambio de criterio del TJUE respecto al mantenido en la anterior Sentencia de 18 de julio de 2013 (Asunto C-426/11), *Alemo-Herron*, a los efectos de las cláusulas contractuales de naturaleza «dinámica» a la luz de la citada directiva -no únicamente para salvaguardar intereses de trabajadores, sino también un equilibrio justo entre los intereses de éstos y los del cesionario- véase MOLINA NAVARRETE, C. en *Libertad de empresa, seguridad en el empleo y 'subrogación adaptativa'...* Op. Cit. Pág. 118 y ROJO TORRECILLA, E. «Transmisión de centro de actividad y derechos de los trabajadores. Aplicación 'estática' o 'dinámica' de convenio colectivo aplicable en virtud de lo dispuesto en el contrato de trabajo. ¿Cambio de criterio del TJUE? Notas a la sentencia de 27 de abril (asuntos C-680/15 y 681/15) y recordatorio de las conclusiones del abogado general», en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada crítica a las nuevas realidades laborales*, 27 de abril de 2017.

<sup>1143</sup> Pág. 39654 del Anexo I del BOE núm. 114, de 13 de mayo de 2017.

<sup>1144</sup> El Tribunal Supremo ya tuvo que rectificar su doctrina a la luz de la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2002 (Asunto C-51/00), *Temco*, en virtud de la cual se extendía la aplicación del artículo 1 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, a una subrogación operada en el sector de la limpieza en la que el nuevo empresario se hacía cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiriera a una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución de la contrata.

<sup>1145</sup> Sentencia de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-458/05).

<sup>1146</sup> CABEZA PEREIRO, J. en *Algunos interrogantes acerca de los centros portuarios de empleo...* Op. Cit. Pág. 218, discrepa del criterio del mediador y, a la luz de la doctrina comunitaria señala que, lejos de existir un impedimento para el establecimiento de una subrogación legal, la sucesión empresarial podría producirse en la mayor parte de los casos al margen de lo que dispusiera la negociación colectiva sectorial.

sustantiva<sup>1147</sup>. El pago de dichas cuantías sería asumido con cargo al Estado en los mismos términos que las indemnizaciones legales derivadas de decisiones de flexibilidad externa previstos en la Disposición Transitoria 1ª, apartado 4º del RD-Ley 8/2017.

El segundo pilar, sobre mejoras organizativas y productivas en el sector, se basaba en el principio de acuerdo alcanzado entre los agentes negociadores, sentado en el poder de dirección, organización y control de la actividad laboral de la empresa titular de la licencia del servicio de manipulación de mercancías *ex* artículo 20 ET, atribuyendo a las mismas la facultad de designar al personal necesario para realizar las tareas portuarias, para cuyo ejercicio se exigía la negociación de las medidas de flexibilidad para la mejora de la competitividad en cada Puerto. En este paquete de medidas se incluía el deber de las empresas de informar a la Comisión Paritaria Sectorial del Convenio Colectivo Local de cada puerto sobre todas aquellas órdenes o instrucciones que alteraran los usos o costumbres locales, derivándose la cuestión, en caso de discrepancias sobre las medidas adoptadas por las empresas en los Puertos, a la Comisión Negociadora Estatal que, en caso de desacuerdo, se resolverían a través de los procedimientos de resolución de conflictos establecidos en el IV Acuerdo Marco (mediación y arbitraje). El Mediador, en su propuesta, en aras al necesario respeto a la estructura y marco regulador de la negociación colectiva, realizó asimismo un llamamiento a la incorporación de estas medidas en el Acuerdo Sectorial para la Aplicación del Sistema de Ayudas, a las que se dedicaba el tercer pilar de la propuesta de mediación.

Por último, se articuló un sistema de concesión de ayudas públicas a los trabajadores que, voluntariamente, rescindieran su contrato de trabajo por razón de su edad o de los perjuicios derivados de la adaptación del Derecho interno a la resolución del TJUE, a través de un sistema de ayudas en forma de subsidio equivalente al 70% del promedio de las percepciones salariales correspondientes a los seis meses anteriores a la baja, que se harían efectivas mediante la firma de los correspondientes convenios especiales con la Seguridad Social hasta la edad legal de jubilación. La propuesta mediadora se remitía a la negociación colectiva sectorial para la ordenación general de las medidas de adaptabilidad, siendo una condición necesaria la inclusión del Sistema de Ayudas en el ámbito del Acuerdo Sectorial.

En definitiva, desde un punto de técnica jurídica, el RD-Ley 8/2017 supuso un retroceso con respecto al anterior, toda vez que centró su fórmula de resolución del conflicto en el fenómeno de la subrogación empresarial, no por imperativo legal, sino en virtud de una «mestiza» fórmula nacida de una propuesta de mediación, una norma reglamentaria llamada a producirse a partir de la primera y la eventual regulación de los convenios colectivos<sup>1148</sup>, aunque en ese momento el Gobierno descartara la regulación de una subrogación legal por considerarla incompatible con el Derecho de la Unión Europea. En resumen, un modelo situado entre la institución de la subrogación legal *ex* artículo 44 ET (interpretada bajo el

---

<sup>1147</sup> Sobre la interpretación de este indeterminado concepto jurídico y su hermenéutica jurisprudencial, de enfoque claramente casuístico, véase MOLINA NAVARRETE, C. en *Libertad de empresa, seguridad en el empleo y 'subrogación adaptativa'...* Op. Cit. Pág. 122.

<sup>1148</sup> Así la denomina, con gran acierto, MOLINA NAVARRETE, C. en *Libertad de empresa, seguridad en el empleo y 'subrogación adaptativa'...* Op. Cit. Pág. 123.

prisma del principio de adaptación de las condiciones en aras a la competitividad) y *ex* convenio colectivo.

## CAPÍTULO V. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO DE LA ESTIBA PORTUARIA Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

### 5.1. Las especialidades de la estructura y del contenido de la negociación colectiva en el sector de la estiba portuaria

Una vez centrados los cambios normativos producidos con ocasión de la STJUE de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13) en orden a integrar la decisión judicial en el ordenamiento jurídico español, dadas las amplias facultades concedidas a la negociación colectiva en el desarrollo de las materias reguladas en los decretos leyes que se dictaron, procede abordar su alcance, contenido y virtualidad en la configuración del nuevo paradigma de regulación del trabajo de la estiba en España.

#### a) La unidad negocial y la legitimación necesaria de los Acuerdos Marco

Sin ánimo de remontarnos a la génesis de la negociación colectiva en el sector de la estiba portuaria<sup>1149</sup> y a las transformaciones en las funciones de la negociación colectiva a resultas de la entrada de la libre competencia en la regulación del mercado de trabajo<sup>1150</sup>, que correspondería a otro orden de estudio, para un adecuado análisis sistemático de las principales cuestiones jurídicas emergentes tras la modificación del régimen de la estiba portuaria llevada a cabo en 2017 y el impacto de la pretendida «subrogación obligatoria» es preciso, siquiera someramente, tratar las premisas estructurales o cimientos de este sistema de negociación colectiva y sus principales manifestaciones en materia de legitimación plasmadas a lo largo de

---

<sup>1149</sup> Según GÁRATE CASTRO, F. J. se situaría en la temprana derogación de la ordenanza de trabajo de estibadores portuarios de 29 de marzo de 1974, en «Caracteres generales de la negociación» incluidos en la obra «La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques», *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales N° 66; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2018. Pág. 27 y ss. Sobre las principales cuestiones de la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la estiba, véase, del mismo autor GÁRATE CASTRO, F. J. «La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques. Algunas cuestiones sobre su estructura», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 7, 2004. Este estudio forma parte de los resultados del proyecto de investigación «El Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de organización de la producción de bienes y servicios» subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (referencia BJU2003-02519).

<sup>1150</sup> Entre otros, SUPIOT, A. (Coord.) *Transformation of Labour and future of Labour Law in Europe...* Op. Cit.; VALDÉS DAL-RÉ, F. «El modelo español de la negociación colectiva», en la obra «El régimen jurídico de la negociación colectiva» (Coord. PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH PESET, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. «La función de la autonomía colectiva en el escenario postindustrial», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 5, marzo 2004; DEL REY GUANTER, S. «Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la 'refundación' de la teoría jurídica de los convenios colectivos», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 1, 1996. Págs. 178-210.

las últimas décadas<sup>1151</sup>, precisamente definitorias de su especialidad<sup>1152</sup>; así como los principales problemas de legalidad planteados en los Acuerdos Marco del sector de la estiba portuaria.

En el sistema de negociación colectiva en el ámbito de la estiba portuaria, el papel fundamental lo ha ocupado, sin duda alguna, la figura del acuerdo marco sectorial<sup>1153</sup>, fundado en la habilitación sustantiva recogida en el artículo 83.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores<sup>1154</sup>, en virtud de la cual las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas pueden establecer cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva y elaborar acuerdos sobre materias concretas.

Partiendo de la matriz normativa sobre libertad de delimitación del ámbito de aplicación de los textos convencionales que se desprende del artículo 83.1 ET, en el sector de la estiba portuaria ha sido una constante la *vis expansiva* inherente a los acuerdos marco en su firme voluntad de regular actividades o colectivos no contratados directamente por empresas estibadoras, con posible quiebra del principio de correspondencia<sup>1155</sup>, en la medida en que los convenios estarían negociados por asociaciones empresariales que ostentarían representación, únicamente, sobre las empresas de estiba y desestiba, pretendiendo sin embargo abarcar a colectivos ajenos a su ámbito de contratación. Al mismo tiempo, también ha existido una

---

<sup>1151</sup> CRUZ VILLALÓN, J. en «Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba», *Temas Laborales* N° 142/2018. Pág. 120, destaca la íntima conexión entre la legitimación negocial y la estructura de los convenios colectivos en este sector.

<sup>1152</sup> La regulación colectiva de las relaciones laborales en este sector ha sido considerada la «protagonista» de este tipo de relación laboral de carácter especial por RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R. «La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales», *Tesis dirigida por Vicente Antonio Martínez Abascal*, Universitat Rovira i Virgili, 2004. Pág. 136.

<sup>1153</sup> OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019... Op. Cit.* Pág. 79, distingue cuatro mecanismos en la estructura piramidal de la negociación colectiva en el sector, presidida por la figura del Acuerdo Marco estatal que: (i) regula minuciosamente el empleo y condiciones de trabajo; (ii) es firmado por una mesa negociadora bilateral entre ANESCO-CETM; (iii) otorga a la CPSE el control de las principales decisiones sobre empleo y condiciones de trabajo de convenios inferiores; (iv) designa como únicos miembros de la CPSE a ANESCO y CETM; conduciendo a un monopolio de hecho de las relaciones laborales en la estiba.

<sup>1154</sup> El I Acuerdo Marco (1988) se fundaba en el artículo 83.3 ET; mientras que los restantes aludían a la facultad reconocida en el artículo 83.2 ET.

<sup>1155</sup> Los tres colectivos a los que se ha pretendido ampliar su ámbito de regulación han sido los trabajadores que desempeñan actividades complementarias de manipulación y movimiento de mercancías que no se incluyen en el elenco de actividades básicas de la estiba y desestiba, los trabajadores contratados por armadores de buques facultados para llevar a cabo la actividad de la estiba mediante el método de la autoprestación y, por último, tras la reforma de 2017, los trabajadores puestos a disposición de las empresas estibadoras a través de una RLC contratados por un CPE o una ETT (antes de la reforma de 2017, también se incluirían los trabajadores contratados a través de una RLE por la SAGEP y cedidos a las empresas estibadoras), sin perjuicio del posible «efecto reflejo» o «aplicación refleja» de los convenios de la estiba sobre los trabajadores puestos a disposición que se incluirían en el ámbito de aplicación del convenio sectorial de las ETT, con aplicación de la regla de igualdad de condiciones esenciales respecto a los contratados directamente por las empresas estibadoras. Sobre este particular, véase CRUZ VILLALÓN, J. en *Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva... Op. Cit.* Pág. 121 y ss., tras destacar la relevancia del principio de correspondencia, que eleva a categoría de principio informador, entre el ámbito de actuación del convenio y el de la representación de los trabajadores.



marcada tendencia de regulación centralizada de las condiciones de prestación de los servicios de manipulación de mercancías en los puertos, a través de los acuerdos marco de la estiba.

Los distintos Acuerdos Marco aprobados en este sector han fijado reglas de coordinación o complementariedad con las unidades de negociación de ámbito inferior (de 1988<sup>1156</sup>, 1993<sup>1157</sup>, 1999<sup>1158</sup> y 2014<sup>1159</sup>; respectivamente) y, el ámbito aplicación de esta normativa convencional, se ha debido circunscribir a los trabajadores de las sociedades de estiba y desestiba (anteriores SAGEP) y a las empresas estibadoras, ocupadas de la realización de actividades de estiba y desestiba constitutivas del servicio público y las complementarias indisociables<sup>1160</sup>. En definitiva, por su naturaleza y contenido, se han podido calificar como Acuerdos «franja»<sup>1161</sup>, al afectar a un grupo de trabajadores con un perfil profesional determinado. De su lectura se colige fácilmente su vocación de regular determinadas materias con carácter exclusivo y restringir determinadas materias en los niveles inferiores de negociación<sup>1162</sup>.

Ya en sus inicios, el Acuerdo Marco de 1988, establecía la necesidad de que los ámbitos territoriales inferiores respetaran el ámbito personal del Acuerdo Marco, comprendido por la «totalidad» de los estibadores portuarios contratados (unos, contratados por las SAGEP a

---

<sup>1156</sup> I Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario (BOE núm. 55, de 4 de marzo de 1988).

<sup>1157</sup> II Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario (BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 1993).

<sup>1158</sup> III Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector Portuario (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1999).

<sup>1159</sup> El IV Acuerdo para la Regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2014), se aprobó tras declararse la ilegalidad del Acuerdo marco de 2008, por contravenir la normativa de la competencia.

<sup>1160</sup> Sobre las consecuencias derivadas de la extralimitación del ámbito de aplicación de los acuerdos marco (a propósito de la primera versión de IV Acuerdo Marco de la estiba), véase GOERLICH PESET, J. M. en «Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (Social) de 13 de julio de 2012», *Revista Aranzadi Doctrinal N° 1/2013 parte Estudio*, Pamplona, 2013. Pág. 8.

<sup>1161</sup> Así los califica GÁRATE CASTRO, J. en *La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques* ... *Op. Cit.* Pág. 29, así como OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario...* *Op. Cit.* Pág. 81, prohibiéndose a los convenios de ámbito inferior introducir diferencias sobre la regulación del IV Acuerdo y comprometiéndose las partes firmantes a no negociar acuerdos o convenios modificativos del ámbito de los convenios inferiores.

<sup>1162</sup> En el ámbito de la distribución o reparto de materias entre los distintos niveles de negociación, pueden colegirse las siguientes pautas generales: (i) Los ámbitos personal y funcional de los convenios inferiores son materia reservada a la negociación estatal; (ii) Existen múltiples materias que son reguladas directamente por los Acuerdos Marco sin remisión expresa a su posible negociación en convenios inferiores, como la «estructura de personal», «selección de personal», «suspensión de la relación laboral especial», «procedimiento de incorporación de trabajadores en relación laboral común», «movilidad funcional y polivalencia», «clasificación profesional», «derechos sindicales» y «régimen disciplinario»; (iii) Las remisiones a la negociación por parte de convenios de ámbito inferior está sujeta a determinadas condiciones fijadas por el Acuerdo Marco (en materia de incrementos salariales, jornada, días de descanso, estructura salarial, promoción profesional, etc.). La anterior clasificación refiere a los tres primeros Acuerdos Marco; pues el IV Acuerdo Marco será tratado con carácter autónomo más adelante, por motivos de sistematización jurídica.

través de relación laboral especial y/o, otros, por las empresas portuarias, a través de relación laboral común)<sup>1163</sup>. En virtud de dicha disposición se eliminaba *de facto* la posibilidad de que existieran convenios colectivos de ámbito empresarial que regularan, únicamente, uno de los dos colectivos incluidos en el ámbito personal del Acuerdo Marco.

Los sucesores Acuerdos Marco, de 1993 y 1999, siguieron la misma tendencia restrictiva<sup>1164</sup>, con la singularidad de que aclararon que «el puerto» constituía la unidad de regulación más reducida o «inferior» posible en el sector, despejándose cualquier duda en torno a la posibilidad de abordarse el nivel empresarial como uno de los posibles en la estructura de la negociación de este sector<sup>1165</sup>. Más allá de la unidad del puerto como referencia, también se permitía, en el II y III Acuerdos Marco, la negociación de convenios para dos o más puertos de una determinada comunidad autónoma, siempre que los estibadores incluidos en su ámbito de aplicación fueran todos los comprendidos en el ámbito personal de los puertos afectados. En definitiva, pervivían las restricciones a la suscripción de un convenio de empresa (ya fuera éste de la SAGEP o empresa estibadora), a la concertación de un acuerdo convencional que afectara a estibadores de distintas SAGEP o unidades equivalentes o a empresas estibadoras de uno o más puertos, así como entidades dependientes de éstas cuya actividad constituyera el servicio público de la estiba y desestiba<sup>1166</sup>.

Las unidades inferiores de negociación han respetado las restricciones marcadas por los respectivos Acuerdos Marco y, mayoritariamente, todos los convenios colectivos suscritos en los niveles inferiores lo han sido de puerto<sup>1167</sup>. Han existido pocas excepciones en la historia

---

<sup>1163</sup> En su artículo 2.2.

<sup>1164</sup> La doctrina ha sido muy crítica respecto a la misma, en virtud del reconocimiento constitucional de la autonomía negocial de los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE), considerando que vía acuerdo interprofesional o convenio colectivo sectorial no sería posible prohibir la negociación a cualquier empresa o RLT legitimada en el ámbito en cuestión, en virtud del Estatuto de los Trabajadores, pues se renunciaría ilícitamente a derechos reconocidos por normas legales de derecho necesario, incluso de ámbito constitucional. Véase, sobre este particular, CRUZ VILALLÓN, J. *Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba...* Op. Cit. Págs. 20-21.

<sup>1165</sup> El «puerto», según los artículos 13 y 15 de los Acuerdos Marco (II y III; respectivamente), constituía la «unidad mínima de negociación en los ámbitos inferiores», no susceptible de modificación por parte de los sujetos negociadores, so pena de nulidad de la correspondiente cláusula.

<sup>1166</sup> Véase el artículo 2 y 3 del II Acuerdo Marco y 2 y 5 del III Acuerdo Marco, este último, sobre «Concurrencia» en el cual se explicitaba que «Las partes se comprometen a no negociar Convenios Colectivos o pactos de cualquier naturaleza de ámbito inferior al presente Acuerdo que modifiquen el ámbito personal previsto en el artículo 2, es decir, que no integren a la totalidad de los estibadores del puerto afectado», así como que «El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior contraviene la articulación pactada a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores. A este respecto, lo establecido en los artículos 2 y 3 sería materia reservada al ámbito estatal del presente Acuerdo», todo ello, *so pena* de nulidad de lo pactado contraviniendo el Acuerdo Marco. Por su lado, la consideración de «convenio único disponible» para el servicio de la estiba y desestiba figuraba en el artículo 15 del III Acuerdo, en el cual se identificaba «el puerto» como «unidad mínima de negociación en los ámbitos inferiores», sin posibilidad de modificación de esta y/o afectación del personal fijado por el artículo 2 del texto convencional.

<sup>1167</sup> La mayoría de los estibadores portuarios que prestan servicios de estiba y desestiba de buques constitutivos de servicio público se rigen por un convenio colectivo negociado por el puerto en el que desarrollan su prestación de servicios. Véase, sobre los puertos del Estado de interés general con convenio propio, GÁRATE CASTRO, J. en *La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques...* Op. Cit. Pág. 28.

de la negociación de este sector, identificadas en dos convenios autonómicos y dos convenios provinciales<sup>1168</sup>.

Ciertamente, una interpretación teleológica de las disposiciones convencionales restrictivas de la negociación colectiva en niveles inferiores conduciría a pensar que éstas únicamente pretenderían evitar la negociación que afectara a la «totalidad» de los dos grupos de estibadores antes mentados (contratados por la SAGEP y por las empresas estibadoras). Ahora bien, parece que no se impediría, como tampoco se desprende de las reglas de concurrencia *ex* artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, suscribir un convenio superior al ámbito del puerto (como sería un convenio autonómico que incluyera a distintos puertos de la respectiva autonomía), siempre que respetara el ámbito de la negociación del convenio de cada puerto anterior al mismo; pues el artículo 84 ET empecería que un convenio posterior de ámbito superior invadiera el espacio normativo de un convenio anterior de ámbito más reducido. Ello no sería posible, sin embargo, si el Acuerdo estatal estableciera que debe reputarse derogado cualquier convenio o acuerdo regulador de las condiciones suscrito con anterioridad al mismo que se opusiera a lo pactado en el mismo, puesto que con ello cobraría virtualidad la excepción «salvo pacto en contrario» que establece el párrafo primero del artículo 84 de la norma sustantiva laboral básica.

La denominación de convenios de «sector» que pudiere darse a los convenios cuyo ámbito subjetivo fuera un conjunto de puertos, trasladada en sede de legitimación, no estaría exenta de especialidades y/o matices. En una apriorística lectura se observa que no sería óbice para denominar «sectorial» todo aquel convenio que hubiere sido negociado por sindicatos y asociaciones empresariales (apartados 2 y 3 del artículo 87 del ET), negándose la misma cuando los sujetos negociadores fueran las empresas y sus órganos de representación unitaria. Ahora bien, si se estuviera frente a un convenio de «grupo de empresas», entendido como tal el comprensivo de un conjunto de empresas estibadoras de un puerto determinado y la correspondiente sociedad estatal (anterior SAGEP) en cuyo capital participaran las primeras, a efectos de legitimación para negociar, se podría entender que el texto convencional no perdería su condición de «sectorial», no pudiendo, sin embargo, extenderse ningún derecho y/o obligación derivada de las relaciones laborales mantenidas propias de los grupos de empresas laborales en los términos jurisprudencialmente establecidos<sup>1169</sup>.

---

<sup>1168</sup> Convenios colectivos del sector de la estiba y desestiba del Principado de Asturias -Código de Convenio nº 33002025011990- y de puertos comerciales dependientes de Puertos de la Generalitat -Código de Convenio nº 7901605 (de ámbito autonómico) y Convenios de estibadores portuarios de los puertos de Tenerife -Código de Convenio nº 38002270011993- y de los puertos de la Isla de Gran Canaria -Código de Convenio nº 350232- (de ámbito provincial).

<sup>1169</sup> Sobre las reservas para apreciar que el agrupamiento de empresas pueda servir a efectos de la extensión de responsabilidades, véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral especial de los estibadores...* *Op. Cit.* Pág. 174 y ss.

En la práctica, antes de reconocerse la legitimación de los grupos empresariales para negociar convenios de grupo<sup>1170</sup>, esta cuestión se había resuelto a través de un criterio «mixto» consistente en determinar la legitimación a la parte empresarial conforme a los convenios de empresa y, a la parte social, como en los convenios sectoriales, sin perjuicio que en ocasiones se admitiera la negociación por parte de los órganos de representación unitaria<sup>1171</sup>. En base a este esquema, podían considerarse convenios de «grupo de empresas» tanto los suscritos por sindicatos con empresas estibadoras y la sociedad estatal (anterior SAGEP), como los concertados entre los sindicatos y la extinta SAGEP, a la que todas las empresas estibadoras debían estar asociadas, aunque en este último tipo los acuerdos se presentaran negociados por los órganos de representación unitaria sin perder, a resultas de ello, su condición de «estatutarios»<sup>1172</sup>.

En ocasiones, en este sector se han suscrito convenios entre sindicatos (por la parte social) y, por la parte empresarial, la sociedad estatal (SAGEP) y una asociación de empresas estibadoras<sup>1173</sup>, esta última, sin legitimación para negociar un convenio de grupo de empresas. La única posibilidad de salvar la calificación de «estatutario» del convenio suscrito pasaría por entender que el ámbito de afectación de los acuerdos colectivos fuera más allá de las empresas privadas para alcanzar también las públicas, integrantes de la Administración Pública; circunstancia de difícil encaje jurídico<sup>1174</sup>. Consecuencia ineludible de esta posible falta de legitimación sería la posible falta de naturaleza estatutaria del Convenio del sector de las empresas estibadoras de la provincia de Barcelona<sup>1175</sup>, suscrito, por la parte empresarial, por la «Associació d'Empreses Estibadores Portuàries de Barcelona» y, por la parte social, por los sindicatos OTEP<sup>1176</sup> y USTP<sup>1177</sup>, a la vista de que el artículo 87.3 ET otorga legitimación, en el ámbito de los convenios colectivos sectoriales, a las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el diez por ciento de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2, y siempre que estas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den

---

<sup>1170</sup> La modificación del apartado 3º del artículo 87 ET se llevó a cabo por el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio (BOE núm. 139, de 10 de junio de 2011), en los términos que ya lo venía reconociendo la jurisprudencia.

<sup>1171</sup> GÁRATE CASTRO, J. *La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques...* Op. Cit. Pág. 37.

<sup>1172</sup> Sobre la negociación de convenios de grupos de empresa por órganos de representación unitaria, véase RON LATAS, R.P. «La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales» (Coord. Martínez Girón, J.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003. Págs. 47-49.

<sup>1173</sup> A modo de ejemplo, citar los convenios de los puertos de Alcodía, Alicante, Gran Canaria, Gijón y Avilés, Ibiza, Mahón, Palma de Mallorca, Tenerife y Valencia.

<sup>1174</sup> Véase RODRÍGUEZ RAMOS, P. en *La relación laboral especial de los estibadores...* Op. Cit; Págs. 142-145 y GÁRATE CASTRO, J. *La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques...* Op. Cit. Pág. 38.

<sup>1175</sup> Código de Convenio núm. 08010275011998.

<sup>1176</sup> Organización de Trabajadores de Empresas Portuarias.

<sup>1177</sup> Unión Sindical de Trabajadores del Puerto.

ocupación al quince por ciento de los trabajadores afectados. Análoga reflexión cabría plantearse en relación con el I, II y III Acuerdo Marco (el IV, se reserva para su análisis independiente más adelante); toda vez que el I estuvo suscrito entre representantes de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba de los puertos de Alicante, Barcelona, Bilbao-Pasajes, Las Palmas de Gran Canaria, Santa Cruz de Tenerife y Valencia; la Asociación nacional de estibadores y consignatarios de buques (parte empresarial), CCOO y UGT (parte social); el II por ANESCO, representantes «del conjunto de Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba de los Puertos Españoles» (parte empresarial), CTP y UGT (parte social) y, el III, entre ANESCO, Puertos del Estado (en representación de las SAGEP) y CTP, UGT y CCOO. Para tener la consideración de «estatutarios», el artículo 83 ET exigiría que fueran suscritos por las «organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma». En el plano formal, partiendo de la, en ocasiones, ambigua descripción de las partes negociadoras del Acuerdo marco (nótese las expresiones utilizadas de «conjunto» o «representantes», sin identificarse cuáles) podría colegirse una clara consciencia y voluntad de evitar explicitar la legitimación pretendida, operando bajo la premisa de que ésta no sería cuestionada -como así fue-, pues la Autoridad Laboral no la negó para su oportuno registro, debiéndose impugnar para que fuera la parte accionante la que debiera acreditar si carecían, en su caso, de la naturaleza «estatutaria» presumida.

En definitiva, más allá del ámbito sectorial estatal, en los ámbitos de negociación inferiores (de puerto o conjunto de puertos) los sujetos negociadores que han aparecido en los distintos textos convencionales como firmantes en las últimas décadas podrían clasificarse en las siguientes categorías: (i) uno o varios sindicatos, una asociación empresarial y la correspondiente sociedad de estiba y desestiba; (ii) sindicatos, empresas estibadoras y la correspondiente sociedad estatal de estiba y desestiba; (iii) representantes unitarios y la correspondiente sociedad estatal de estiba y desestiba; (iv) representantes unitarios, una asociación empresarial y la correspondiente sociedad estatal de estiba y desestiba; (v) un sindicato y una asociación empresarial<sup>1178</sup>. En otras ocasiones, como apunta el profesor Gárate Castro, ni siquiera se han referenciado los sujetos negociadores ni en el cuerpo del convenio ni en la resolución administrativa que disponía su registro y publicación; una omisión que difícilmente podemos reputar involuntaria.

Descendiendo en el examen de la realidad reguladora posterior a la publicación del RD-Ley 8/2017, advertimos que, a través de la Disposición Adicional 2ª de dicha norma, se incorporó una equiparación de la prioridad aplicativa reconocida a los convenios colectivos de empresa a aquellos textos convencionales objeto de negociación por una «pluralidad de empresas vinculadas en razón de su adscripción a un mismo puerto», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87.1 ET, en cuyo párrafo 3º, recordemos se reconoce legitimación, en representación de los trabajadores, a los sujetos que lo están para la negociación de convenios sectoriales (*ex* artículo 87.2 ET) para negociar convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación. Ahora bien, la norma específica de la estiba incorpora un matiz en

---

<sup>1178</sup> GÁRATE CASTRO, J. *La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques...* Op. Cit. Pág. 45 y ss.

la legitimación para negociar en representación de las empresas, reconociendo la misma, de forma acumulativa, tanto a las empresas adscritas al puerto en cuyo ámbito se negocie el texto convencional como, en términos acumulativos (y no alternativos), a las asociaciones empresariales que las representen. Difícilmente podría encajar una regla de legitimación empresarial aplicable a los convenios colectivos de una pluralidad de empresas -que, por concepto, debería ser pareja a la de los grupos empresariales- que reconozca legitimación para negociar en nombre de tales empresas a la asociación empresarial en un plano de equivalencia a la representación de cada una de aquéllas. Lo lógico, por un principio de coherencia y asimilación, hubiera sido que se reconociera, tal como lo hace el artículo 87.3.b), a la representación de cada una de las empresas adscritas al puerto en cuestión. Ahora bien, esta especificidad puede contextualizarse, como una especialidad más del sector de la estiba, si se atiende a la constante omnipresencia de la representación sectorial estatal -sobre todo, a través de las respectivas comisiones paritarias sectoriales- en la toma de relevantes decisiones en distintas materias que podrían entrar en colisión con la libertad de empresa reconocida constitucionalmente en el artículo 38 CE. Esta expresión de la tendencia hacia la expansión del ámbito de control y presencia de las asociaciones empresariales (sobre todo, la mayoritaria en este sector: ANESCO) en el ámbito comercial, será específicamente abordada, aunque a propósito de otras perspectivas de regulación, a propósito del examen de legalidad del V Acuerdo Marco que corresponderá al último epígrafe del presente Capítulo. Del juego de las reglas de legitimación fijadas en la Disposición Adicional 2ª del RD-Ley 8/2017 se obtiene la aplicación a la negociación de los convenios colectivos de pluralidades de empresas vinculadas por razón de adscripción a un puerto de las reglas de legitimación propias de los convenios sectoriales, si bien con la prioridad aplicativa otorgada a los convenios empresariales.

Partiendo de estas premisas, cabría plantearse la posibilidad de que los CPE, integrados por distintos socios con condición de empresas titulares de licencias de prestación de servicios de manipulación de mercancías, negociaran un convenio colectivo de pluralidad de empresas que gozara de la prioridad aplicativa en determinadas materias (art. 84.2 ET).

En definitiva, la incorporación en la reforma de 2017 de la modalidad convencional de «empresas vinculadas por razón de su adscripción a un puerto»<sup>1179</sup> supuso en realidad la convalidación de la extendida práctica en los puertos de interés general consistente en negociar convenios colectivos directamente con las empresas estibadoras, sin la participación de asociación empresarial alguna -aunque ésta pudiera anudarse en virtud de la legitimación reconocida legalmente. Por otro lado, en relación con la prioridad aplicativa, la nueva disposición legal incorporó una nueva regla de concurrencia entre dos convenios sectoriales, esto es, un convenio de puerto y un convenio sectorial de ámbito superior (convenio sectorial de puerto *versus* acuerdo estatal, en la práctica). En este sentido, el legislador estaría dotando de una clara prioridad aplicativa a los convenios de puerto frente a los acuerdos marco, esto sí, en determinadas materias (las del artículo 84.2 ET); limitándose con ello la capacidad del acuerdo marco de fijar reglas de articulación comercial y concurrencia de convenios colectivos (convenio de puerto *versus* acuerdo estatal, no de convenio de puerto *versus* convenio de

---

<sup>1179</sup> Disposición Adicional 2ª del RD-Ley 8/2017.

empresa), convirtiéndose con ello la regla de preferencia aplicativa que constaba en la última versión del IV Acuerdo Marco<sup>1180</sup> en claramente contraventora de esta regla imperativa.

No corresponde a este espacio abordar los límites del contenido negocial consignado en el siguiente acuerdo marco (V) derivado del nuevo modelo diseñado por el legislador en la reforma de 2017, por lo que, apuntadas las principales especialidades del modelo de negociación colectiva en este sector, reservaremos el análisis de su impacto en la negociación del acuerdo que sucedió al IV para el último epígrafe del presente estudio.

Una vez realizada la anterior digresión en materia de legitimación negocial, que ha debido proyectarse sobre la realidad actual por razones de sistematización del contenido exposición, procede retomar la senda cronológica lógica y abordar, antes de adentrarnos en el análisis del V Acuerdo Marco, la principal problemática presentada en la negociación del IV Acuerdo Marco de la estiba portuaria, suscrito entre ANESCO<sup>1181</sup>, CETM<sup>1182</sup>, CIG<sup>1183</sup> y LAB<sup>1184</sup>, que, en esa ocasión, no se centró tanto en la legitimación de las partes firmantes para suscribir un acuerdo que tuviera valor de convenio «estatutario»<sup>1185</sup>, como en el exceso en el que habían incurrido al extender su ámbito funcional de aplicación a actividades complementarias a las de la estiba y desestiba portuaria; circunstancias que eran susceptibles de conculcar la legalidad vigente en distintos términos y alcance. Prueba de ello fue que, ya en los trámites de registro, depósito y publicación del IV Acuerdo, se pusiera en duda la acreditación de la representatividad suficiente para dotar al IV Acuerdo de la eficacia estatutaria pretendida según el Acta Final de la Comisión Negociadora, circunstancia que condujo a que se desistiera de la solicitud de registro para promover un nuevo proceso de negociación del IV Acuerdo, que acabó con el mismo redactado que su versión reformada de diciembre de 2007.

## b) La problemática intervención de la CNMC y la aplicación de los criterios *antitrust* en el ámbito de la negociación colectiva.

Como se ha visto en apartados precedentes, el acervo comunitario en materia de competencia se erige en uno de los ejes vertebradores de la Unión, en aras a lograr un eficiente

---

<sup>1180</sup> Cf. Artículo 5.

<sup>1181</sup> Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques.

<sup>1182</sup> Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar.

<sup>1183</sup> Confederación Intersindical Galega.

<sup>1184</sup> Laginle Abertzaleen Batzordeak.

<sup>1185</sup> Según el Acta Final de la Comisión negociadora, a los efectos previstos por el artículo 89.3 del Estatuto de los Trabajadores, se aprobaba el texto con el voto favorable del 100% de la representación empresarial y el 76,212% de la sindical. La Dirección General de Trabajo informó, en los trámites de registro, depósito y publicación, que «no dispone de una acreditación sólida de que ANESCO posea suficiente representatividad para dotar al IV Acuerdo de la eficacia pretendida», quedando a la espera de información para decidir si lo remitía al BOE o ejercía la correspondiente acción ante la jurisdicción competente.

funcionamiento del mercado único europeo, nivel regulador en el que se reconoce de forma sucinta la libertad de empresa en el artículo 16 de la CDFUE<sup>1186</sup>. En el plano nacional español, el derecho de la competencia se enmarca constitucionalmente en el artículo 38 de la CE<sup>1187</sup>, con una doble dimensión -subjetiva, esto es, la libertad del empresario de ejercer actividades económicas para el mercado en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y objetiva e institucional, orientada al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en beneficio de los consumidores y de la economía en general-, siendo tutelada a través de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)<sup>1188</sup>.

En el ámbito del control de su aplicación, debe partirse de un esquema descentralizado en cuya cúspide se sitúa el plano comunitario (la Comisión y el TJUE) y, en el ámbito interno, la Comisión Nacional de la Competencia, la legalidad de cuyas resoluciones es objeto de control por la Audiencia Nacional y por los Juzgados de lo Mercantil, cuyas resoluciones son, respectivamente, recurribles ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y ante la Audiencia Provincial (las resoluciones dictadas por la cual también pueden, en su caso, recurrirse ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo).

Partiendo de la falta de positivización, en sede de Derecho originario, de los límites aplicables a las relaciones entre derecho de competencia y negociación colectiva, la estela *Albany* -en consonancia con el mandato contenido en el Reglamento (CE) Núm. 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE<sup>1189</sup> (actuales 101 y ss. TFUE), en cuya virtud la consecución del objetivo del Derecho comunitario de la competencia requería de la colaboración de los Estados miembros en la aplicación de éste y en el desarrollo de sus propios sistemas *antitrust*<sup>1190</sup>- permitió que se articularan nuevas vías de control del contenido de los convenios colectivos, de forma complementaria con los límites derivados de la garantía de las libertades de circulación comunitarias en la aplicación de los convenios en cuyo ámbito se ejercitaran aquéllas en el marco de la Unión<sup>1191</sup>.

La primera versión del IV Acuerdo marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, de aplicación a las relaciones laborales de las empresas y

---

<sup>1186</sup> Sobre la libertad de empresa y el derecho de la competencia europeo, véase GÓMEZ MUÑOZ, J.M. *Libertad de empresa, competencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo...* Op. Cit. Págs. 51 a 54.

<sup>1187</sup> Sobre el contenido y ejercicio de las libertades económicas en el marco constitucional del Estado social y la inserción del artículo 38 CE en el Derecho de la Unión Europea, véase ÁLVAREZ DE LA ROSA. «El Derecho del Trabajo en el principio de libertad de empresas», Wolters Kluwer, 2019. Págs. 8 a 13.

<sup>1188</sup> BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

<sup>1189</sup> DOCE L 1/1, de 4 de enero de 2003.

<sup>1190</sup> Véase su Capítulo IV, en materia de «Cooperación» entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros.

<sup>1191</sup> STC núm. 225/1993 (Pleno) de 8 de julio. Para un prolijo examen del impacto del derecho de la competencia en la negociación colectiva y su protección descentralizada, véase GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.), en *Libertades económicas, mercado de trabajo...* Op. Cit. Pág. 43-64.



trabajadores incluidos en su ámbito personal en los puertos comerciales de todo el territorio español, se firmó en fecha 26 de julio de 2007<sup>1192</sup>. Como se ha reflejado *ut supra*, hasta esa fecha las relaciones laborales se habían regido por el III Acuerdo, suscrito por ANESCO y las Sociedades Estatales de Estiba (como parte empresarial) y CETM, UGT y CCOO (por la parte sindical)<sup>1193</sup>. En dicho acuerdo las empresas estibadoras se obligaban a realizar exclusivamente con estibadores portuarios las tareas denominadas «complementarias», no constitutivas de servicio público asignado a los estibadores. Sin embargo, la realización de tales tareas no estaba sometida al III Acuerdo, sino a los Convenios colectivos de ámbito local que debían regular las condiciones en las que los trabajadores desarrollarían dichas tareas, atendiendo a la competitividad en la prestación de los servicios<sup>1194</sup>.

Sin embargo, el IV Acuerdo procedió a extender el ámbito personal (artículo 2) a empresas no dedicadas o relacionadas con la estiba, albergando tanto a las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba, como a las Agrupaciones portuarias de interés económico (APIEs) constituidas o por constituir, a las Empresas estibadoras que realizaran labores de servicio básico de estiba de buques, así como las denominadas complementarias, que incluían a empresas no estibadoras<sup>1195</sup>. En lo relativo a los trabajadores, el ámbito personal se extendía a los estibadores portuarios o trabajadores, incluso los puestos a disposición por empresas de trabajo temporal, que realizaran las actividades descritas en el ámbito funcional y que prestaran servicios para las entidades indicadas en los apartados 2.1.1 y 2.1.2 (por tanto, todo tipo de empresas) en régimen de Relación Laboral Especial o Común. En definitiva, su extensión personal incluía tanto a empresas como a trabajadores que realizaran tareas complementarias a las de la estiba o desestiba.

En lógica coherencia con lo precedente, el ámbito funcional (delimitado en el artículo 3) aunaba tanto las labores entre empresas y trabajadores descritas en el ámbito personal, intervinientes en la realización de actividades portuarias constitutivas de servicio público o básico de estiba y desestiba de buques, como las actividades y labores complementarias relacionadas en el artículo 3.4<sup>1196</sup>, que incorporaba todas las actividades complementarias no

---

<sup>1192</sup> Fue el primer Acuerdo Marco sectorial que se aprobó tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

<sup>1193</sup> En su ámbito personal (artículo 2) el III Acuerdo afectaba, por la parte patronal, a las sociedades de estiba y desestiba y a las empresas estibadoras que realizaran las labores de servicio público de estiba y desestiba de buques y las complementarias y; por la parte social, a la totalidad de los estibadores portuarios contratados por las sociedades de estiba y desestiba, en régimen de relación laboral especial, o por las empresas estibadoras, en régimen de relación laboral común, y aquellos trabajadores procedentes del párrafo tercero del apartado dos, de la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 2/1986. Por otro lado, en cuanto refería a su ámbito funcional, se incluían las labores y excepciones previstas en el Real Decreto-Ley 2/1986, para las actividades de estiba de servicio público y al Real Decreto 371/1987, para las actividades complementarias.

<sup>1194</sup> Cf. Artículo 3.4 del III Acuerdo Marco.

<sup>1195</sup> Los términos utilizados por el artículo 2 fueron: «(...) las empresas que, sin ser estibadoras, realicen como actividad principal las actividades complementarias y a otras empresas que hayan recibido autorización o licencia o cualquier otro tipo habilitante para la realización de las actividades descritas en el ámbito funcional del presente Acuerdo (...)».

<sup>1196</sup> En este apartado se incluían actividades portuarias que incluso estaban excluidas de tal consideración por la Ley 48/2003, no asignadas en exclusiva ni a las empresas de estiba ni a los estibadores, como eran

sometidas al anterior III Acuerdo, realizadas por empresas que, sin ser estibadoras, realizaran como actividad principal las actividades complementarias.

En este contexto y, tras realizarse el preceptivo examen de legalidad por parte de la Dirección General de Trabajo en los trámites de registro, depósito y publicación, se identificaron distintas cuestiones susceptibles de conculcar la legalidad vigente, entre las que se encontraba la falta de representatividad de los firmantes, la superación de los límites legales en la delimitación de su ámbito de aplicación<sup>1197</sup>, extralimitación de funciones atribuidas a la Comisión Paritaria, entre otras. Estas consideraciones fueron trasladadas a los firmantes y se recibieron un total de 15 impugnaciones al Acuerdo<sup>1198</sup>. A razón de dichas advertencias, la Comisión Negociadora

---

determinadas labores de pesca, transporte horizontal dentro de la terminal portuaria, la puesta y retirada de calzos, caballetes, etc. en las operaciones de buques de carga rodada, el desembarque de vehículos, camiones, etc.; entre otras. Por su lado, los artículos 85 y 86 de la Ley 48/2003, extendían su ámbito de aplicación a empresas y trabajadores distintos a los de la estiba, susceptibles de prestar servicios comerciales y estar sometidos a relaciones laborales vinculadas por convenios colectivos distintos, ajenos al ámbito portuario.

<sup>1197</sup> Este debate podría resurgir a propósito del artículo 17 del V Acuerdo Marco, que será objeto de detenido análisis más adelante. Y ello toda vez que éste extendería el ámbito funcional de aplicación de la norma a un Grupo Profesional (cual es el III-Controlador de Mercancía) ajeno al contenido del artículo 130 del TRLPEMM, al que, de forma contradictoria, se referiría el artículo 9 del texto convencional al definir el ámbito funcional de aplicación. Según el criterio de la Audiencia Nacional, plasmado en su Sentencia núm. 151/2022 que se analizará más adelante, a pesar de ser cierto que el artículo 130 TRLPEMM no incorpora en las actividades de estiba y desestiba la propia del «controlador de mercancía», la referencia del artículo 8 del V Acuerdo vinculada a la aplicación a las personas trabajadoras incluidas en el ámbito funcional del acuerdo y «en las eventualmente encomendadas por sus empleadoras» permitiría englobar todas aquellas tareas complementarias a las previstas en el artículo 130 TRLPEMM. Ahora bien, no considero que la referencia del artículo 8 del V Acuerdo sobre el ámbito personal del convenio pueda, en la parte referida a las tareas «eventualmente encomendadas por sus empleadores», convalidar, a los efectos pretendidos, la incorporación de una categoría profesional no incluida en el artículo 130 TRLPEMM ni *a priori* correspondiente, por su naturaleza y contenido, al ámbito subjetivo de aplicación del V Acuerdo Marco (personal de estiba y desestiba), pues ello podría poner en riesgo el principio de correspondencia vía eventual afectación de trabajadores ajenos al ámbito funcional del convenio; situación que, en otros términos y entidad, ya fue sancionada en el «fallido IV Acuerdo Marco» del año 2007, en el cual se pretendieron incluir actividades complementarias realizadas por empresas no estibadoras en su ámbito de aplicación. Esta situación sería potencialmente lesiva para el derecho de la competencia, en la medida en que estaría afectando a empresas que ocuparan a trabajadores con esta condición profesional no firmantes del V Acuerdo Marco ni incluidas en su ámbito de afectación, al tiempo de obligar a las empresas estibadoras a utilizar a estibadores portuarios para realizar tareas ajenas a la estiba y desestiba, restringiendo su facultad de autoorganización de los recursos, motivos que justificarían el posible exceso del ámbito del artículo 130 del RDL 2/2011, al cual se referirá, como se verá más adelante, el artículo 18.4.a) de la LETT, en la versión dada por la Ley 4/2022.

<sup>1198</sup> Las impugnaciones se formularon por parte de empresarios, sindicatos y autoridades de los Puertos, basadas en la falta de legitimidad de los firmantes (por no cumplir los requisitos de representación de empresas ni de empleo de trabajadores exigidos por el ET), por exceso en el ámbito de aplicación y, sobre todo, por la afectación a intereses de terceros no partes en el Acuerdo. A modo de recopilación, citar los siguientes sujetos impugnantes: Puertos del Estado, Federación de Comunicación y transporte de COO (sector del mar), EUROPEA BULK HANDLING INSTAKLETACION (EBHISA), CEPESCA, la Asociación Provincial de empresas frigoríficas de Pontevedra, UGT (Sector estatal de Puertos Aduanas y Consignatarios de la Federación de Transporte, Comunicaciones y Mar), Presidentes de Puertos de Galicia, SEED de Palma de Mallorca, Presidente de la Autoridad Portuaria de Cartagena, La Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz, la Autoridad Portuaria de Gijón, la Autoridad Portuaria de Santander, entre otras; el Consejero de Industria y Desarrollo Tecnológico del Gobierno de Cantabria. La Abogacía del Estado, que fue consultada por Puertos del Estado sobre la legalidad del IV Acuerdo, en informe de fecha 25 de octubre de 2007, llegó a la conclusión de que ANESCO carecía de legitimación para negociar el IV Acuerdo, considerando que las previsiones de los artículos 3.2.2; 3.2.4; 3.2.5; 3.2.6; 3.2.7 y artículo 12 (Grupo I, punto 4 y Grupo II, punto 13) no se ajustaban a la legalidad vigente. En relación con las actividades complementarias citadas en el IV Acuerdo, consideraba en su informe que «(...) constituyen actividades profesionales que son objeto de otros convenios colectivos que

aprobó ciertas modificaciones del texto el 4 de diciembre de 2007, con el voto favorable de ANESCO, CETM, LAB y CIG y el voto desfavorable de UGT y COO, con incomparecencia de ELA-STV. En el nuevo intento de registro del IV Acuerdo, ANESCO adjuntó un certificado de septiembre de 2008 sobre la representatividad de la Asociación, que incluía a las siguientes APIEs: Algeciras, Alicante, Arrecife, Barcelona, Cádiz, Puerto del Rosario, Sagunto, Santa Cruz de Tenerife y Valencia (63% del total de trabajadores con RLE), agrupando a 114 empresas (53%) y 475 trabajadores (70% de los trabajadores con relación laboral común y relación laboral especial). Finalmente, la Dirección General de Trabajo no publicó el Acuerdo y dedujo demanda de oficio *ex* artículo 90.5 ET ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que dictó Sentencia en fecha 1 de junio de 2009<sup>1199</sup>, estimatoria de aquella, declarando la nulidad de determinadas cláusulas por falta de representatividad de las asociaciones firmantes; pronunciamiento que fue confirmado por la Sentencia del Tribunal Supremo 11 de noviembre de 2010<sup>1200</sup>, por falta de adecuación de la representatividad de los firmantes al ámbito de aplicación del convenio colectivo.

Paralelamente, la Dirección de Investigación (DI, en adelante) de la Comisión Nacional de la Competencia inició de oficio, en julio de 2007, una investigación que dio lugar a la incoación de un procedimiento sancionador contra ANESCO, CETM, CIG y LAB por supuestas conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC); cuyo objeto era dilucidar si el IV Acuerdo falseaba o era susceptible de falsear la competencia en todo o en parte del territorio nacional; y si, por consiguiente, constituía una infracción de las normas de la competencia y, concretamente, del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 81.1 del TCE<sup>1201</sup>.

Más allá de las alegaciones de oposición formuladas por cada una de las partes imputadas<sup>1202</sup>, la invocación que se erigió en el mínimo común denominador de entre todas las de las partes

---

se refieren a sectores de la actividad distintos y que han sido concertados por otros agentes, lo que tiene por consecuencia la inaplicación o desplazamiento de esos otros convenios, lo que no resulta admisible (...).

<sup>1199</sup> Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 50/2009 de 1 junio; procedimiento núm. 1/2009, Pte. Excmo. Sr. Ricardo Bodas Martín.

<sup>1200</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 11 noviembre 2010. Recurso de Casación núm. 153/2009, Pte. Excma. Sra. Mª Lourdes Arastey Sahún.

<sup>1201</sup> La ampliación de la imputación para abarcar, además del artículo 1.1 LDC, el artículo 81 TCE, fue cuestionada por los sindicatos firmantes del pacto, si bien se desestimaron sus alegaciones bajo la consideración de que, en virtud del artículo 3.1 del Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de noviembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del TCE, la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, cuando pudiera existir afectación de intercambios comunitarios, era una obligación ineludible de los órganos de la competencia nacionales. En el presente caso, su vocación de afectación a la prestación de un servicio imprescindible en todos los puertos comerciales del territorio español con incidencia directa en el coste de las exportaciones e importaciones españolas hacia y desde el resto del mundo, y sobre los intercambios entre España y resto de Estados de la UE, quedó fuera de toda duda.

<sup>1202</sup> Véanse los Fundamentos Jurídicos 4º y 5º de la Resolución de la CNC de 24 de septiembre de 2009 (Expte. 2805/2007, empresas estibadoras). Sobre el papel de la CNC en el control de legalidad del IV Acuerdo Marco, véase CARRIL VÁZQUEZ, X. M. «El impacto de las normas de competencia sobre el iv acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria y el papel de la Comisión Nacional de Competencia en el control de legalidad de los convenios colectivos», *Estudios de derecho marítimo*, Cap. 6, [García-Pita y Lastres (Dir.), Quintáns-Eiras, Mª R. y Díaz de la Rosa, A. (Coord./editoras)] . Págs. 511-521). Para un

imputadas se refería a la exclusión del IV Acuerdo de la aplicación de las normas de la competencia, dada su naturaleza de convenio colectivo, invocando su condición de acuerdos reguladores de derechos y obligaciones laborales (sin naturaleza de acuerdos «entre empresas») y apelando, en su virtud, a los efectos restrictivos derivados de la negociación colectiva, justificados y excluidos de evaluación desde el punto de vista de la competencia. El fundamento jurídico en el que se amparaban era la doctrina Albany (Asunto C-67/96) y jurisprudencia posterior del TJUE en aplicación del artículo 81 TCE, en relación con la del artículo 1 LDC.

Sin embargo, tal como advertía la CNC<sup>1203</sup>, la jurisprudencia comunitaria y la Sentencia Albany no descartaba de forma incondicionada la aplicación de las normas de la competencia en el ámbito de la negociación colectiva, toda vez que, de la lectura conjunta de los ordinales 60º y 61º de la misma, se colegía que, con carácter previo, debía analizarse «si la naturaleza y el objeto del acuerdo justificaba su exclusión del ámbito de aplicación del artículo 85.1 del Tratado»<sup>1204</sup>. Por su lado, a la luz de la Sentencia dictada en el Asunto *Viking*, la protección de los trabajadores podía constituir un interés legítimo que justificara una restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, si bien las medidas debían ser las estrictamente adecuadas para garantizar el objetivo legítimo y no ir más allá de lo necesario para lograrlo.

En definitiva, la falta de automaticidad en la aplicación de la exención y tesis de la inmunidad limitada de las normas de la competencia sobre los convenios colectivos defendida por el Abogado *Jacobs* en el Asunto *Albany* es acogida por la CNC en la resolución al expediente sancionador en respuesta a las alegaciones realizadas por las partes, en el sentido de considerar que un texto convencional que se exceda, en su tratamiento, de las cuestiones centrales de la negociación colectiva (salarios, condiciones de trabajo, etc.) para afectar a terceros u otros mercados, incidiendo en las relaciones entre empresarios y terceros (clientes, proveedores, competidores o consumidores), no puede quedar excluido de la aplicación de las normas de la competencia. Un acuerdo al que, tal como expresa la Resolución en el FJ Undécimo, no se le otorgaría la naturaleza de convenio colectivo estatutario, al no haber sido firmado por todos los interlocutores sociales ni por los más representativos del Estado ni de cada Comunidad Autónoma, en los términos exigidos por el artículo 83.2 ET; debiéndose considerar un acuerdo entre operadores del mercado, a criterio de la CNC.

La traslación de la anterior doctrina al IV Acuerdo Marco condujo a considerar que, al imponer condiciones de trabajo de la estiba a agentes y actividades no previstos en la Ley 43/2003 como funciones inherentes a la estiba, afectaba inequívocamente a empresas y trabajadores

---

estudio de la resolución de la autoridad de la competencia desde la perspectiva mercantil, véase RODRÍGUEZ, J. M. «Estibadores portuarios y derecho de la competencia», *Anuario de Derecho Marítimo* (Dir. Prof. Arroyo, I.), Vol. XXVII, 2010. Págs. 85-94.

<sup>1203</sup> Véase el Fundamento Jurídico 6º de la Resolución *Op. Cit.*

<sup>1204</sup> Sobre esta exención condicionada, véanse las Conclusiones del Asunto Albany presentadas en fecha 28 de enero de 1999 por el Abogado General *Jacobs*, entendiéndose que «el mero reconocimiento de un derecho fundamental a la negociación colectiva no bastaría para eximir la negociación colectiva de la aplicación de las normas sobre la competencia (ordinal 163)». (ECLI:EU:C:1999:28).

prestadores de otros servicios no exclusivos de la estiba, obstaculizando la suscripción de acuerdos laborales entre empresas y trabajadores de servicios complementarios por medio del control de acceso del personal a través de la Comisión Paritaria del Acuerdo Marco<sup>1205</sup>.

El carácter contrario a la competencia de las cláusulas determinado por la CNC hacía preciso analizar, de nuevo, la naturaleza del acuerdo en aras a examinar si era de aplicación la exención recogida en el artículo 4.1 LDC, en cuya virtud las prohibiciones de la LDC no se podían aplicar a las conductas que resultaran de la aplicación de una Ley. Sin embargo, al no tener la condición de convenio colectivo estatutario (ni inscrito, ni publicado y recurrido por el Ministerio de Trabajo ante la jurisdicción, con estimación de la demanda por parte de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional), le reducía a un simple acuerdo entre una asociación de empresas y unos representantes de trabajadores, no amparado en el derecho laboral. De hecho, *inclusive* en el caso de haberse registrado y publicado, tampoco hubiera quedado exento de la aplicación de las normas de la competencia, en la medida en que su naturaleza y objeto comportaba una clara restricción con afectación de terceros y, en definitiva, el cierre del mercado de los servicios complementarios de la estiba, con claro efecto disuasorio para cualquier empresa prestadora de servicios complementarios en puertos de interés general, excediéndose del ámbito fijado por la Ley de Puertos del momento<sup>1206</sup>. En definitiva, el IV Acuerdo Marco no solo pretendía extender su ámbito de aplicación a todos los trabajadores y empresarios de los puertos del Estado, sino también a todos los puertos comerciales del país, cuyos titulares fueran tanto estatales como autonómicos, con el añadido que las partes firmantes quedaron reducidas a ANESCO (por la parte empresarial) y CETM, CIG y LAB (por la parte sindical), pues UGT, CCOO y ELA-STV, aunque habían participado en la negociación, finalmente se negaron a su firma (no había sido así en el III Acuerdo Marco, respecto al que los citados sindicatos fueron partes firmantes del mismo).

Las anteriores circunstancias condujeron a declarar a las partes firmantes del IV Acuerdo (ANESCO y sindicatos CETM, CIG y LAB) responsables de la concertación de un pacto colusorio contrario al artículo 1.1.c) de la LDC y 81 del TCE, con imposición de una multa de

---

<sup>1205</sup> «Las obligaciones del mismo, salarios, condiciones laborales, monopolio del acceso de los trabajadores al recaer en empresas no estibadoras prestadoras de los servicios complementarios tienen como efecto crear una barrera de entrada a estas empresas y crean de hecho una reserva de esos servicios para las empresas de estiba en general y para las firmantes del Acuerdo, obstaculizando la libre competencia en la prestación de los servicios complementarios». (FJ Décimo *in fine* de la Resolución *Op. Cit.*).

<sup>1206</sup> La posibilidad de que un convenio colectivo pudiera extender su ámbito de aplicación a empresas cuya actividad principal no fuera ésta había sido una cuestión que había quedado imprejuizada en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2012 (núm. 86/2012) vinculada a otro sector, esto es, en relación al ámbito de aplicación del II Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (handling), publicado en el BOE de 13 de octubre de 2011, pues la SAN se limitó a negar que las decisiones de la CNC constituyeran jurisprudencia ni doctrina judicial aplicable por los Tribunales de Justicia, sin entrar a valorar el fondo de la cuestión debatida. En opinión de GOERLICH PESET, J. M. en «Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (Social) de 13 de julio de 2012... *Op. Cit.* Pág. 8; la contundente aseveración de la AN no era óbice para que las resoluciones de la CNC pudieran actuar como límite de la negociación colectiva (art. 85 ET), al ser dictadas en aplicación de la LDC.

901.518,16€ a la asociación empresarial, 168.000€ a CETM, 3.900€ a CIG y 3.000€ a LAB<sup>1207</sup>, que fue confirmada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo<sup>1208</sup>.

En el orden contencioso-administrativo, la sanción impuesta a CETM por la CNC fue confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2010<sup>1209</sup> y el recurso de casación formulado contra la misma fue desestimado a su vez por la Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012<sup>1210</sup>.

Por su lado, en el orden social, el enjuiciamiento de las cláusulas de la norma convencional condujo a resultados coincidentes, pero, en ese caso, a la luz de fundamentación jurídico-laboral. La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 1 de junio de 2009<sup>1211</sup>,

---

<sup>1207</sup> Nótese la celeridad con la que actuó la CNMC en este caso. Su primera intervención se produjo pocos días después de la firma del primer texto de acuerdo, suscrito el 26 de julio de 2007, y resolvió el expediente el 24 de septiembre de 2009. Los importes fijados por la mayoría del Pleno del Consejo de la CNC fueron cuestionados por el Sr. Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, que formuló Voto Particular Discrepante en fecha 24 de septiembre de 2009. Según apunta OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario...* *Op. Cit.* Pág. 175, formalmente, la actuación de oficio de la CNMC se activó tras una información publicada en un diario económico el día 30 de julio de 2007, si bien la prensa apuntaba a la Ministra de Fomento de ese momento, Magdalena Álvarez, pues Puertos del Estado había estado personado en la negociación del convenio y abandonó la mesa de negociaciones por la imposibilidad de alcanzar una postura de encuentro con la patronal ANESCO (HP 3º resolución Expte. 2805/07, en el que se indica que Puertos del estado «abandona la Mesa negociadora por la dificultad por parte del Banco Empresarial de elaborar una plataforma conjunta»).

<sup>1208</sup> ANESCO interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la CNC de 24 de septiembre de 2009 (expediente 2805/07 empresas estibadoras) alegando la indebida aplicación del artículo 1 de la LDC, que fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en Sentencia de 5 de julio de 2012 (Rec. núm. 800/2009), confirmada por la Sentencia de 8 de marzo de 2016 (Rec. núm. 1666/2013) de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, en cuyo Fundamento Jurídico 2º determinó: «(...) resulta incuestionable que la legalidad del citado IV Acuerdo pueda ser enjuiciada tanto desde la perspectiva de su conformidad al Estatuto de los Trabajadores, como desde la óptica del Derecho de la Competencia, cuando incluye cláusulas que tienen por objeto restringir la competencia en el mercado de los servicios portuarios complementarios que afecta a todos los puertos de interés general en beneficio de las empresas de estiba», reconociéndole efectos potencialmente lesivos del Derecho de la Competencia, siendo la resolución de la CNC acorde tanto al artículo 1 de la LDC como al artículo 81 del TCE.

<sup>1209</sup> Rec. núm. 5/2009 (Pte. Excm. Mercedes Pedraz Calvo).

<sup>1210</sup> Rec. núm. 4234/2010 (Pte. Excmo. Vicente Conde Martín de Hijas).

<sup>1211</sup> Procedimiento Núm. 1/2009 (Pte. Excmo. Sr. Ricardo Bodas Martín). La Sentencia de la Audiencia Nacional detalló el carácter extraestatutario del acuerdo estatal derivado de la declaración de nulidad parcial del mismo, en relación con las cláusulas relativas al ámbito subjetivo del convenio. La conversión de la naturaleza del acuerdo en extraestatutario derivada de dicha declaración de nulidad no es compartida por CRUZ VILLALÓN, J. en *Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva...* *Op. Cit.* Pág. 125, considerando que, una vez eliminada la parte afectada por la declaración de ilegalidad, nada obsta para que la parte restante del acuerdo mantenga su eficacia general como convenio colectivo estatutario, en virtud del principio de conservación de los negocios jurídicos. En un nivel inferior, en la impugnación del convenio colectivo SEED 1996 del Puerto de Vigo, instada por su Autoridad Portuaria por considerarlo contraventor del artículo 1 LDC y 101 TFUE, la CNMC negó que tuviera la consideración de convenio colectivo por ser contrario al IV Acuerdo Marco publicado en 2014 y la citada legislación, si bien admitiendo que pudiera tener eficacia limitada (extraestatutaria). Para haberse admitido esta opción, según OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario...* *Op. Cit.* Págs. 181-182, se debería haber enfocado la tesis bajo el prisma de que la representatividad únicamente afectaba a las tareas comerciales. Sin embargo, al insistir en la ausencia de correspondencia entre legitimación y ámbito de aplicación, en ese supuesto no cabía plantearse otra opción que su calificación de

resolviendo sobre la impugnación del convenio colectivo planteada de oficio por la Autoridad Laboral<sup>1212</sup>, declaró la nulidad de las cláusulas comentadas sobre la base de la falta de representatividad de las asociaciones firmantes, derivada de la ampliación del ámbito de aplicación del convenio a empresas y trabajadores ajenos a la actividad de la estiba; pronunciamiento que fue confirmado en casación por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2010<sup>1213</sup>, que incidió en la falta de adecuación entre la representatividad de los firmantes y el ámbito de aplicación del convenio colectivo<sup>1214</sup>.

Ciertamente, de la argumentación contenida en las resoluciones que fueron dictadas en el orden social, se advierte que los Tribunales evitaron abordar el examen de fondo asociado a la afectación de los dos escenarios en conflicto, esto es, la negociación colectiva y el derecho de la competencia, circunstancia que adquiere especial trascendencia a razón del importante papel que ha adquirido recientemente la CNMC en el control de los Acuerdos Marco del sector de la estiba, como se verá más adelante, y que precisa que nos detengamos en el radical posicionamiento que tuvo en esta ocasión la Audiencia Nacional frente a la intervención de la CNC en el proceso laboral, en términos generales, y en el de impugnación de convenios colectivos, en particular.

Compartimos las críticas realizadas a este respecto por el profesor Goerlich Peset, en el sentido de que la participación de la CNC en el ámbito del enjuiciamiento de la legalidad de los acuerdos alcanzados fruto de la negociación colectiva se desprende del propio artículo 15 bis de la LEC (más allá de las demás autoridades antitrust, de ámbito comunitario o autonómico, en el ámbito de sus competencias), así como del propio carácter supletorio de la LEC frente a la ley adjetiva de aplicación en el orden social<sup>1215</sup>. En un ámbito en el cual la actual CNMC ha adquirido un papel nuclear en el «control de la legalidad» de las recientes modificaciones

---

invalidez. En cualquier caso, consideramos que la determinación de nulidad total o parcial del convenio del Puerto de Vigo no era el objeto de la intervención de la CNMC, por lo que dicha referencia consignada en la resolución de la CNMC no deja de ser *obiter dicta* y sin efecto práctico alguno.

<sup>1212</sup> La demanda por ilegalidad deducida por la Autoridad Laboral se interpuso tras la aprobación, por las partes firmantes del IV Acuerdo, de un nuevo Acuerdo el 10 de septiembre de 2008, tras advertir la Dirección General de Empleo que la representación de ANESCO era insuficiente. Las modificaciones realizadas no fueron suficientes a juicio de la Autoridad Laboral, motivo por el cual finalmente impugnó el texto ante la Audiencia Nacional.

<sup>1213</sup> Rec. 153/2009 (Pte. Excm. Sra. M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún).

<sup>1214</sup> Además de la aplicación *extra muros* del acuerdo, afectando a empresas no dedicadas a la estiba (sobre todo, grandes empresas del transporte marítimo y de tráfico con y desde el puerto), la CNMC también incidió en una competencia que el acuerdo reconocía a la Comisión Paritaria del Sector de la Estiba, consistente en su artículo 18.4.e), consistente en «aprobar con carácter vinculante el ingreso de los trabajadores en la plantilla del puerto (...) en todos y cada uno de los puertos del territorio español», entendiéndose ilegales las facultades de la Comisión de autorizar los nuevos ingresos de trabajadores por tiempo indefinido, así como las facultades para vigilar la ejecución del Acuerdo Marco. Sobre los aspectos críticos del aval que tuvo el criterio de la CNMC por parte de los tribunales del orden social y contencioso, véase GOERLICH PESET, J. M. *Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia...* Op. Cit.

<sup>1215</sup> Sobre una valoración crítica a la pretendida inmunidad de los convenios colectivos en relación con las medidas antitrust en ellos reguladas, véase GOERLICH PESET, J. M. *Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva...* Op. Cit. Pág. 10 y siguientes.

operadas sobre los acuerdos marco del sector, se revela fundamental recuperar algunas propuestas interpretativas alternativas que ya afloraron tras dictarse las Sentencias anteriormente indicadas y que planteó el profesor Goerlich Peset para dar respuesta a los distintos intereses en juego en la disciplina *antritrust* y el ámbito de la negociación colectiva.

Parafraseando al Abogado *Jacobs* en las conclusiones emitidas en el Asunto *Albany*, nada debería empecer a que un convenio que constituyera una conducta colusoria pudiera ser objeto de control desde la perspectiva de la legislación de defensa de la competencia, además de susceptible de enjuiciarse en la jurisdicción social, al tiempo que la autoridad de la competencia tampoco podría ser ajena al ordenamiento jurídico laboral en el examen de la adecuación de determinadas cláusulas pactadas en el ámbito de la negociación colectiva<sup>1216</sup>.

Desde un prisma procesal, la competencia para analizar un convenio en el orden jurisdiccional social a la luz de la perspectiva del Derecho de la Competencia puede deducirse, como defiende Goerlich Peset, del artículo 2.h) de la Ley adjetiva laboral<sup>1217</sup> y del artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores. A este respecto, compartimos el aserto que se desprende de la doctrina defendida por Goerlich Peset en el sentido de encontrarnos ante una cuestión de legalidad, más que de legalidad «laboral», con independencia del sector del ordenamiento al que pueda encontrarse adscrita esta, al deberse examinar la adecuación de las cláusulas al ordenamiento en su conjunto y no en términos fragmentados<sup>1218</sup>. Abunda sobre esta cuestión, que el artículo 16 de la LDC establezca ciertos mecanismos de cooperación de la CNC u órganos autonómicos competentes con los órganos jurisdiccionales, presumiéndose con ello que la jurisdicción puede pronunciarse sobre la adecuación de las regulaciones a los artículos 101 y 102 del TFUE o a los artículos 1 y 2 de la LDC.

---

<sup>1216</sup> En el ámbito español, desde el año 2007, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y su sucesora, la Comisión de Defensa de la Competencia (CNC), han revisado la adecuación de los convenios colectivos a la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 20/2007, de 11 de julio) y han intervenido en distintas ocasiones a propósito de normas convencionales pactadas en diversos sectores. A modo enunciativo, citar el *caso Fapanys* (Resolución de 10 de marzo de 1993), en el que la empresa FAPANYS, S.A. denunció el convenio colectivo pactado por la patronal de fabricantes del pan de la provincia de Sevilla con las Federaciones de CCOO y UGT de este mismo ámbito, en relación con determinadas normas de aplicación a las panaderías mecanizadas; el *caso Gremi de Flequers* (resolución de 16 de diciembre de 1996), a razón de una denuncia presentada por la *Unió de Consumidors de Catalunya* contra el convenio suscrito entre el *Gremi de Flequers de Barcelona* con otros gremios y las Federaciones de Alimentación de CCOO y UGT de Catalunya, al entender que éste limitaba la producción de pan artesanal; el *caso Ayuda a Domicilio* (Resolución de 29 de enero de 2007), en el que el Ayuntamiento de Torrelavega denunció a razón de un convenio suscrito entre la Asociación de Servicios de Ayuda a Domicilio de Cantabria (ASADAC) y CCOO de Cantabria, por establecer precios mínimos obligatorios para empresas del sector y el *caso Contact Centers* (resolución de 16 de marzo de 2009), que guardó ciertos paralelismos con el caso de la estiba (IV Acuerdo Marco de 2007) al entender que las condiciones pactadas entre la patronal y sindicatos CCOO y UGT en el convenio colectivo sectorial estatal de las empresas de *contact center* desbordaba su ámbito propio y afectaba a aspectos contrarios a la libre competencia. Sobre los precedentes en materia de intervención de la CNMC en la negociación colectiva de otros sectores ajenos a la estiba, véase GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. *Negociación Colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación...* *Op. Cit.* Pág. 24 y siguientes y OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario...* *Op. Cit.* Pág. 167 y ss.

<sup>1217</sup> Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

<sup>1218</sup> GOERLICH PESET, J. M. *Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva...* *Op. Cit.* Pág. 10 y siguientes.



De este modo, la distribución de las facultades de control de la normativa antitrust se basaría en una diferenciación sustentada sobre el interés objeto de protección en cada caso. La tutela del interés público en el correcto funcionamiento del mercado descansaría en la intervención administrativa de la CNMC, pudiendo ejercitar la potestad sancionadora frente a determinadas conductas que colisionaran con el derecho a la competencia<sup>1219</sup>. Por su lado, el control jurisdiccional, se encargaría de analizar la validez de determinados actos o acuerdos sobre la base de intereses privados, pudiendo establecer medidas de resarcimiento de los daños ocasionados en su caso. En rigor, considero que la fuerte interconexión entre las distintas disciplinas que regulan el mercado de trabajo y el mercado de bienes y servicios podría justificar que los órganos jurisdiccionales del orden social pudieran participar de este control en determinados supuestos. Ciertamente existe una explícita atribución competencial a los órganos judiciales del orden mercantil, pero no se hace en términos absolutos y excluyentes en el artículo 86 ter. 2. f) de la LOPJ, que atribuye a los juzgados mercantiles el conocimiento de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE (actuales artículos 101 y 102 del TFUE) y su derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los preceptos que determine la LDC. Esta conclusión puede desprenderse de la comparación entre la redacción del primer párrafo del artículo 86 ter. de la LOPJ, que determina una clara competencia «exclusiva y excluyente» para la materia concursal, con la del artículo 86 ter. 2) LOPJ, que se limita a atribuir a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de materias que sean competencia del orden jurisdiccional civil. Sería posible, a la luz de este esquema de reparto de competencias, que cuando la disciplina de la competencia afectara al orden laboral y, en particular, a la negociación colectiva, se pudieran distribuir las competencias (en función del interés protegido) entre la CNMC y los órdenes jurisdiccionales sociales.

En la práctica, sucede que nuestro ordenamiento jurídico no establece prioridades en la resolución de cuestiones que han sido planteadas en distintos ámbitos materiales y, más allá de la ordenación de los niveles normativos entre el ámbito comunitario y el nacional, la LDC y la LEC no determinan la preferencia de las valoraciones realizadas por las autoridades de la competencia frente a las de los órganos jurisdiccionales, pudiéndose ocasionar pronunciamientos contradictorios o desvinculados en los resultados del control administrativo y jurisdiccional, respectivamente<sup>1220</sup>. Las facultades de suspensión de procedimientos

---

<sup>1219</sup> Aunque la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007) unificó en la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia los dos órganos que regulaba la anterior LDC 16/1989 (BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989), esto es, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia, en la práctica las funciones instructoras y resolutorias se mantienen repartidas entre la Dirección de Investigación y la Comisión Nacional de la Competencia (respectivamente). Su funcionamiento se desarrolla a través del reglamento aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Sobre su filosofía, alcance y naturaleza de sus intervenciones en materia de acuerdos portuarios (Puerto de Tenerife: *casos Herrera Estibadora 1994 y La Candelaria 1998*, Puerto de Marín: *caso Agrelomar 2000*, Puerto de Cádiz: *caso EDP contra Estigades 2004*, Puerto de Barcelona: *caso Plan Protrans 2010*, Puerto de Bilbao: *caso del convenio tarifario de transportes 2011*, Puerto de Valencia: *caso ELTC y otros 2013*, Puerto de Santander: *caso Asemtasan 2015*) véase OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario...* Op. Cit. Pág. 140 y ss.

<sup>1220</sup> ARRIBAS A. «Disposición adicional segunda», en MASSAGUER, J., SALA, J. M., FOLGUERA, J. y GUTIÉRREZ, A. (dir.), en «Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia», 2ª Ed., Madrid, Civitas, 2010. Págs. 939 y ss. y ORTIZ BAQUERO, I. S. «La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia», La Ley, Madrid, 2011.

jurisdiccionales del orden civil en tanto se sustancian expedientes que versen sobre los mismos hechos ante las autoridades administrativas no resultan fácilmente trasladables en el ámbito jurisdiccional social, dado el amparo constitucional de la negociación colectiva que permite excluir un control administrativo directo sobre el contenido de los convenios colectivos<sup>1221</sup>, además de que *ex* artículo 166.2 de la vigente LRJS, las sentencias que se dictan en procedimientos de impugnación de convenios colectivos, una vez firmes, producen efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o sobre los que se planteen en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos que se hayan convalidado, anulado o interpretado en el proceso. En este sentido, es dable que una resolución dictada en un expediente instruido por la CNMC que fuera impugnada en el orden contencioso-administrativo se viera afectada por un previo pronunciamiento producido en el orden social en materia de impugnación de convenios colectivos. Es más, podría apreciarse cierta dependencia a la legalidad laboral en cualquier actuación administrativa en materia de competencia, aunque los órganos jurisdiccionales sociales no se hubieran pronunciado sobre la cuestión objeto de controversia con carácter previo, sobre todo en caso de afectar a convenios estatutarios (negociados según el Título III ET), entre cuyas garantías se situaría el examen administrativo previo y control de legalidad que precede a su publicación. Nótese, pues, que de conformidad con la vigente LRJS, las facultades de la CNMC ante la advertencia de un acuerdo emanado de la negociación colectiva, en el marco procesal se limitarían a poder instar su impugnación (como sucede *ex* artículo 12.3 LDC con las normas reglamentarias). Se trataría de una suerte de «cuestión de legalidad» como la que existe en el ámbito reglamentario (artículos 27 y 123 de la LRJCA) pero trasladada al ámbito social, en los términos establecidos en el artículo 163.4 LRJS, en virtud del cual si un juez o tribunal apreciara la ilegalidad de alguna disposición de un convenio colectivo debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos.

Resulta evidente, a la luz de la norma procesal que rige en el ámbito laboral, que el enjuiciamiento de un convenio colectivo a la legalidad corresponde exclusivamente al orden social; pero no podemos eludir los problemas en la práctica se plantean, en la medida en que, los principios que rigen el mercado, cada vez desprenden más influencia sobre la negociación colectiva, y las actuales estructuras del proceso laboral presentan insuficiencias para poder dar respuesta a los problemas de actualidad. Partimos de una falta de legitimación de las autoridades de la competencia para impugnar un convenio colectivo (art. 165.1 LRJS), por lo que, por el momento, sólo existiría el mecanismo derivado de la legitimación administrativa en el control de legalidad de los convenios colectivos. A este respecto, el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia, de 25 de enero de 2010<sup>1222</sup>, que cobrará especial trascendencia en el control efectuado por las autoridades de la competencia en el V Acuerdo Marco de la estiba portuaria que se analizará más adelante, de entrada presentaría déficits de adecuación con el marco

---

<sup>1221</sup> Sobre la prevalencia del orden social en el control de los convenios colectivos dada la relevancia constitucional de la negociación colectiva, véase GOERLICH PESET, J.M. «El control del convenio colectivo por las autoridades administrativas de la competencia», *Temas Laborales* N° 147/2019. Pág. 67 y ss.

<sup>1222</sup> BOE núm. 50, de 26 de febrero de 2010.

procesal derivado de la LRJS, pues éste abogaría por fijar una suerte de unidireccionalidad en el cumplimiento del fin dirigido a proporcionar información a la CNMC de los convenios pendientes de publicación, imposibilitando que las eventuales observaciones fueren utilizadas por la autoridad laboral competente para instar un procedimiento de impugnación de convenio colectivo<sup>1223</sup>. En definitiva, no existe una plena coordinación en la interrelación de ambos organismos, que sin duda resta de eficacia el mecanismo.

Como mantuvo Guamán Hernández a propósito de la impugnación de la primera versión del IV Acuerdo Marco y la declaración de nulidad del mismo en cuanto a representatividad y contenido, desde el punto de vista de la adecuación de un acuerdo a las exigencias de representación y de adecuación de sus ámbitos personal y funcional, a la luz de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, existirían dos vías paralelas de control de legalidad del acuerdo: una articulada a través de la CNC y otra por la DGT (orden contencioso y orden social, respectivamente). Ambas opciones abocarían a una misma conclusión, cual sería que el texto convencional carecería de naturaleza estatutaria, pero con consecuencias distintas, pues, en el orden social, una vez eliminadas las cláusulas viciadas por la nulidad el acuerdo podría desprender eficacia extraestatutaria y vincular a los firmantes y adheridos voluntariamente; si bien, en cambio, la naturaleza extraestatutaria sería negada por la CNC, al considerar la definición de su ámbito de aplicación contraria a la legalidad vigente; descartando la aplicación de la jurisprudencia *Albany* como lógica derivada de negar su naturaleza de convenio colectivo<sup>1224</sup>.

Por otro lado, la falta de previsión de institución suspensiva alguna en las relaciones entre el ámbito administrativo y judicial social (que sí concurre en el orden civil) y la falta de legitimación de las empresas individualmente consideradas para impugnar acuerdos colectivos restrictivos de la competencia ante el orden social, aboca a las mismas a acudir a la CNMC, sin potestad para eliminar del ordenamiento jurídico las cláusulas consideradas colusorias del derecho a la libre competencia, salvo que la Autoridad Laboral dedujera demanda de oficio ante una evidente conculcación de la legalidad vigente, como sucedió con la extralimitación del ámbito de aplicación derivada de la primera versión del IV Acuerdo Marco, cuya nueva versión no vio la luz hasta el 30 de enero de 2014<sup>1225</sup>, tras distintas contiendas judiciales que se

---

<sup>1223</sup> Sobre este Convenio de colaboración, véase GOERLICH PESET, J.M. (dir), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia...* Op. Cit. Págs. 63-64.

<sup>1224</sup> GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. *Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea...* Op. Cit. Pág. 28.

<sup>1225</sup> Son múltiples las especialidades que presentaba el IV AMSE en distintas materias que se regularon en unos términos que podrían colisionar con determinadas disposiciones del cuerpo estatutario. A modo ilustrativo, mencionar la regulación de la representación de personal, que establecía un único colegio electoral de estibadores con relación laboral especial denominado «técnicos no titulados», que el IV Acuerdo justificaba por tratarse de un colectivo único con polivalencia funcional entre todos ellos (artículo 16); obviándose las reglas del artículo 39 ET y la estructura de colegios electorales definida por el artículo 71 ET. En materia de despidos, el IV AMSE reconocía la opción entre readmisión o indemnización en todo caso para los estibadores con RLE, tanto en supuestos de declaraciones de improcedencia como de nulidad; garantía que en la norma sustantiva básica sólo se reconocería a los representantes legales de los trabajadores. Por otro lado, no puede eludirse una referencia al último capítulo del IV Acuerdo dedicado a la CPSE, no sólo «intérprete supremo» del sector de la estiba (así lo denomina OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario...* Op. Cit. Pág. 91), sino organismo con amplias facultades no sólo en materia de mediación y arbitraje, sino de amplia intervención en

dilucidaron entre los años 2009 y 2016 ante la Audiencia Nacional y, en sede de recurso de casación, ante el Tribunal Supremo, contra distintos aspectos del expediente instruido por la CNMC<sup>1226</sup>. El IV Acuerdo Marco publicado finalmente el año 2014 se ha mantenido incólume hasta el año 2021, como se verá más adelante, una vez reformado el sector de la estiba tras la condena del TJUE y producidas ciertas vicisitudes en el ámbito de la negociación colectiva que han impactado indefectiblemente sobre el alcance de sus efectos en la regulación del sector.

## 5.2. Los mecanismos de subrogación en el proceso de liberalización de la estiba

### a) Contexto de partida

Una vez enmarcada la especialidad de la negociación colectiva y los principales problemas de legalidad de los precedentes Acuerdos Marco en el sector de la estiba suscitados a su razón, procede retomar el «híbrido» modelo de subrogación empresarial que presentó el Anexo (Propuesta Mediadora) del RD-Ley 8/2017. Según la Disposición Final 3ª, la norma debía ser desarrollada en un posterior real decreto y, la reordenación de la actividad empresarial derivada de la aplicación de la STJUE, era susceptible de constituir una causa organizativa a los distintos efectos previstos por el ET, pudiéndose aplicar las reglas del artículo 44 ET sobre transmisión de empresas en unos términos «adaptados» en función de las necesidades de adoptar medidas laborales en relación con los trabajadores; medidas que, a su vez, debían ser objeto de negociación colectiva. El mandato del Anexo, al que, como se ha indicado *ut supra*, considero no se le podría otorgar valor de norma estatal, era el siguiente: «la ordenación de estas medidas es propia de la negociación colectiva. De esta manera, la formulación legal del principio de subrogación empresarial se complementará y articulará con fórmulas de subrogación convencional»<sup>1227</sup>, disposición a la que subyacía la voluntad de transitar del modelo gestionado

---

las facultades organizativas y de dirección de las empresas del sector. Como más destacables, se indicarían: la facultad de emitir dictamen sobre la contratación de nuevos estibadores por las SAGEP, vinculante para la empresa empleadora local (este tipo de previsiones dificultarían, indirectamente, como apunta CRUZ VILLALÓN, J. en *Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva ... Op. Cit.* Pág. 134, el acceso al empleo en los puertos de estibadores ajenos al ámbito del acuerdo, vulnerando los artículos 28, 37.1 y 38 CE); la intervención en convocatorias de huelga, debiendo informar el convocante de su intención en el plazo de diez días antes de la convocatoria; la determinación anual de la cuantía de su propia financiación a través de acuerdos de sus miembros, distribuyéndose la misma entre las organizaciones integrantes de la Comisión, según su porcentaje o proporción; y la facultad de elaborar una lista de mediadores y árbitros para actuar en los conflictos del sector portuario, con la presumible selección de los especialistas más afines a las tesis de las organizaciones integrantes de la CPSE.

<sup>1226</sup> Todas las demandas planteadas ante la Audiencia Nacional, en materia de impugnación de distintos aspectos de la resolución de la CNMC, fueron desestimadas, confirmándose las multas impuestas. Véanse, sobre este particular, las SAN de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de junio de 2009 (Rec. 50/2009), 30 de septiembre de 2010 (Rec. 815/2009), 19 de octubre de 2011 (Rec. 703/2010), 2 de marzo de 2010 (Rec. 703/2009), 5 de julio de 2012 (Rec. 800/2009) y 13 de noviembre de 2012 (Rec. 806/2009); y las STS de 19 de marzo de 2008 (Sala de lo C-A, Rec. 1758/2008), 11 de noviembre de 2010 (Sala de lo Social, Rec. 153/2009), 19 de julio de 2012 (Sala de lo C-A, Rec. 4234/2010) y 8 de marzo de 2016 (Sala C-A, Rec. 1666/2013).

<sup>1227</sup> Recuérdese que, la Disposición adicional primera del RD-Ley 8/2017, de 12 de mayo, que entró en vigor el 14 de mayo (día después al de su publicación en el BOE) estableció el plazo de un año (esto es, hasta 14 de mayo de 2018), para que las normas convencionales se adaptaran al mismo y al artículo 49 del TFUE; bajo riesgo de nulidad de pleno derecho. Este plazo fue modificado vía Disposición final cuadragésima tercera de la

por las SAGEP hacia otro en el que éstas fueran sustituidas por los Centros Portuarios de Empleo (CPE).

En un contexto coetáneo a este mandato, de la escisión de la patronal hasta entonces mayoritaria (ANESCO) nació una nueva asociación empresarial (ASOPORT), en los términos expuestos *ut supra*, al tiempo que la primera, en fecha 6 de julio de 2017, acordaba, junto con las principales representaciones sindicales en el sector (CMT, UGT, CC.OO., ELA, LAB y CIG; por mayoría del 96,601%<sup>1228</sup>), modificar el IV Acuerdo Marco de la estiba portuaria a través de la incorporación de una nueva Disposición Adicional 7ª que establecía la subrogación obligatoria del personal de la SAGEP a favor de las empresas que optaran por separarse de la misma, como garantía de la totalidad del empleo<sup>1229</sup>.

La opción a favor de la separación derivaba, por un lado, de la facultad legalmente recogida en la Disposición Transitoria 1ª del Real Decreto-Ley 8/2017 y, por otro lado, de la posibilidad de pactar convencionalmente la institución de la subrogación contenida en el Anexo de dicha norma (Propuesta Mediadora). Como se apuntaba anteriormente, esta establecía, en su apartado A.3), que la aplicación de la STJUE podría conllevar una reordenación de la actividad

---

Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018 (BOE núm. 161, de 4 de julio) concediendo un plazo de seis meses desde la entrada en vigor del reglamento que debía recoger la propuesta de mediación de 30 de marzo de 2017. La disposición final cuadragésima tercera de la Ley 6/2018 fue derogada por el Real Decreto-Ley 9/2019, de 29 de marzo, y estableció un plazo máximo de nueve meses desde la entrada en vigor del mismo (BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2019), por lo que el plazo de adaptación de las normas convencionales expiró el pasado 31 de diciembre de 2019 (Véase el Hecho Probado Segundo y Tercero de la SAN núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021, publicada por Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Trabajo).

<sup>1228</sup> En la Comisión Negociadora de la modificación del IV Acuerdo Marco, el banco social contaba con un representante de los sindicatos vascos ELA y LAB, CC.OO., UGT y CIG; mientras que el sindicato CETM contaba con la presencia de 10 representantes (acuerdo 2º del Acta de modificación del IV Acuerdo).

<sup>1229</sup> Modificación parcial del IV Acuerdo publicado por Resolución de 7 de marzo de 2018 (BOE núm. 170, de 18 de julio de 2017). El contenido de dicha Disposición adicional séptima era el siguiente: «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».

empresarial que se erigiera en causa organizativa a los efectos del Estatuto de los Trabajadores, susceptible de producir cambios en los que fueran de aplicación las reglas del artículo 44 ET, en materia de transmisión de empresas, siendo la negociación colectiva la facultada para llevar a cabo dicha ordenación a través de fórmulas de subrogación convencional que complementarían la legal.

Partiendo de la previsión de un Anexo cuyo valor normativo se negaría, es llamada a destacar la incorporación de la expresión «se subrogarán» en la citada Disposición Adicional 7ª del IV Acuerdo Marco, para posteriormente disponer que el personal «tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas (...)». De entrada, pues, la operatividad de la subrogación obligatoria desvirtuaría cualquier ápice de voluntariedad en la imposición a las empresas de asunción de la plantilla de trabajadores, en la medida en que debiera regirse la misma, analógicamente, por el artículo 44 ET -sin perjuicio, obviamente, de la libertad que sí concurriría con respecto de los trabajadores afectados por la eventual subrogación en relación con el mantenimiento de su vínculo laboral, preservándose su derecho desistir del mismo en cualquier momento.

Por otro lado, la previsión de emisión de un informe preceptivo por parte de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal (CPSE) en materia de efectos y sistema de asignación de trabajadores a cada empresa, atribuyéndole al propio tiempo la función y competencia de interpretar y resolver los conflictos derivados de la aplicación de dicha Disposición Adicional, cedería todo el poder de regular el proceso de separación de las empresas de las respectivas SAGEP y de sus respectivas subrogaciones de personal a la CPSE, Comisión Paritaria en el seno de la cual estarían representadas distintas empresas competidoras capacitadas para vetar separaciones que fueran en contra de sus propios intereses. Se establecerían, pues, dos controles sucesivos: uno antes de ejecutar la decisión de separación (informe CPSE) y otro posterior a éste, en el que la CPSE informaría de las decisiones de separación y del sistema de asignación de trabajadores a cada empresa.

La mentada Disposición Adicional concedió un plazo de tres años (esto es, hasta 14 de mayo de 2020) a las empresas estibadoras para optar entre abandonar la SAGEP, con la obligación de asumir un número de estibadores pertenecientes al registro de ésta equivalente a su participación accionarial en la misma, o bien quedarse en ésta; rigiéndose en el primer caso por el artículo 44 ET sobre sucesión empresarial.

La respuesta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) fue inmediata y contundente. En fecha 3 de noviembre de 2017, tras el oportuno proceso de investigación<sup>1230</sup>, ésta determinó la existencia de indicios racionales de concurrencia de conductas prohibidas por LDC en la modificación del IV Acuerdo de la estiba portuaria. El

---

<sup>1230</sup> Antes de acordar el inicio de un expediente sancionador contra ANESCO, Coordinadora, UGT, CCOO, CIG, LAB y ELA, la Dirección de Competencia inició un trámite de información reservada en fecha 21.07.2017, en virtud de lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador. El mismo 21 de julio requirió a ANESCO, Coordinadora, UGT, CCOO, CIG, LAB y ELA determinada información sobre los acuerdos adoptados y propuestas debatidas en el seno de las Comisiones Negociadoras.

cierre de la fase de instrucción no se produjo hasta el 4 de octubre de 2018, dictándose propuesta de resolución en fecha 12 de noviembre de 2018<sup>1231</sup>. En fecha 14 de marzo de 2019, la Sala de la Competencia del Consejo de la CNMC acordó remitir la información a la Comisión Europea en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003<sup>1232</sup>, suspendiéndose el plazo para resolver. En fecha 12 de junio de 2019, la Sala de la Competencia del Consejo de la CNMC acordó elevar al TJUE, *ex* artículo 267 TFUE, una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del artículo 101 del TFUE, que fue resuelta en fecha 16 de septiembre de 2020, denegando la capacidad de la CNMC para formularla<sup>1233</sup>. Especial mención merecen las alegaciones que la Comisión Europea formula en el marco de dicha cuestión prejudicial.

Ante la pregunta de la CNMC relativa a «si el artículo 101 TFUE debía interpretarse en el sentido de que prohíbe los acuerdos entre operadores y representantes de los trabajadores, incluso bajo la denominación de convenios colectivos, cuando determinan (i) la subrogación de los trabajadores vinculados con la SAGEP por parte de las empresas que se separan de ella y (ii) el modo en que la citada subrogación se realiza» la Comisión Europea aludió a la doctrina *Albany* y sacó a colación las conclusiones del Abogado General en el asunto *FNK Kunsten* y la Sentencia *Holship* del TJEFJA, a efectos de delimitar el examen de la naturaleza y objeto de las cláusulas del acuerdo alcanzado, en orden a determinar si se cumplían los criterios para que pudiera considerarse fruto de un «acuerdo entre empresas» incluido en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE.

Partiendo de los criterios aportados por la Comisión para llevar a cabo dicha valoración (*Albany*, Conclusiones *Whal* en asunto *FNV Kunsten* y Sentencia *Holship*), la cláusula introducida en el IV acuerdo, para quedar excluida de las normas de la competencia, debía perseguir mejorar las condiciones de trabajo y empleo, en materias como salarios, horarios de

---

<sup>1231</sup> Sobre las distintas fases de la investigación, véanse los Antecedentes de la Resolución de 18.09.2020, dictada en el Expte. S/DC/0619/17, Acuerdo Marco de la Estiba.

<sup>1232</sup> Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado.

<sup>1233</sup> STJUE de 16 de septiembre de 2020 (Asunto C-462/19). Las cuestiones planteadas fueron: 1. ¿Debe el artículo 101 del TFUE interpretarse de forma que se consideren prohibidos los acuerdos entre operadores y representantes de los trabajadores, incluso bajo la denominación de convenios colectivos, cuando determinan la subrogación de los trabajadores vinculados con la SAGEP por parte de las empresas que se separan de ella y el modo en que la citada subrogación se realiza? 2. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea positiva, ¿debe interpretarse el artículo 101 del TFUE en el sentido de que se opone a disposiciones del Derecho interno como las contenidas en el Real Decreto-ley 9/2019 en la medida en que ampara los convenios colectivos que imponen una determinada forma de subrogación de trabajadores que desborda las cuestiones laborales y genera una armonización de condiciones comerciales? 3. En caso de considerar que las citadas disposiciones legales resultan contrarias al Derecho de la Unión, ¿debe interpretarse la jurisprudencia de ese Tribunal sobre la primacía del Derecho de la UE y sus consecuencias, contenidas entre otras en las Sentencias *Simmenthal* y *Fratelli Costanzo*, en el sentido de obligar a un organismo de Derecho Público como la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a dejar inaplicadas las disposiciones del derecho interno contrarias al artículo 101 del TFUE? 4. En el caso de que la respuesta a la primera pregunta sea afirmativa, ¿debe interpretarse el art. 101 TFUE y el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y la obligación de asegurar la efectividad de las normas de la UE, en el sentido de requerir de una autoridad administrativa como la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la imposición de multas sancionadoras y multas coercitivas a las entidades que llevan a cabo comportamientos como los descritos?.

trabajo y otras condiciones de trabajo, seguridad, ambiente en el trabajo, vacaciones, formación, procedimientos de información y consulta o participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, materias, todas ellas, inherentes a la negociación colectiva. Nada de ello se abordó en la cláusula pactada sobre la obligatoria subrogación, motivo que condujo a la CNMC a considerar que las condiciones en las cuales se determinaba la subrogación (esto es, con la intervención de los competidores del sector y selección de unos trabajadores frente a otros), así como las prácticas que se habían producido en la única separación planteada<sup>1234</sup>, excedían del contenido intrínseco de la negociación colectiva; no buscando mejorar las condiciones de los estibadores, sino discriminar a unos frente a otros, y a unas empresas frente a otros, según su modelo de negocio. No puede obviarse que, del amplio concepto de «empresa» dado por la Sentencia Albany<sup>1235</sup>, los sindicatos podrían tener la consideración de operadores económicos necesarios («colaboradores necesarios») en la introducción de restricciones a la competencia en los mercados<sup>1236</sup>.

El aspecto situado en el punto de mira de la CNMC fue el derivado de la obligación de subrogar el personal estibador a las empresas que optaran por separarse de la SAGEP, al considerarla una restricción injustificada, proscrita por el artículo 1 de la LDC y artículo 101 del TFUE, de las siguientes dos libertades: (i) la libertad de contratación de trabajadores y de organización para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías; (ii) la libertad de las empresas titulares de la licencia para la prestación de dicho servicio de participar o no en sociedades cuyo objeto social fuera la puesta a disposición de los trabajadores. En su virtud, la Resolución dictada en el Expte. S/DC/0619/17 en fecha 18 de septiembre de 2020, acabó determinando que las condiciones de subrogación pactadas no cumplían las exigencias de transparencia, objetividad y equidad; siendo contraria a estos propios principios la intervención y atribuciones asignadas a la Comisión Paritaria estatal, integrada por representaciones de empresas competidoras de la que debía asumir la correspondiente subrogación, como ya se anunciaba con anterioridad. La misma resolución afirmó que las exigencias derivadas del régimen de subrogación pactado convencionalmente constituían una discriminación de los operadores que pretendían separarse de la SAGEP, excediendo lo pactado de los límites de la negociación colectiva al perseguir «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».

---

<sup>1234</sup> Separación de IST de la SAGEP del Puerto de Sagunto (SESASA), que le provocó (a ella y otras empresas del Grupo Alonso) perjuicios de entidad derivados de un descenso del rendimiento, pérdida de clientes, entre otros. Véase el Hecho Acreditado 3 de la Resolución de 18 de septiembre de 2020, de la CNMC.

<sup>1235</sup> Véase su párrafo 77º.

<sup>1236</sup> La posibilidad de incurrir en prohibiciones establecidas en normativa reguladora de la libre competencia y ser considerados «empresa» como operadores o agentes económicos, ya fue abordada por la CNMC en la Resolución de 24 de septiembre de 2009, haciendo eco de la de 16 de diciembre de 1996 (caso 377/96, Pan de Barcelona), y la Comisión Europea, en su Decisión de 2 de abril de 2003 (Asunto COMP/C.38.279/F3- Carnes de vacuno francesas) consideró que las organizaciones sindicales «sobrepasan los límites de esta misión [información, consejo y defensa de los intereses profesionales] cuando prestan su ayuda a la conclusión y a la aplicación de acuerdos que no tienen en cuenta las normas de orden público, tales como las normas de competencia».



Ciertamente, la obligación impuesta a los socios de la SAGEP que quisieran ejercer el derecho de separación de subrogarse a los trabajadores, por imposición convencional, de una forma determinada, con intervención de la Comisión Paritaria y determinación de criterios de asignación de trabajadores, podía suponer un obstáculo a la competencia efectiva en el mercado. En la aplicación de la pactada institución de subrogación no se apreciaban los suficientes criterios de transparencia, equidad y objetividad; pudiéndose coartar la libertad de organización de las empresas estibadoras al tiempo de hacer partícipe necesario a la CPSE que, por su propia composición (en su seno se encuentran representadas las empresas competidoras de la titular de su derecho a la separación) contrariaría dichos principios o premisas. Prueba de ello son las consecuencias que sufrió la empresa IST desde que tomó la decisión de separarse de la SAGEP y hasta que le adjudicaron los trabajadores a subrogar, generándosele una desventaja competitiva, con el consiguiente efecto desincentivador en las demás<sup>1237</sup>. En definitiva, vía Disposición adicional 7ª, el IV Acuerdo pretendía perpetuar la distorsión del mercado que fue objeto de reproche por parte del TJUE, contribuyendo a mantener el sobrecoste que supone para las empresas estibadoras el sistema instaurado, en unos términos desproporcionados y excesivos en relación con las medidas de protección de estabilidad del empleo incorporadas a través de la Disposición Transitoria 2ª del RD-Ley 8/2017<sup>1238</sup>.

Considero, a la luz de lo que precede, que la mentada Disposición adicional 7ª constituyó un acuerdo concertado entre operadores (empresas y sindicatos) que cumplía los requisitos exigidos en el artículo 1 LDC y 101 TFUE, toda vez que aunaba voluntades de, al menos, dos empresas y desprendía efectos restrictivos para la competencia en el mercado, excediendo, en el contenido de su regulación, el ámbito nuclear de la negociación colectiva para afectar, directamente, «a las relaciones entre empresarios y terceros, como los clientes, los proveedores, los empresarios competidores o los consumidores»; en los términos apuntados por el Abogado General *Jacobs* en el Asunto *Albany*. Dicha disposición convencional, tampoco cabría ampararla por el Real-Decreto 8/2017, en cuyo régimen transitorio pretendía velar por el mantenimiento del empleo, pero sin reconocer, en ningún momento, la subrogación forzosa.

La condena, por comisión de infracción muy grave de los preceptos citados *ut supra*, se tradujo en multas simbólicas (de entre 1.000 y 4.000€ por cada parte, excepto ANESCO, a la que se impuso de 66.000€; distantes de las que se impusieron en la Resolución que dictó en 2009 sobre el IV Acuerdo Marco), bajo el apercibimiento de abstenerse en el futuro de realizar conductas semejantes.

---

<sup>1237</sup> *Vid.* 1234.

<sup>1238</sup> OJEDA AVILÉS, A. en «Crítica de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 18 de septiembre de 2020, sobre el Acuerdo Marco de la Estiba», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, diciembre de 2020. Págs. 171-184, aborda los desajustes derivados de la aplicación de conceptos mercantiles sobre aspectos laborales y, en concreto, vinculados a la subrogación de las plantillas. Sobre ésta, véase también GOERLICH PESET, J. M. «Sostenella y no enmendalla: el insólito final de las actuaciones de la autoridad de la competencia sobre el acuerdo estatal de la estiba», *El Foro de Labos*, 24 de septiembre de 2020.

En el ínterin entre la incoación y resolución -que se demoró más a razón del planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE- el Gobierno aprobó un nuevo Real Decreto-Ley (9/2019, de 29 de marzo)<sup>1239</sup> que modificó el 8/2017 e introdujo cambios sobre la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Su objeto era, según se anunciaba, consolidar el marco de liberalización del régimen de la estiba portuaria. La fórmula elegida fue la introducción de un nuevo Capítulo V en la LETT dedicado íntegramente a los Centros Portuarios de Empleo -CPE, en adelante- (artículo 18 y ss. LETT), reconociendo «formalmente» 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 la realización de cada actividad portuaria (artículo 3). Especial mención merece, asimismo, la derogación del especial Anexo del RD-Ley 8/2017 así como el compromiso recogido en la Disposición final tercera de este último (apartado 2), en virtud del cual el Gobierno debía dictar un real decreto que recogiera la propuesta de mediación de 30 de marzo de 2017.

Los CPE, por definición legal, tendrían como exclusivo objeto el empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta a disposición, de forma temporal, de empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, así como la formación profesional de aquellos. La premisa básica para poder formar parte de un CPE sería disponer la titularidad de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías, previa obtención de una autorización administrativa -exigencia que deriva del artículo 2 de la LETT y se dirige tanto a personas físicas como jurídicas-, si bien, con determinadas especialidades: (i) incluir la denominación «centro portuario de empleo» o su abreviatura «CPE» en lugar de «empresa de trabajo temporal» o «ETT», (ii) contar un mínimo de trabajadores indefinidos en estructura, bajo la dirección del mismo, calculado en función del número de días de puesta a disposición del personal de estiba contratado temporalmente en el año anterior, siempre superior a dos -mínimo legal-, (iii) alcanzar una garantía financiera de un diez por ciento de la masa salarial del ejercicio económico anterior correspondiente al personal de la estiba portuaria que haya sido empleado bajo una modalidad de contratación temporal para ser puesto a disposición de las empresas estibadoras, nunca inferior a veinticinco veces el SMI, en cómputo anual, vigente en cada momento, (iv) remitir a la autoridad laboral, obligatoriamente, la relación de contratos de puesta a disposición y entregar la documentación preceptiva a los representantes de los trabajadores (se entiende, los temporales); cuyo ámbito geográfico (el de los CPE) podría extenderse a un puerto o a todo el territorio nacional<sup>1240</sup>.

A pesar de que el apartado 2º del artículo 18 haría referencia a «las empresas que formen parte de un CPE...», en un estadio preliminar podría concebirse jurídicamente un CPE integrado

---

<sup>1239</sup> 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 (BOE núm. 77, de 30 de marzo del 2019).

<sup>1240</sup> Artículo 4.1 RD-Ley 8/2017, no modificado por el RD-Ley 9/2019.

tanto por personas naturales como jurídicas<sup>1241</sup>, o *inclusive* uniones y entidades sin personalidad jurídica, máxime partiendo del amplio concepto de «empresa» defendido a nivel comunitario y que ha sido traído a colación *ut supra* con ocasión de la referencia a la Sentencia *Albany* (aunque en el ámbito del análisis del concepto de «acuerdo entre empresas»).

Nótese, a este respecto, que el artículo 4 del RD-Ley 8/2017 posibilitaba la constitución de CPE por personas naturales o jurídicas y UTEs sin personalidad jurídica, sin aludir a la exigencia de titularidad de licencia de prestación de servicios de manipulación de mercancías, términos que fueron incorporados en la redacción del artículo 18 de la LETT dada por el RD-Ley 9/2019. El carácter omnicompreensivo del RD-Ley, en comparación con la regulación extinta sobre las SAGEP, perseguía a nuestro juicio una *vis atractiva* en favor de unión del máximo número de entidades o personalidades (léase empresas mercantiles anteriormente socias de las SAGEP, sindicatos de estiba, u otros) para poder impartir formación y ofrecer interposición y colocación. Sin embargo, la exigencia de la titularidad de la licencia y la autorización administrativa recogida en el RD-Ley 9/2019 parecería circunscribir la legitimación para constituir un CPE a empresas licenciatarias de servicios portuarios. Ello excluiría, en el plano teórico, la posibilidad de incluir a UTEs o entidades sin personalidad jurídica, pero no a los sindicatos, susceptibles de ser considerados «empresa» a la luz de la perspectiva del Derecho de la Competencia y de la Unión Europea. Además, el párrafo 2º del artículo 18 LETT aludiría tanto al requisito de la licencia como al de la obtención de autorización administrativa previa, este segundo, según el artículo 2 de la LETT, otorgable tanto a personas físicas como jurídicas, por lo que la posible incongruencia existente entre el RDL 9/2019 (en la redacción dada al artículo 18.2 LETT) y el artículo 2 de la LETT, consistente en que una *lex posterior* restringe a las empresas portuarias la legitimación para constituir un CPE, exigiendo como requisito constitutivo tener la condición de «empresa», impediría que un sindicato operara en un puerto como intermediario de empleo con el nomenclátor CPE, pero no con la terminación «empresa de trabajo temporal» o «ETT».

Aunque en una apriorística lectura de la situación la delimitación del ámbito objetivo no se revelaría de sustancial relevancia en la creación de la *sui generis* figura de los CPE, pues se limitaría a circunscribir su objeto a la contratación de estibadores y su cesión temporal portuaria, sustituyendo la denominación de «ETT» por la de «CPE» (sin obligar a las ETT preexistentes a convertirse en CPE, aplicándoseles los aspectos relativos al mínimo de trabajadores de estructura y a la garantía financiera calculada sobre la masa salarial de los estibadores empleados en el año anterior), lo cierto es que su propia posibilidad de creación como realidad específica y separada de la ETT ordinaria sería lo realmente significativo y elocuente, entendemos, de la finalidad del legislador español: lograr un equilibrio de intereses consistente, por un lado, en cumplir formalmente una resolución judicial emanada del TJUE<sup>1242</sup> y, por otro lado, preparar el camino para que fuera la negociación colectiva la que

---

<sup>1241</sup> Véase, sobre la irrelevancia de la forma jurídica de sus integrantes, OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario... Op. Cit.* Pág. 209.

<sup>1242</sup> La insuficiencia del cumplimiento formal del fallo del TJUE limitado a la mera declaración de liberalización del servicio sin materialización práctica de esta ha sido objeto de crítica por la doctrina administrativista. MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C. en «La estiba y desestiba portuaria. Un estudio desde el Derecho Administrativo», *Tesis doctoral dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado*, Universitat de València, 2016. Pág. 519,

acabara perpetuando el cierre del mercado que antes se producía a través de las SAGEP; pretensión confirmada, como se verá más adelante, a través de la propia evolución de la regulación de los CPE sufrida desde el RD-Ley 8/2017, norma de partida que posibilitó su creación para facilitar la adaptación al nuevo régimen y que, tras las reformulaciones dadas por el RD-Ley 9/2019 y Ley 4/2022 al artículo 18 de la LETT, pasó a restituir a nuestro juicio las bases para reincidir en un modelo de funcionamiento que ya fue sancionado por la Unión Europea. Como se apuntaba anteriormente, para liberalizar el mercado no era necesaria la creación de una ETT específica o «ad hoc» para el sector de la estiba, pues el cumplimiento de las premisas establecidas por el TJUE en su Sentencia de 2014 podría haberse satisfecho a través del modelo tradicional de ETT existente en nuestro ordenamiento jurídico.

## b) Los mecanismos subrogatorios: previsiones legales y convencionales

En lo que respecta al instituto de la subrogación, la principal novedad del RD-Ley 9/2019 fue sin duda el reconocimiento de la posibilidad de pactar medidas de subrogación necesarias por la vía convencional para el mantenimiento del empleo de los trabajadores que, a fecha de entrada en vigor del RD-ley 8/2017, estuvieran prestando servicios portuarios de manipulación de mercancías y siguieran prestándolos a la entrada en vigor del RD-ley 9/2019<sup>1243</sup>, si bien delimitando el ejercicio de esta facultad a la duración del periodo transitorio establecido en el RD-ley 8/2017, esto es, tres años, plazo que expiraba el 14 de mayo de 2020. Las medidas de subrogación se activarían cuando las empresas estibadoras optasen por dejar de ser socias de la SAGEP (*ex* Disposición Transitoria 1ª del RD-ley 8/2017) y se produjera el decrecimiento de la actividad de esta última, o bien cuando los socios de la SAGEP optasen por disolver la misma. El mandato legal exigía que, cualquier mecanismo subrogatorio que se acordara en el ámbito de la negociación colectiva, fuera «transparente, objetivo y equitativo, de acuerdo con los principios y garantías que informan el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores». Al propio tiempo, en el supuesto de que la SAGEP optara por transformarse en un CPE *ex* Disposición Transitoria 1ª del RD-ley 8/2017, el nuevo CPE también debería subrogarse en la posición de empleador una vez consumada la sucesión de la actividad relativa al empleo de los trabajadores de la estiba portuaria, respetando las garantías del artículo 44 ET.

Ciertamente, de acuerdo con la previsión legal, ninguno de los escenarios contemplados era susceptible de activar el instituto de la subrogación (separación / disolución / transformación en CPE) en los términos en los que está regulado en el artículo 44 ET ni siquiera cuando entra en juego la figura de la subrogación de plantillas a tenor de la jurisprudencia comunitaria<sup>1244</sup>.

---

considera fallida la transposición de las reglas comunitarias en las normas dictadas en cumplimiento de la Sentencia del TJUE, considerando que las restricciones a la libertad de establecimiento de nuevos operadores constituyen un obstáculo que iría más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, encubriendo un «proteccionismo del Estado» en «detrimento de la libertad de establecimiento», circunstancia contraria a las reglas del libre mercado preconizadas desde la UE.

<sup>1243</sup> Artículo 4 del RD-ley 9/2019.

<sup>1244</sup> Sobre la sucesión de plantillas y su evolución jurisprudencial, véase OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario...* Op. Cit. Pág. 212 y ss., con la doctrina citada en la obra.

Recuérdese que la concepción patrimonialista de la subrogación se mantuvo durante setenta años tras nacer en los años treinta<sup>1245</sup>, vinculada a los orígenes industriales del Derecho del Trabajo y a los cambios en el capital de las empresas que produjeran sucesiones contractuales (no *mortis causa*), hasta que en los años noventa se amplió para acoger la realidad de las adjudicaciones de concesiones públicas, adjudicaciones judiciales o contratos indirectos, trasladándose el foco o núcleo de la figura jurídica a valores inmateriales como eran la organización y cualificación del personal. Sin duda, a partir del año 2000, con ocasión del aumento de la descentralización productiva, la videovigilancia y la expansión de las nuevas tecnologías, quedó superada la redacción de la Directiva sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, en cuya virtud se consideraba traspaso el que se producía con una entidad económica que mantenía su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria<sup>1246</sup>.

El referente de esta nueva concepción de traspaso es la STJUE de 24 de enero de 2002 (asunto C-51/00), caso *Temco*, sobre un cambio de contratistas de limpieza en las instalaciones de Volkswagen de Bruselas, en el que no se cedía material, y el Tribunal consideró que si el personal constituía una entidad suficientemente organizada para cumplir con su objetivo, existía un traspaso de entidad económica en el sentido de la Directiva, no siendo relevante que la obligatoriedad proviniera de un convenio colectivo<sup>1247</sup>.

La nueva concepción espiritualista de la Directiva 2001 y su traslación jurisprudencial se produjo con ocasión de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001), tras la cual la doctrina quedó dividida entre el sector mayoritario, que

---

<sup>1245</sup> La institución de la subrogación de contratos nació durante la Segunda República, en el artículo 90 de la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, sucedido por el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 («No terminará el contrato de trabajo por cesión, traspaso o venta de la industria, a menos que en aquel contrato se hubiera pactado expresamente lo contrario, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior»).

<sup>1246</sup> Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, que fue modificada a través de la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, cuyo contenido quedó posteriormente refundido en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. En este sentido, la Directiva 1998 introdujo una letra b) en su artículo 1 en cuya virtud «(...) se considerará traspaso a efectos de la presente Directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria».

<sup>1247</sup> En términos de la resolución, en su FJ 27º: «[...] carece de incidencia sobre el hecho de que la transmisión se refiere a una entidad económica [...], sino si la entidad mantenía su identidad (FJ 23º). Véase, sobre la doctrina espiritualista de la sucesión de plantillas, MOLINA NAVARRETE, C. «El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria, *Wolters Kluwer*, Madrid, 2017. Pág. 320 y DESDENTADO BONETE, A. «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (2002). Págs. 241-266.

concebía dicha reforma como una mera «aclaración o complemento» de una línea hermenéutica ya emprendida por la Sala 4ª del Tribunal Supremo<sup>1248</sup> y otro sector que la calificó como un gran cambio en la materia, en el bien entendido que la doctrina patrimonialista que había aplicado la Sala 4ª del Tribunal Supremo hasta entonces ya estaba incurriendo en contradicción con la del TJUE en el tratamiento de la sucesión de contratas, desobedeciendo su jurisprudencia<sup>1249</sup>.

Sin duda, fue a partir de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016<sup>1250</sup>, dictada en materia de sucesión de contratas de seguridad en el que únicamente se transmitía personal de vigilancia, que se produjo un importante cambio jurisprudencial, al entender el Tribunal Supremo que se estaba ante una transmisión de un «servicio» y no de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (ni entidad económica con identidad propia), descartando la aplicación de la Directiva y del artículo 44 ET por basarse, dicha subrogación, en lo previsto por el convenio colectivo de aplicación, sometiendo al mismo el alcance de las responsabilidades entre la empresa cesante y entrante. Sin embargo, dos años después, el TJUE dictó la Sentencia de 11 de julio de 2018 (Asunto C-60/17), caso *Samoza Hermo*, de origen español, que pasó a relativizar los efectos de los convenios colectivos en las contratas, entendiendo plenamente aplicable la Directiva 2001/23. En dicha resolución, el TJUE también reconoció que un conjunto de trabajadores podía constituir una entidad económica si había ejercido su actividad de forma duradera, en los términos de la Sentencia *Temco*. Ello condujo a que el Tribunal Supremo revisara su doctrina en la Sentencia de 27 de septiembre de 2018<sup>1251</sup>, considerando aplicable al caso el artículo 44 ET; sin perjuicio de que el alcance de la responsabilidad de las contratistas fuera una cuestión cuya potestad de regulación correspondía a los Estados miembros

La generalidad de los términos en los que se planteó la «transformación» de una SAGEP en CPE, pues, dificultaba la debida subsunción o encaje del fenómeno en el ámbito de la sucesión empresarial. De una apriorística lectura cabría pensar en un mero cambio de denominación y

---

<sup>1248</sup> DESDENTADO BONETE, A. *La sucesión de empresa... Op. Cit.* Pág. 242; GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. «La transmisión de empresas en la Ley 12/2001. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia» [Coord. García Perrote, I.], en *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2022. La Ley 12/2001 y el ANC 2002, Lex Nova*, Valladolid, 2002; MARTÍNEZ GARRIDO, L.R. «La reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», V Jornada de Actualización Laboral, 2001; VALDÉS DAL-RÉ, F.; «La transmisión de empresa y las relaciones laborales», *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2001; DEL REY GUANTER, S. «El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del art. 44 del TRET», *Temas Laborales N° 61*, 2001. Págs. 329-346; MOLINA NAVARRETE, C. «El último capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2001. Págs. 221-22.

<sup>1249</sup> CALVO MORALES, D. «La subrogación de trabajadores de contratas vía convenio colectivo. Marco jurídico tras la sentencia Temco», *Revista Española de Derecho del Trabajo N° 198*, 2017. Pág. 135 y ss. Sobre los distintos escenarios en los que puede ser de aplicación la garantía subrogatoria, véase PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. «Derecho del Trabajo», 26ª Ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018. Págs. 656-659.

<sup>1250</sup> Rec. Núm. 2269/2014.

<sup>1251</sup> Rec. Núm. 2747/2016.

estatutos, con identidad de contratantes (desde un prisma material) pero con cambio de personalidad jurídica. Según Ojeda Avilés, también podría concebirse como una novación o sucesión de empresa derivada del cambio de régimen jurídico aplicable (al someterse, el CPE, a la LETT). A criterio del autor, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, podría ayudar a arrojar luz, en la medida en que en su artículo 3 establecería que, en virtud del fenómeno de la «transformación», una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica, detallándose distintos supuestos de transformación en el precepto siguiente; si bien reconociendo el propio autor que ni la SAGEP (obligatoria y de participación reglada) ni el CPE, en su condición de ETI sujeta a la legislación específica en la materia, se incluirían en el tipo de entidades sometidas a la Ley 3/2009, a pesar de cumplir con la condición de «sociedades» fijada en el artículo 2 de dicha norma. La subsistencia de las obligaciones de los socios en caso de transformación de la sociedad y la imposibilidad de modificar la participación social de los socios salvo que lo autorizaran todos los que permanecieran en la misma (artículos 11 y 12 de la Ley 3/2009)<sup>1252</sup> serían las dos circunstancias mercantiles relevantes en el ámbito de las transformaciones societarias a las que, por motivos obvios, no se añadirían las excepciones introducidas por la normativa laboral para las cesiones de empresas. Así pues, según la norma mercantil, las transformaciones de sociedades mercantiles conllevarían la subrogación a la nueva de las deudas de la anterior, en la proporción de la participación que cada socio tuviera en la anterior empresa<sup>1253</sup>, si bien ello no parecería desprenderse del fenómeno de la transformación reglado en esta ocasión por la norma laboral.

En definitiva, el RD-Ley 9/2019 utilizaría el término de la «transformación» en un sentido impropio más que jurídico, toda vez que a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril, la transformación de una sociedad mercantil se produciría cuando una sociedad adoptara un tipo social distinto al preexistente, conservando su personalidad jurídica<sup>1254</sup>. La conversión de una SAGEP en CPE no supondría cambio alguno en el tipo social, al regirse los CPE por el criterio de libertad de forma social en virtud del artículo 2 de la LETT<sup>1255</sup>. En la práctica, los CPE del mercado mantendrían la forma de sociedad anónima que ostentaban las anteriores SAGEP<sup>1256</sup>.

Por otro lado, en el proceso de transformación tampoco podría ser directamente trasladable la garantía de las condiciones de trabajo establecida en el artículo 44.4 ET, por la dificultad de seguir aplicando unas condiciones de trabajo a los trabajadores de una entidad que se registraría, a tenor de su naturaleza jurídica, por la LETT, una vez desaparecida la relación especial de los

---

<sup>1252</sup> El artículo 2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril (BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009) circunscribe el ámbito subjetivo de aplicación a sociedades «que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución».

<sup>1253</sup> OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario...* Op. Cit. Pág. 218 y ss.

<sup>1254</sup> Cf. Artículo 3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril.

<sup>1255</sup> Cf. Artículo 2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994).

<sup>1256</sup> COSTAS COMESANA, J. «Los centros portuarios de empleo: una entidad mutualista», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, Nº 40, 2022. Pág. 220. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.40.24346

estibadores portuarios (*ex* Disposición derogatoria única del RD-Ley 8/2017), con regulación convencional propia, específica y autónoma, una vez puestos a disposición de las empresas estibadoras. Considero que, a pesar de que el RD-Ley 8/2017 determinó que las obligaciones de los accionistas de la SAGEP se mantendrían hasta su conversión en ETT tras el transcurso del periodo transitorio o de su extinción<sup>1257</sup>, la demora en aprobarse el RD-ley 9/2019 (esto es, el desarrollo del tránsito de las SAGEP hacia los CPE) y las dificultades de cumplir el plazo concedido para el acomodo de la normativa convencional al nuevo régimen, abocaron a una situación de vacío regulador en el que convivieron, proyectadas sobre la misma realidad, dos regímenes muy distintos, siendo el de la estiba y anteriores SAGEP esencialmente desarrollado por los Acuerdos Marco (en ese momento, IV Acuerdo Marco -que tras la reforma quedó gravemente afectado por vicios de nulidad, como se verá más adelante- y VI Convenio Colectivo Estatal de empresas de trabajo temporal<sup>1258</sup>). Como botón de muestra, citar la cobertura de los tiempos de paro o inactividad de los estibadores portuarios, especialidad del sector que no se trasladaría en la puesta a disposición de las ETT a empresas usuarias, en la que el régimen retributivo de los trabajadores puestos a disposición debería garantizar las retribuciones de los empleados de las empresas usuarias (regla de la paridad de condiciones esenciales a la que aludía Cruz Villalón<sup>1259</sup> *ut supra*), pero nada mencionaría sobre los periodos de inactividad, asumiéndose que en éstos no se mantendría activa la relación laboral.

En lo que respecta al ejercicio del derecho de separación durante el periodo transitorio, o bien de disolución de la SAGEP, lo cierto es que la facultad legal tendría más impacto en el plano teórico que en la práctica, toda vez que pocas SAGEP se disolvieron y pocas empresas ejercieron dicho derecho<sup>1260</sup>. La separación individual de uno de los socios descartaría la figura de la transformación de la forma jurídica de la sociedad, siendo la eventual obligación subrogatoria fruto de la aplicación de la institución de la sucesión de plantillas, de concurrir las condiciones jurisprudenciales exigidas.

En el plano legal, se partía de un RD-ley (8/2017) que no mencionaba la sucesión de plantillas, limitándose a regular el tránsito de las SAGEP durante el periodo de adaptación de tres años (DT 1ª) y, únicamente en su Anexo (al que se niega eficacia jurídica, derogado por el RD-ley 9/2019), pese a reconocerse que para cumplir la Sentencia del TJUE era suficiente con la supresión de la obligatoriedad de pertenencia a las SAGEP y prioridad de contratación, en su apartado A («continuidad del empleo») estableció la necesidad de cumplir las garantías de

---

<sup>1257</sup> Disposición transitoria 1ª, párrafo 4º, del RD-ley 8/2017.

<sup>1258</sup> BOE núm. 313, de 2 de diciembre de 2018.

<sup>1259</sup> *Vid.* 1155.

<sup>1260</sup> Durante los años 2018-2019, se disolvieron las SAGEP de los puertos de A Coruña, Ferrol, Marín y Ría de Pontevedra, Vilagarcía y Cartagena. En el año 2020, se transformaron las restantes SAGEP en CPE. A mediados del año 2022, existirían 32 CPE en España, representantes del 89% de las SAGEP concurrentes antes de dictarse la STJUE de 2014 (COSTAS COMESAÑA, J. *Los centros portuarios de empleo: una entidad mutualista...* *Op. Cit.* Pág. 220.)



mantenimiento del empleo del artículo 44 ET en el periodo transitorio, apoyándose de forma complementaria en la negociación colectiva<sup>1261</sup>.

Consciente el mediador y autor del Anexo de que en el ámbito de la estiba no concurrían las notas o presupuestos básicos de una sucesión empresarial *ex* artículo 44 ET, incorporó el argumento de la reordenación del sector como causa organizativa a los efectos de la aplicación del ET, entendiéndolo que las garantías del 44 ET se podrían «adaptar en función de la necesidad de adoptar medidas laborales en relación con los trabajadores»<sup>1262</sup>, derivando la ordenación de las medidas a la negociación colectiva. Ahora bien, no puede obviarse que el artículo 44 no sólo habilita al mantenimiento de la aplicación de las condiciones laborales de origen, sino que también permite al nuevo empleador modificar sustancialmente las condiciones o efectuar traslados previa apertura de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. La posibilidad de llevar a cabo reestructuraciones, en principio, quedaba limitada al proceso de transición, con el respaldo financiero de la Administración *ex* Disposición transitoria 1ª del RD-ley 8/2017. Como se analizará más adelante, esta facultad -en términos estructurales y no transitorios- quedaría claramente mermada en la última versión de la redacción del artículo 18 LETT (sobre la regulación de los CPE) y en el V Acuerdo Marco, de reciente publicación; sin que corresponda en este estadio de la investigación, por motivos de sistematización jurídica, anticipar las particularidades de esta específica y compleja cuestión.

En este contexto, claramente condicionado por la pirámide negociada existente en el sector de la estiba, marcado por la figura del Acuerdo Marco y las facultades de la Comisión Paritaria Sectorial en su cúspide, comisión que debía intervenir en los procesos de subrogación obligatoria derivados de la aplicación de la D. Ad. 7ª del IV Acuerdo<sup>1263</sup>, las empresas abogaron por adoptar decisiones *soft* que no les abocaran a la paralización de la actividad en los puertos, transformando las SAGEP en CPE<sup>1264</sup>.

De la comparativa entre los procesos de transformación en CPE que se produjeron en los puertos del Estado (a nivel local) y los términos en que se acordó la Disposición adicional 7ª del IV Acuerdo por los agentes sociales (a nivel sectorial), se observa una cierta disociación,

---

<sup>1261</sup> OJEDA AVILÉS, A. en *La reconversión del sector portuario...* Op. Cit. Pág. 223, acogiendo los términos del Anexo, califica la mención del Anexo a este respecto como un «principio de subrogación empresarial», que debía concretarse a través de la negociación colectiva.

<sup>1262</sup> Apartado A.3 de la Propuesta de mediación del Anexo I del RD-Ley 8/2017.

<sup>1263</sup> Entre las competencias y funciones de la CPSE, de conformidad con la modificación parcial del artículo 19 del IV Acuerdo Marco aprobada por Resolución de 7 de marzo de 2018 de la Dirección General de Trabajo (BOE núm. 63, de 13 de marzo de 2018), se encontraban: «(...)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 (...)».

<sup>1264</sup> De las 34 SAGEP de los puertos del Estado, 12 habían suscrito pactos de conversión en CPE a mediados del año 2019 y tres gallegas se habían disuelto. Véase OJEDA AVILÉS, A. *La reconversión del sector portuario...* Op. Cit. Pág. 225.

pues mientras esta segunda se focalizó en la decisión empresarial de separarse de la SAGEP o de disolver la misma, así como su obligación de subrogarse a la plantilla de ésta en proporción a su participación accionarial en el capital de la SAGEP, los acuerdos locales de conversión abogaban por una opción más «soft» de transformación unitaria de las SAGEP en CPE, alcanzando acuerdos centrados en la posibilidad de que las empresas portuarias incorporaran en su plantilla la mano de obra que habían necesitado hasta ese momento de la respectiva SAGEP<sup>1265</sup>.

En cualquier caso, en el ámbito de la subrogación, el RD-ley 9/2019 positivizó la posibilidad de establecer, vía convencional, subrogaciones obligatorias de parte del personal de las SAGEP para aquellos casos en los que las empresas ejercieran el derecho de separación, disolución o se transformaran en CPE, si bien sólo durante el periodo transitorio que finalizaba el 14 de mayo de 2020<sup>1266</sup>. En primer lugar, se reconocía la «posibilidad de establecer (...) las medidas de subrogación necesarias para el mantenimiento del empleo», y posteriormente se descendía sobre el particular caso del ejercicio del derecho de opción (separación), consignándose en el apartado 2º del artículo 4 del RD-ley 9/2019 que «(...) procederá la aplicación del mecanismo subrogatorio cuando así se acuerde conforme a lo dispuesto en el apartado [léase, vía convencional] (...)» y que «(...) igual facultad negociadora dispondrán las citadas organizaciones cuando los socios de la SAGEP opten por su disolución (...)»; siempre que el mecanismo subrogatorio acordado fuera transparente, objetivo y equitativo, de conformidad con los principios y garantías que informan el artículo 44 ET. El impacto de la subrogación en las transformaciones de las SAGEP en CPE se resolvía en el apartado 3 del mismo precepto, en cuyo seno se indicaba que el nuevo centro portuario de empleo se subrogaría en la posición del empleador de los trabajadores de las SAGEP una vez consumada la sucesión de la actividad relativa al empleo de trabajadores de la estiba para su puesta a disposición, respetando, en todo caso, lo establecido en el artículo 44 del ET.

En este contexto, coetáneo a la tramitación del expediente sancionador instruido por la CNMC, en las observaciones realizadas por la Comisión Europea ante el TJUE a propósito de la cuestión prejudicial planteada por el organismo de la competencia, se consideró que la normativa interna no imponía ni exigía a los agentes sociales la firma de convenios en los que se previera la subrogación obligatoria, sino que únicamente contemplaba la mera posibilidad de fijarlos<sup>1267</sup>, motivo por el cual, en función de la actuación de los negociadores, la CNMC podía considerar que el comportamiento de los agentes sociales era susceptible de sancionarse al amparo del artículo 101 TFUE, máxime cuando la norma no sólo no eliminaba su capacidad negociadora, sino que la potenciaba; interpretando que dicha previsión en sentido posibilista no predeterminaba, tampoco, el modo, tipo o concreto procedimiento de subrogación a aplicar.

---

<sup>1265</sup> OJEDA AVILÉS, A. *La reconversión del sector portuario...* Op. Cit. Págs. 225-226.

<sup>1266</sup> Cf. Artículo 4 del RD-ley 9/2019.

<sup>1267</sup> Párrafo 76 de las observaciones de la Comisión Europea, citadas en el Fundamento de Derecho 3º, apartado 2º (Antijuridicidad de la conducta) de la Resolución Expte. S/DC/0619/17, Acuerdo Marco de la Estiba.

Al respecto de la visión de la Comisión, se podría discrepar respecto de la claridad del alcance «posibilista» de la previsión legal una vez aprobado el RD-ley 9/2019, toda vez que, del tenor de la norma, la posibilidad recogida en el apartado 1º del artículo 4 parecería ir más vinculada a «medidas de subrogación» en términos globales o genéricos, que al propio instituto jurídico en sí mismo, en los términos que la jurisprudencia lo había interpretado -en concreto, en su vertiente de sucesión de plantillas. Es decir, los apartados 2º y 3º siguientes, eran diáfanos al establecer que debía aplicarse el mecanismo subrogatorio, si bien, al remitir la concreción de su alcance a los términos convenidos convencionalmente, se estaba facultando a pactar subrogaciones forzosas en unos términos que fueran más allá del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al cual, ambos apartados (2 y 3) del artículo 4, reconocían debían atenderse los negociadores a la hora de convenir los mecanismos subrogatorios en cuestión<sup>1268</sup>.

Considero que, a la luz de dicha facultad legalmente reconocida, no puede convertirse el cauce convencional en la vía para desvirtuar la concepción sobre la sucesión empresarial y, más en concreto, de la sucesión de plantillas de la que, como se ha visto, ya no podría ser ajena la Sala 4ª del Tribunal Supremo una vez integrada la doctrina del TJUE en la materia; pretendiéndose reactivar, a propósito de lo anterior, la sucesión convencional como una realidad paralela a la sucesión de empresas, obviando que el mandato legal obliga a respetar la esencia del artículo 44 ET en los mecanismos acordados convencionalmente, máxime en un sector como este, que residencia en la mano de obra el núcleo de su actividad, debiéndose cumplir todos los requisitos, condiciones y exigencias propias de la sucesión de plantillas para que pueda activarse la obligación de subrogación *ex* artículo 44 ET<sup>1269</sup>. Analizaremos, en el último epígrafe del presente, si las garantías propias del artículo 44 ET se han respetado en la aprobación del V Acuerdo Marco.

### 5.3. La nulidad del IV Acuerdo Marco decretada por la SAN núm. 127/2021 y su impacto sobre las premisas de la negociación colectiva en el sector

El plazo de adaptación de la normativa convencional a lo dispuesto en el RD-ley 8/2017, de 12 de mayo y al artículo 49 del TFUE expiró el 31 de diciembre de 2019<sup>1270</sup>, y la mesa negociadora del V Acuerdo Marco no había podido más que alcanzar un principio de V

---

<sup>1268</sup> En relación con la separación o 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» y, en relación con la transformación de las SAGEP en CPE, «(...) respetando en todo caso lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores».

<sup>1269</sup> OJEDA AVILÉS, A. en Crítica de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 18 de septiembre de 2020... *Op. Cit.* Pág.179, considera que existen similitudes entre la subrogación forzosa pactada en el IV Acuerdo Marco y el instituto de la sucesión de plantillas.

<sup>1270</sup> El RD-ley 9/2019 derogó la Disposición final cuadragesima tercera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que había modificado el plazo de adaptación de la norma convencional (inicialmente, la DA 1ª del RD-ley 8/2017 fijó el plazo de un año, que fue ampliado por seis meses vía Ley 6/2018, de PGE 2018), introduciendo un nuevo plazo de nueve meses, a partir de su entrada en vigor (31 de marzo de 2019) que finalizó el pasado 31 de diciembre de 2019.

Acuerdo Marco cuyo registro y publicación<sup>1271</sup> no se había producido, quedando sujeto a la previa superación de distintas observaciones que se advirtieron sobre sus borradores por la CNMC<sup>1272</sup>, como se verá más adelante.

Así las cosas, una vez expirado el plazo de adaptación, en fecha 28 de febrero de 2020, la Asociación Estatal de empresas operadores portuarias ASOPORT<sup>1273</sup>, cuyo objeto es representar, gestionar, fomentar y defender, en el marco de la libre competencia y de la economía de mercado, los intereses de las personas físicas o jurídicas operadoras en los puertos que ejercen la actividad de servicio portuario de manipulación de mercancías en alguno o varios de los puertos sitios en el territorio del Estado español, interpuso una demanda en materia de impugnación de convenio colectivo contra el IV Acuerdo Marco del sector de la estiba portuaria ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que incoó el procedimiento 73/2020 en el que, si bien inicialmente se señaló fecha para la celebración de la vista oral el 27 de mayo de 2021, tras sucesivas suspensiones, no se acabó celebrando hasta el 18 de febrero de 202<sup>1274</sup>. La Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional<sup>1275</sup>, que se encuentra pendiente de resolución de recurso de casación planteado ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>1276</sup>, declaró la nulidad de pleno derecho tanto de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco que motivó el expediente sancionador instruido por la CNMC, como los artículos siguientes de dicho texto convencional: artículo 6 (apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13), 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) y artículo 19 (apartado 1.e).

---

<sup>1271</sup> El registro y publicación del V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria se produjo a través de Resolución de 4 de mayo de 2022 (BOE núm. 118, de 18 de mayo).

<sup>1272</sup> En sus informes de 8 de mayo (INF/CNMC/035/20), 28 de julio (INF/CNMC/059/20) y 10 de noviembre de 2020 (INF/CNMC/094/20), a petición del Ministerio de Trabajo y Economía Social<sup>1272</sup> *ex* Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia, de 25 de enero de 2010 (BOE núm. 50, de 26 de febrero de 2010).

<sup>1273</sup> Según datos actualizados a fecha 28.09.2022, los miembros son 47 licencias de servicio portuario de estiba para la manipulación de mercancías (*ex* artículo 130 del TRLPEMM), comprendidas en 15 grupos empresariales, de un total de 187 en el sistema portuario español, representando, ASOPORT, más del 25% del sector, estando presente en 22 de las 28 Autoridades Portuarias del sistema portuario español. Las 47 licencias de la Asociación realizaron en 2017 (último año con datos disponibles a nivel nacional) un total de 191.819 jornales. La participación de ASOPORT en cada puerto, a través de sus asociados, es la siguiente: 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%.

<sup>1274</sup> Antecedente de hecho 2º de la SAN núm. 127/2021, de 19 de julio de 2021.

<sup>1275</sup> SAN núm. 127/2021, de 19 de julio de 2021, registrada y publicada por Resolución de 7 de julio de 2021 en el BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021. Para un resumen crítico de la resolución judicial, véase GOERLICH PESET, J. M. «Más entropía en la regulación convencional de la estiba. A propósito de la SAN 127/2021, de 31 de mayo», *El Foro de Labos*, 17 de junio de 2021.

<sup>1276</sup> La Sentencia se encuentra recurrida por ANESCO ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pendiente de resolución a fecha actual, si bien la posterior entrada en vigor del V Acuerdo Marco (Resolución de 4 de mayo de 2022 de la DGT) podría provocar la finalización del procedimiento por pérdida sobrevinida de su objeto.

En relación con el Capítulo II («Estructura de personal en el ámbito de las OEE, niveles de empleo e ingresos en plantilla»), el artículo 6 del IV Acuerdo Marco, bajo la rúbrica de «Niveles de ocupación e ingresos en plantillas», regulaba el nivel óptimo de empleo y nivel de ocupación (apartado 1), el procedimiento de ingresos de personal (apartado 2), las condiciones de los nuevos ingresos (apartado 3), las resoluciones de los ingresos (apartado 5), la movilidad funcional de los trabajadores del grupo 0 (apartado 6), la suspensión de los contratos (apartado 9), los criterios y medidas para la adecuación de la plantilla (apartado 11), los traslados de personal entre las OEE y las empresas (apartado 12) y los criterios y medidas para la adecuación temporal de la plantilla a la carga de trabajo (apartado 13). Los apartados indicados del artículo 6 del IV Acuerdo fueron considerados contrarios al RD-ley 9/2019, RD-ley 8/2017, al artículo 49 del TFUE y a la Sentencia de 11 de diciembre de 2014, por limitar la contratación de las empresas estibadoras o de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) vía imposición de condiciones o requisitos ajenos a la entidad formalmente empleadora, así como las facultades de nombramiento del personal o la posibilidad de traslado de un puerto, en un contexto en el que los RD-ley aprobados tras dictarse la Sentencia del TJUE reconocían expresamente 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<sup>1277</sup>.

A este respecto, la Audiencia Nacional fue clara al considerar que las referencias incluidas en los RD-ley 9/2019 y RD-ley 8/2017 sobre atribución de la facultad de organización y dirección al empresario no eran referencias meramente genéricas al artículo 20 ET, sino que suponían una expresa imposición para derogar todas las limitaciones de la facultad de dirección contenidas en la norma convencional, al conducir éstas a restricciones en la contratación e imponer limitaciones de establecimiento, dificultando el acceso de nuevas empresas en el sector, en los términos advertidos por el TJUE en su Sentencia de 11 de diciembre de 2014. Asimismo, el apartado tercero del artículo 6, al restringir la contratación de personal estibador a través de la OEE (SAGEP), impedía la contratación de personal de forma libre y directa por parte de las empresas estibadoras titulares de la licencia o bien a través de Empresas de Trabajo Temporal.

Por otro lado, especial mención merecen los apartados séptimo y noveno, al imponer requisitos de capacitación que iban más allá de los recogidos en el artículo 3 del RD-ley 8/2017<sup>1278</sup>, en el que únicamente se requería la obtención del certificado de profesionalidad establecido en el Anexo VIII del RD 988/2013<sup>1279</sup>, estableciéndose restricciones al acceso al empleo no derivadas de requerimientos legales profesionales, con claro paralelismo con el

---

<sup>1277</sup> Cf. Artículo 2 del RD-Ley 8/2017 y artículo 3 del RD-Ley 9/2019; respectivamente.

<sup>1278</sup> Se exigía la realización de «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 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». (Art. 6.7.1 IV Acuerdo). Por otro lado, se hacía referencia a la vigencia de la «condición formativa teórico-práctica» como obstáculo a la suspensión del contrato de relación laboral especial.

<sup>1279</sup> BOE núm. 32, de 6 de febrero de 2014.

supuesto fáctico analizado por el TJUE en su Sentencia de 11 de febrero de 2021 (asuntos acumulados C-407/19 y 471/19, *Katoen Natie Bulk Terminals y General Services Antwerp*)<sup>1280</sup>. La preeminencia de la CPSE en la contratación del personal estibador, ejerciendo *de facto* como empresario directo del mismo, era claramente extrapolable al supuesto enjuiciado por el TJUE, en el sentido de que la comisión paritaria podía: (i) decidir sobre la contratación y antes de implementar cualquier medida de adecuación de la plantilla, en función de la actividad del puerto y su nivel de empleo (art. 6.11 y 6.13); (ii) autorizar el traslado de personal de un puerto a otro (art. 6.12); (iii) interpretar las condiciones de subrogación (art. 19.1.e) y (iv) emitir un 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 (D.A. 7ª, apartado 1º).

En definitiva, el artículo 6 del IV Acuerdo Marco determinaba el acceso a un sistema de gestión claramente monopolístico de la mano de obra portuaria, controlado por la SAGEP vía intervención de la CPSE, contrario al derecho de la competencia y sancionado por el TJUE en su Sentencia de 11 de diciembre de 2014.

El artículo 7 del IV Acuerdo Marco, sobre «Procedimiento de selección de personal», suponía la plasmación escrita de un control sindical de acceso al empleo. En su primer apartado, disponía que la selección y contratación de personal portuario se realizaría únicamente por la OEE (SAGEP) de cada puerto<sup>1281</sup>, centralizando la gestión del personal estibador y las decisiones acerca de su selección en la SAGEP de cada puerto. Evidencias inequívocas del control de acceso regulado en dicho precepto convencional eran las pruebas o exámenes de ingreso que debían establecerse de mutuo acuerdo entre la representación legal de los trabajadores y las empresas de cada puerto, cuya superación era imprescindible para la selección y contratación del trabajador por la SAGEP; no siendo suficiente la obtención de la habilitación profesional correspondiente por la autoridad competente. Una vez declarada la libertad de contratación *ex* artículos 3 RD-ley 9/2019 y 2 del RD-ley 8/2017, así como las facultades de organización y dirección de las empresas titulares de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías, la indicada regulación no únicamente contravenía las mentadas normas legales sino también el artículo 49 del TFUE, al restringir la libertad de establecimiento vía restricción del acceso de algunas empresas a la contratación, imponiendo exorbitantes requisitos de acceso que iban más allá de la habilitación legal exigida legalmente<sup>1282</sup>. Así pues, la libre competencia en el acceso a la profesión de estibador portuario, así como el acceso a la prestación de los servicios por parte de terceros operadores, quedaban gravemente restringidos, nuevamente, vía intervención de la CPSE, exigiéndose la aquiescencia

---

<sup>1280</sup> La SAN alude a los asuntos acumulados C-407/19 y 471/19 (*Katoen Natie Bulk Terminals y General Services Antwerp*), enjuiciados en la STJUE de 11 de febrero de 2021, en los cuales el Tribunal consideró que, en un supuesto en el que se otorgaba a una comisión administrativa constituida de manera paritaria por miembros designados por las organizaciones de empresarios y de trabajadores el reconocimiento de los trabajadores portuarios, así como la decisión, en función de la necesidad de mano de obra, de si debían éstos integrarse o no en un contingente de trabajadores portuarios, con agravios para los trabajadores no integrados en dicho contingente, se contravenían los artículos 45, 49 y 56 TFUE.

<sup>1281</sup> Con el fin de cumplir con los artículos 130.5 y 153 de la LPEMM, derogados por el RD-ley 8/2017.

<sup>1282</sup> Así los califica la SAN núm. 127/2021, de 19 de julio de 2021, en su FJ 9º, apartado 2.

de la representación social a estos efectos, con pleno menoscabo de la libertad de contratación de las empresas estibadoras.

En relación con el Capítulo III («Modos de adscripción a las tareas portuarias»), el artículo 8, bajo la rúbrica de «Sistemas de adscripción a las tareas portuarias. Suspensión de la Relación Laboral Especial», regulaba un sistema de adscripción que impedía a las empresas estibadoras designar al personal necesario (en los términos reconocidos por el artículo 3.2 RD-ley 9/2019), en la medida en que éste último asimilaba el sistema de adscripción al derivado de la puesta a disposición de personal de las ETT. La redacción dada a este precepto limitaba abiertamente la facultad de las empresas estibadoras de decidir libremente sobre el personal estibador necesario. El artículo 8, en relación con sus precedentes (6 y 7), suponía la culminación del sistema de control monopolístico de la mano de obra entre las empresas operadoras en el puerto, previo consentimiento de la representación legal de los trabajadores. Muestra elocuente de ello era que, el apartado segundo de dicho artículo, para adscribir a los trabajadores por un periodo superior a un turno, exigía el acuerdo entre las empresas estibadoras y la representación legal de los trabajadores. En definitiva, más allá de las obligadas exclusiones de referencias a una «relación laboral especial» derogada, la regulación de los modos de adscripción a las tareas portuarias mantenía un sistema de puesta a disposición del personal de los CPE a las empresas estibadoras distinto al de las ETT y contrario a los RD-ley 8/2017 y RD-ley 9/2019, así como un trato diferenciado para el personal con relación laboral de carácter especial no amparado por la legalidad vigente.

En el ámbito de las restricciones a la libertad de contratación, reconocida de forma expresa por el artículo 2.1 del RD-ley 8/2017, destaca el artículo 9 del IV Acuerdo Marco sobre el «procedimiento de incorporación de trabajadores en Relación Laboral Común», al obligar a las empresas estibadoras a comunicar la oferta de trabajo o contratación a la OEE (SAGEP) como requisito imprescindible para contratar a estibadores fijos en plantilla, abundando sobre el carácter monopolístico del sistema de gestión llevado a cabo por las SAGEP contrario a la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE, al tiempo de mantener una distinción entre relación laboral especial y relación laboral común ya extinta.

Descendiendo al Capítulo IV, sobre «Condiciones de trabajo: Llamamientos; jornada; descansos; tipos de jornadas; organización del trabajo; vacaciones anuales; estructura salarial y movilidad funcional y polivalencia» se advertía nuevamente, en el artículo 10 (apartados 1, 4, 5 y 6) la clara dependencia y sujeción a previa autorización de la OEE (SAGEP) en la decisión y organización del personal estibador, abundando sobre el monopolio de gestión de personal de la SAGEP y la contravención del artículo 49 TFUE y sistema regulado por los RD-ley 8/2017 y RD-ley 9/2019. En el ámbito de los llamamientos y nombramientos, eran constantes las referencias o expresiones de requerimiento o petición a la SAGEP [«(...) *las empresas estibadoras solicitarán (...) las empresas formularán la solicitud (...)*»], estableciéndose en el apartado 1.7 del artículo 10 la obligación de efectuar un llamamiento a la semana con presencia física de todos los trabajadores en las dependencias de la OEE. Por su lado, el apartado 5, establecía preferencias injustificadas en función del tipo de personal (con RLE o RLC), priorizando al segundo para el trabajo en el apartado 5.3, si bien asignando preferencia al primero (RLE) para la realización de jornadas de 12 horas o reenganche, no pudiendo asignarse a los trabajadores

con RLC hasta que todos los trabajadores disponibles con RLE hubieran doblado las jornadas. Por su lado, el apartado 5.4 se asignaba a la OEE el control del número de turnos de trabajo realizados por los trabajadores con RLE, a pesar de que en el 5.1 se reconociera formalmente a las empresas estibadoras «las facultades de organización y dirección del trabajo (...) planificación, organización, coordinación, control y seguimiento de las tareas portuarias». Asimismo, el apartado 6 del precepto, reservaba a la OEE la facultad de organizar las vacaciones del personal estibador con RLC, relegando a las empresas estibadoras la mera función de proponer las mismas, vaciando de contenido la facultad de dirección reconocida en términos generales en el precitado apartado del acuerdo.

En conclusión, los indicados apartados del artículo 10 fueron declarados nulos de pleno derecho por reservar a un proveedor único de mano de obra (SAGEP) el sistema de organización del trabajo y jornadas de los estibadores, mecanismo derogado por los RD-ley 8/2017 y 9/2019 y sancionado por la Sentencia del TJUE como contrario a la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE. Además, el mecanismo de puesta a disposición del personal estibador y los sistemas de rotación resultaban contrarios a la libertad de contratación reconocida por el RD-ley 9/2019, pues la designación del personal necesario, la facultad de organizar sus turnos, vacaciones y llamamientos, formarían parte del núcleo facultades de dirección y organización de las empresas estibadoras reconocidas por el art. 3.1 del RD-ley 9/2019 y art. 2 RD-ley 8/2017.

El IV Acuerdo Marco residenciaba la regulación de la «Clasificación profesional; formación profesional; prevención de riesgos laborales y promoción de la igualdad» en el Capítulo V y, en su artículo 12.2, regulaba los «Sistemas de Clasificación y promoción profesional», reservando a la OEE en exclusiva los mismos, por supuesta delegación de las empresas convenida con carácter general<sup>1283</sup>. La regulación sentada en dicho precepto desplazaba claramente las facultades de dirección y organización del trabajo de las empresas estibadoras a la OEE y les despojaba de su libertad de contratación, con plena contravención del artículo 3 del RD-ley 9/2019 y de la libertad de establecimiento reconocida por el artículo 49 del TFUE; abundando en la preeminencia de la figura de la OEE como único sujeto competente para regular estos aspectos.

En sede de régimen disciplinario (Capítulo VII), el artículo 18.1 también fue declarado nulo por la SAN<sup>1284</sup>, en lógica coherencia y correspondencia con los demás preceptos indicados *ut*

---

<sup>1283</sup> A tales efectos, el artículo 12.2.1 del IV Acuerdo Marco establecía que «(...) las 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».

<sup>1284</sup> En este apartado se reconocía el derecho a optar por la readmisión al trabajador sujeto a relación laboral de carácter especial en caso de despido declarado improcedente o nulo y preveía que, una vez extinguido el contrato de trabajo de relación laboral común, si el trabajador mantenía suspendida su relación laboral de carácter especial con la OEE, el trabajador podía optar por reingresar en la OEE, sin derecho a percibir la indemnización legal por extinción del contrato.



*supra* en los que se aludía a la relación laboral de carácter especial derogada expresamente por el RD-Ley 8/2017.

Por otro lado, el artículo 19 (Capítulo VIII) del acuerdo, dedicado a la Comisión Paritaria Sectorial de la Estiba (CPSE), cuyo contenido fue modificado parcialmente por Resolución de 7 de marzo de 2018 de la Dirección General de Trabajo<sup>1285</sup>, en su apartado 1.e) atribuyó como función y competencia la interpretación de las condiciones de subrogación estipuladas a través de la Disposición Adicional 7ª, resolución de discrepancias y, en su caso, mediación, surgidas en los procesos de subrogación y determinación de excedentes estructurales; al tiempo que la competencia de conocer, con carácter previo al acceso a la vía jurisdiccional, de cuantas discrepancias, controversias y reclamaciones pudieren suscitarse, individual o colectivamente, como consecuencia de la aplicación de los procesos regulados en la disposición adicional 7ª antedicha<sup>1286</sup>, en la que se establecía la obligación de las empresas socias de la SAGEP de subrogarse forzosamente a los trabajadores en caso de ejercer su derecho a la separación, previa intervención del CPSE y siguiendo determinados criterios de asignación de los trabajadores a subrogar, previendo la posibilidad de solicitar la ejecución de tal procedimiento de subrogación<sup>1287</sup>. En definitiva, la atribución de dichas competencias a la CPSE, obstaculizaban *de facto* el ejercicio al derecho de separación de la SAGEP reconocido a las empresas estibadoras *ex* RD-ley 9/2019, RD-ley 8/2017 y artículo 49 del TFUE, al tiempo que reforzaba sus facultades de dirección y organización de las plantillas de las empresas.

En la medida en que la disposición adicional 7ª del IV Acuerdo regulaba la intervención obligatoria de la CPSE en la aplicación de los procesos de separación y en los criterios de asignación de trabajadores a subrogar, ésta no únicamente condujo a que fuera sancionada por la CNMC desde la óptica de la libre competencia en los términos expuestos en el epígrafe que precede, sino que también se reputó nula por la Audiencia Nacional por contravenir el RD-ley 9/2019, el RD-ley 8/2017 e inconstitucional por ser contraria al principio de igualdad reconocido y garantizado por el artículo 14 de la Constitución Española, al introducir la subrogación laboral obligatoria aplicable únicamente a aquellas empresas que ejercieran el derecho a la separación de la SAGEP correspondiente.

Partimos de una norma, aprobada por RD-ley 9/2019, que concedía a los agentes sociales la posibilidad de acordar la subrogación obligatoria de parte del personal de la SAGEP de forma restringida durante el periodo transitorio de tres años que expiraba el 14 de mayo de 2020. Por otro lado, en la modificación de la LETT (en particular, su Capítulo V), enfocada en lograr una prestación de servicios de puesta a disposición en régimen de igualdad de condiciones (entre ETT y CPE), el legislador justificaba su singularidad sobre la base de dos elementos fundamentales: (i) la limitación del ámbito funcional o sectorial de los CPE, reducido a la actividad de la estiba portuaria, a diferencia del carácter multisectorial de las empresas usuarias

---

<sup>1285</sup> BOE núm. 63, de 13 de marzo de 2018.

<sup>1286</sup> *Vid.* 1229.

<sup>1287</sup> Resolución de 7 de julio de 2017 de la Dirección General de Empleo (BOE núm. 170, de 18 de julio de 2017).

de las ETT; (ii) el carácter eminentemente indefinido de los contratos de trabajo del personal perteneciente al CPE (anterior SAGEP), y la necesidad de transitar de forma ordenada desde una a otra figura<sup>1288</sup>.

Ahora bien, las especificidades del sector susceptibles de justificar una regulación que dotara a los trabajadores de la seguridad jurídica necesaria en un periodo de transición, facultando a los agentes sociales la adopción de medidas de continuidad del empleo ordenadas que evitaran la pérdida de sus derechos, no podían constituir la excusa o pretexto para imponer una medida considerada, tal como significa la resolución de la CNMC de 18 de septiembre de 2020, injustificada, desproporcionada y discriminatoria, afectando a la libertad de contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario y a la libertad de las empresas titulares de la licencia de participar o no en sociedades cuyo objeto social fuera la puesta a disposición de los trabajadores. El núcleo del reproche es claro y se colige de la mera lectura del contenido de la disposición adicional 7ª del texto convencional, al vincular la obligación de subrogación al artículo 44 ET, así como la proporción de trabajadores a subrogar a la participación accionarial en la SAGEP, criterios que, a nuestro parecer, en modo alguno traslucen una voluntad de reglar un proceso de tránsito temporal, sino de condicionar estructuralmente y *ex profeso* las plantillas de las empresas estibadoras.

A diferencia de las subrogaciones convencionales pactadas en otros sectores<sup>1289</sup>, la subrogación prevista en la citada disposición constituía una garantía de empleo absoluta, incondicionada y totalmente desligada de la actividad real de las empresas afectadas, no enfocada únicamente para un supuesto de transmisión de actividad que descansa, fundamentalmente, en la mano de obra. Además, esta «transmisión de actividad» tampoco se producía en este caso, sino que el «hecho causante» de la subrogación era la mera decisión de las empresas estibadoras de separarse de la SAGEP, entendida por la Audiencia Nacional como una «carga arbitraria e injustificada» por ejercer el derecho a no participar en una entidad de la cual, las empresas estibadoras, en su momento se vieron obligadas a formar parte<sup>1290</sup>.

Por otro lado, tampoco se residenciaba en la «actividad» lo realmente esencial, ni existían unos trabajadores «afectos a la actividad» que permitieran activar las garantías de la subrogación legal, sino que era la mera separación de la SAGEP y la participación de la empresa estibadora en el capital de aquella lo que activaba la subrogación. En este sentido, no existiendo contrata alguna sobre la que se apoyara la actividad, era el simple dato de la participación de una

---

<sup>1288</sup> Apartado II de la Exposición de Motivos del RD-ley 9/2019.

<sup>1289</sup> A modo de ejemplo, véase el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad (código de convenio nº 99004615011982); el Convenio colectivo estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio), código de convenio nº 99010825011997; el Convenio Colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales (código de convenio nº 99100125012013) y el Convenio colectivo estatal para las empresas y las personas trabajadoras de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as (código de convenio núm. 99000305011990).

<sup>1290</sup> Esta visión sería compartida por OJEDA AVILÉS, A. en «La impugnación del IV Acuerdo Marco de la Estiba: un problema laboral con solución mercantil», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros (CEF)*, agosto-septiembre 2021. Págs. 43-46.

empresa estibadora en el capital social de la SAGEP y el ejercicio de su derecho a la separación los que conducían a la obligatoria asunción de las plantillas<sup>1291</sup>.

Si bien la actividad de las empresas estibadoras fue un criterio tomado en consideración por el RD-ley 8/2017 a los efectos de establecer limitaciones decrecientes a la contratación de trabajadores de la SAGEP durante el periodo transitorio de tres años (75%, 50% y 25%; respectivamente<sup>1292</sup>), por su directa conexión con las necesidades de personal, la obligación de subrogación prevista en el IV Acuerdo Marco prescindió de dicho parámetro y condicionó la activación de la obligación a una circunstancia mercantil totalmente ajena a la actividad de la empresa y sus necesidades, cual era la participación social que, a mayor abundamiento, tuvo origen en una reforma legal de imperativo cumplimiento y no en la libre voluntad de las empresas estibadoras en su momento.

La CNMC y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compartieron el efecto disuasorio provocado por el ejercicio del derecho a no permanecer en una SAGEP una vez entrada en vigor la subrogación convencional pactada en el IV Acuerdo, dada la limitación de la capacidad organizativa de las empresas estibadoras derivada de la imposición de un número de trabajadores no vinculado con sus necesidades, la perpetuación del monopolio de contratación por parte de la SAGEP y la obstaculización del acceso de nuevos trabajadores a este concreto mercado de trabajo, favoreciendo a los que previamente ya estaban vinculados con la SAGEP. Y ello dado que, a resultas de la subrogación obligatoria pactada convencionalmente, los nuevos operadores únicamente debían cumplir los requisitos de porcentajes decrecientes durante el periodo transitorio indicado *ex* disposición transitoria 2ª del RD 8/2017; en cambio, a las empresas que ejercieran su derecho de opción en favor de la separación, se les impondría la institución de la subrogación con un resultado definitivo y no coyuntural. Este efecto resultaba claramente contraventor de las dos libertades que consagra el RD-ley 8/2017 en cumplimiento de la Sentencia del TJUE: la libertad de contratación de trabajadores portuarios y la libertad de participar o no en empresas cuyo objeto fuera la puesta a disposición de trabajadores portuarios. En consecuencia, el órgano judicial determinó que la subrogación obligatoria incorporada en el IV Acuerdo generaba un doble efecto: (i) desincentivar el ejercicio del derecho de las empresas estibadoras de separarse de la SAGEP -lo cual quería precisamente enmendar el TJUE y, por extensión, el RD-ley 8/2017- y (ii) colocar a las empresas estibadoras incluidas en el ámbito personal y funcional del acuerdo marco en una situación desigual y de desventaja frente a nuevos operadores, en la medida en que éstos últimos no estarían obligados a subrogar a los trabajadores de la SAGEP y operarían en unas condiciones de libertad de contratación no accesibles para las empresas partícipes en la SAGEP.

La carencia de justificación razonable y objetiva que justificara este trato diferencial entre ambas (empresas partícipes de la SAGEP y nuevos operadores que accedieran al mercado portuario) quebraba el principio de igualdad y ocasionaba un grave perjuicio económico derivado del sobre coste laboral asociado al mantenimiento de contratos de trabajo y

---

<sup>1291</sup> FJ 9º *in fine* de la SAN núm. 127/2021, de 18 de febrero.

<sup>1292</sup> Disposición transitoria segunda.

condiciones laborales, en términos de desventaja competitiva con respecto de los demás operadores empresariales.

Las premisas de las que debía partir la negociación colectiva sectorial y los límites que debía respetar *so pena* de volver a incurrir en las contravenciones advertidas por la AN y por la CNMC quedaron fijadas en sus respectivas resoluciones, considerándose vetada, a la luz del marco regulador multinivel de la doble disciplina, esto es, derecho de la competencia y derecho del trabajo en el orden comunitario e interno, cualquier disposición convencional que fuera contraria a las libertades básicas de contratación y sus facultades de dirección y organización *ex* artículo 3.2 del RD-ley 9/2019, al principio de igualdad *ex* artículo 14 CE, a la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE y a la libre competencia *ex* artículo 101 TFUE y 1.1 LDC.

Procede analizar, *ad infra*, si estos presupuestos y libertades se han respetado en la culminación del V Acuerdo Marco del sector de la estiba portuaria.

#### 5.4. El V Acuerdo Marco del sector de la estiba portuaria a la luz de la involutiva «contrarreforma» de los CPE *ex* Ley 4/2022, de 25 de febrero

##### a) Las observaciones de la CNMC sobre los borradores de V Acuerdo Marco del sector de la estiba portuaria

En fecha 14 de mayo de 2020, expiró el periodo transitorio de adaptación de tres años reconocido por el RD-Ley 8/2017; momento a partir del cual las SAGEP debían quedar sometidas a las reglas del libre mercado<sup>1293</sup>, con utilización transitoria, durante dicho periodo y en sentido descendiente, del personal de las SAGEP<sup>1294</sup>. Por otro lado, una vez finalizado (en diciembre de 2019) el plazo transitorio para adaptar el régimen convencional a la nueva regulación del sector, la subrogación establecida en el IV Acuerdo Marco -que fue sancionada por la CNMC en los términos ya expuestos- quedó huérfana de amparo legal, confirmándose su antijuricidad a través de la declaración de nulidad dictada con ocasión de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 127/2021, de 31 de mayo de 2021.

Así las cosas, tras el fracaso de la pretendida materialización normativa de la propuesta mediadora incluida en el Anexo del Real Decreto-Ley 8/2017<sup>1295</sup>, a noviembre de 2019, la única realidad constatable en sede convencional era que los agentes sociales habían alcanzado

---

<sup>1293</sup> Artículo 4 del RD-Ley 9/2019 en relación con la Disposición Transitoria 1ª, apartado 1º, párrafo 4º del RD-Ley 8/2017.

<sup>1294</sup> 75% el primer año; 50% el segundo; y 25% el tercero; porcentajes vinculados a la actividad de la empresa (Disposición Transitoria Segunda del RD-Ley 8/2017).

<sup>1295</sup> *Id.* 1139.

un principio de acuerdo sobre el contenido de un Acuerdo Marco en el sector (V Acuerdo Marco)<sup>1296</sup>.

Una vez cumplidos los cauces legalmente establecidos en orden a su depósito y publicación y practicado el control de legalidad laboral, el texto convencional fue remitido a la CNMC en virtud del convenio de colaboración establecido entre el Ministerio de Trabajo y la CNMC. Tan solo un mes después, a 20 de diciembre de 2019, la CNMC dirigió observaciones y advertencias sobre la adecuación del contenido del V Acuerdo Marco a las normas de la competencia, de entre las cuales destacó sin duda 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<sup>1297</sup>. Esta imposición constituía, a criterio de la CNMC, una restricción injustificada a la libertad de contratación, dificultando la salida de una entidad de puesta a disposición de los trabajadores y situando en posición de desigualdad de condiciones a los CPE con respecto a las ETT ordinarias, en perjuicio de la competencia de las empresas integrantes de los CPE con respecto de empresas terceras no sujetas a las limitaciones señaladas<sup>1298</sup>.

Partiendo de las observaciones realizadas por la CNMC en orden a garantizar el cumplimiento del derecho a la libre competencia que vetaban la culminación del proceso de registro ante el REGCON, las partes negociadores incorporaron ciertos cambios, condiciones y requisitos en las distintas versiones de redacción del V Acuerdo Marco -algunas intrascendentes en términos semánticos- a resultas de los distintos informes que iba emitiendo la CNMC en los meses de mayo, julio y noviembre de 2020, cuyas observaciones empecían el avance de la negociación, manteniéndose en vigencia ultraactiva el IV Acuerdo Marco, hasta mayo de 2022.

---

<sup>1296</sup> El principio o borrador de acuerdo se alcanzó entre ANESCO, CETM, UGT, CC.OO., CIG, LAB y ELA. El 1 de junio de 2017, se había constituido la Comisión Negociadora del V Acuerdo Marco Estatal. En la reunión que se celebró se designó a los secretarios de la Comisión Negociadora y se fijó un calendario de negociación, con celebración de sesiones de trabajo en el mes de junio de 2017, tanto plenarios como técnicas, facultándose a los asesores D. Pedro García y D. José Luis Cebrián para presentar las comunicaciones oportunas ante la Autoridad Laboral. La asociación empresarial ANESCO remitió burofax a ASOPORT, entregado en fecha 4 de octubre de 2018, proponiéndole, si fuera de su interés, incluirse en la comisión negociadora, declinada por silencio.

<sup>1297</sup> El primer informe emitido tras la solicitud remitida por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social sobre la adecuación del citado V Acuerdo a las normas de la competencia, previamente a tramitarlo como convenio colectivo, en virtud de dicho Convenio de colaboración, fue emitido por doña Beatriz de Guindos Talavera, directora de competencia de la CNMC. En su penúltimo párrafo, se indicaba que: «En estas circunstancias, la obligación de recolocación prevista en los supuestos del artículo 35 del Acuerdo y en las condiciones previstas en el artículo 37 del mismo, constituye una restricción sin amparo legal, que afecta a las condiciones de competencia en el mercado y que en ningún caso encontraría justificación sin el previo conocimiento y asunción consciente y voluntaria de la misma por parte de las empresas afectadas. En todo caso, se recuerda que rige el principio de autoevaluación de los operadores y que las consideraciones aquí realizadas se emiten en el marco del ya aludido Convenio de colaboración, sin que ello prejuzgue la aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 101 y 102 del TFUE».

<sup>1298</sup> *Ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017, en relación con la libertad de contratación y *ex* artículo 3 del RD-Ley 9/2019, en relación con las facultades de organización y dirección, así como la libertad de empresa garantizada *ex* artículo 38 de la Constitución Española.

En concreto, la Secretaría General de Transportes del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MTMAU) dirigió una consulta a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en fecha 9 de marzo de 2020, que fue respondida en virtud de Acuerdo por el que se emitió el Informe de la Sala de Competencia de 8 de mayo de 2020<sup>1299</sup>, a propósito del contenido del V Acuerdo Marco, compuesto por 67 artículos, 7 disposiciones adicionales, 1 disposición transitoria, 1 disposición derogatoria y 2 Anexos<sup>1300</sup>.

La CNMC no podía regirse por un sistema vinculante de autorización previa en el examen del borrador de V Acuerdo Marco, dada la supresión de la obligación de autorización previa de los acuerdos entre empresas por parte de la autoridad de la competencia practicada a través de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)<sup>1301</sup>. En este sentido, el mecanismo basado en la «autoevaluación», en función del cual las propias empresas debían evaluar la compatibilidad de sus acuerdos con la normativa de competencia, sometándose sus conductas a un control *ex post* por parte de las autoridades de la competencia, en ese momento permitía al organismo ejercer únicamente su función consultiva sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y al buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos, del que podían derivarse informes consultivos no susceptibles de apreciar con detenimiento todos los elementos de hecho y de derecho necesarios para anticipar la práctica del potencial acuerdo colectivo restrictivo<sup>1302</sup>.

Sobre la base y en ejercicio de esta función consultiva, la CNMC efectuó un examen preliminar de las potenciales distorsiones sobre la competencia susceptibles de surgir del texto del acuerdo, reservándose ulteriores actuaciones -caso de proceder- derivadas de la

---

<sup>1299</sup> INF/CNMC/035/20. Este Informe se emitió pocos días después que la asociación empresarial ASOPORT planteara la demanda de impugnación de convenio colectivo ante la Audiencia Nacional (en fecha 28 de febrero de 2020). Sobre ésta, *Vid.* Epígrafe 5.3.

<sup>1300</sup> La estructura del borrador de V Acuerdo presentaba la siguiente estructura: Preámbulo; Capítulo 1: Partes signatarias, globalidad del acuerdo, articulación y concurrencia de convenios; Capítulo 2: Ámbitos territorial, personal, funcional y personal; Capítulo 3: Potestad de dirección y organización, estructura de la plantilla y modalidades de contratación y sistema de organización y distribución del trabajo; Capítulo 4: Modos y condiciones de puesta a disposición de las empresas estibadoras de personal procedente de CPE; Capítulo 5: Grupos profesionales, promoción profesional y criterios de clasificación y resolución de discrepancias; Capítulo 6: Movilidad funcional, modo de nombramientos, límites a la movilidad funcional y organización de la plantilla de los CPE; Capítulo 7: Selección y contratación de personal; Capítulo 8: Garantía y estabilidad en el empleo; Capítulo 9: Jornada anual, descansos, horas extraordinarias, tipos de jornadas, vacaciones anuales; Capítulo 10: Condiciones económicas; Capítulo 11: Formación y prácticas no laborales; Capítulo 12: Prevención de riesgos laborales y promoción de la igualdad; Capítulo 13: Representatividad en el sector y derechos sindicales; Capítulo 14: Régimen disciplinario; Capítulo 15: Procedimientos voluntarios de solución de conflictos; Disposiciones adicionales; Disposición transitoria única; Disposición derogatoria única; Anexo I: Actividades propias del ámbito del V Acuerdo y Anexo II: Protocolo de prevención de alcohol y drogas.

<sup>1301</sup> Tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, que derogó la obligación de notificación y autorización previas de los acuerdos entre operadores que contuvieran restricciones de la competencia a la luz de los artículos 101 y 102 del TFUE, fue suprimida la obligación de autorización previa de los acuerdos entre empresas por parte de la autoridad de la competencia en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

<sup>1302</sup> *Ex* artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013).

implementación práctica del mismo en el futuro, una vez entrado en vigor<sup>1303</sup>. La salvaguarda de esta posibilidad de actuación, considero que iba especialmente referida al análisis de las circunstancias «de hecho y de derecho» derivadas de las distintas realidades prácticas, toda vez que muchas de las restricciones (entre otras libertades, sobre la del derecho a la competencia), a pesar de no poderse deducir automática y explícitamente de los términos de la redacción de los distintos borradores del V Acuerdo, articulados con gran exquisitez discursiva en el plano formal, en su aplicación práctica podían conducir al mantenimiento del mismo *statu quo* de monopolio de gestión de mano de obra, cerrando el mercado a nuevas empresas y obstaculizando la posibilidad de salida de las ya existentes en los distintos CPE.

Las premisas jurídicas sobre las que se articulaba el Informe de mayo de la CNMC -que se reprodujeron en los posteriores-, fijadas en sede de «Observaciones generales», partía de distintas fuentes normativas y jurisprudenciales, concernientes a las frágiles fronteras entre el derecho del trabajo y el derecho de la competencia. El organismo se hacía eco de la doctrina constitucional que se había plasmado en previas resoluciones de la CNC (actual CNMC) a propósito de expedientes sancionadores en el marco de la estiba, en virtud de la cual el Tribunal Constitucional había declarado que los agentes negociadores de normas convencionales carecían de libertad absoluta en orden a la fijación de los ámbitos de aplicación de los convenios colectivos<sup>1304</sup>. Aunque sistemáticamente hubiera correspondido analizar el nivel comunitario antes de descender al nacional, tras centrar la doctrina constitucional, la CNMC aludía a la doctrina *Albany* emanada del TJUE a propósito de la que no cabía excluir automáticamente la aplicación de las normas de la competencia del ámbito de los convenios colectivos, debiéndose analizar previamente por las autoridades de la competencia si la naturaleza y el objeto del acuerdo le hacían tributario de la aplicación de la legislación en materia de la competencia en cada caso; con cita a las conclusiones del Abogado General *Wahl* dictadas en el Asunto *FNV Kunsten Informatie* (Asunto C-413/13)<sup>1305</sup>, que fueron emitidas bajo

---

<sup>1303</sup> «(...) Un análisis que tuviera en cuenta todas las circunstancias concurrentes de hecho y de derecho, así como la implementación práctica del mismo, podría perfectamente llevar a conclusiones diferentes de las expresadas en el presente informe, corroborando o descartando las potenciales restricciones aquí señaladas o identificando otras nuevas. Lo recogido en este informe no condiciona ni en algún caso vincula las actuaciones que en un futuro pudieran realizarse desde una óptica sancionadora respecto a las conductas realizadas por los operadores implicados». Sobre esta cuestión, véanse los últimos tres párrafos de la página 9 del Informe de mayo, en sede de «Observaciones generales» (III.1).

<sup>1304</sup> «Las partes negociadoras de un convenio colectivo no tienen libertad absoluta a la hora de fijar el ámbito de aplicación del convenio, sino que están sujetas a límites y a los requisitos legales, dado que el convenio produce efectos entre todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación»; STC 136/1987, recurso de amparo 267/1986, promovido a instancias de «Bimbo, S.A.» contra la Sentencia del TCT, de 3 de febrero de 1986, Rec. núm. 40/1985; citada en la Resolución CNC de 24 de septiembre de 2009; Expediente 2805/07 Empresas Estibadoras y Resolución CNMC de 26 de julio de 2018; Expediente S/DC/0596/16, Estibadores Vigo (INF/CNMC/035/20, Págs. 6-9).

<sup>1305</sup> *Vid.* 818. En el apartado 72 de las Conclusiones del Abogado General éste aseveraba que «La finalidad de la línea jurisprudencial iniciada con el asunto *Albany* no es, como ya se ha señalado, desincentivar o socavar la negociación colectiva entre los interlocutores sociales. Por eso el Tribunal de Justicia se ha referido a las disposiciones que mejoran directamente las condiciones de empleo o de trabajo de los asalariados. Cuestiones como el salario, la jornada laboral, el derecho a vacaciones, las pensiones, los seguros médicos o la asistencia sanitaria son el núcleo de la negociación colectiva. Si se privase a los trabajadores de la posibilidad de negociar estas cuestiones libremente, se frustraría la esencia de su derecho de negociación colectiva. Por el contrario, no existe ningún motivo válido para conceder esa amplia protección legal (es decir, inmunidad total frente al Derecho de la competencia), cuando los trabajadores asalariados negocian con empresarios cuestiones que

la «estela» del Asunto *Albany* y que concretaban más las materias laborales o sociales inmunes al derecho de la competencia.

En este mismo sentido, también se remitía a la Sentencia *Holship* dictada por el TEFTA<sup>1306</sup>, en la medida en que ésta descartaba la aplicación de la normativa de la competencia únicamente de convenios referidos a «condiciones de trabajo y empleo» que afectaran a materias centrales de la negociación colectiva, tales como salarios, horarios de trabajo, seguridad, ambiente de trabajo, vacaciones o procedimientos de información. A la luz de esta última, el examen de las normas convencionales orientado a determinar una eventual restricción del derecho de la competencia debía realizarse en sentido global, esto es, aunque individualmente las cláusulas no impusieran una restricción, pero, en términos generales, el impacto sobre esta materia se produjera en un sentido restrictivo.

Más allá del derecho a la libre competencia y, a pesar de no ser éste estrictamente su ámbito material competencial, por su impacto en el derecho de la competencia, la CNMC también aludió a la doctrina comunitaria en materia de libertades fundamentales y restricciones a las libertades comunitarias, con cita al Asunto *Viking* a propósito del cual la protección de los trabajadores, como derecho fundamental, podía justificar una restricción de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho originario siempre que éstas fueran adecuadas en relación al objetivo legítimo y no fueran más allá de lo estrictamente necesario<sup>1307</sup>. De hecho, consciente el organismo de las contravenciones que fueron detectadas por el TJUE a resultas del recurso por incumplimiento deducido por la Comisión Europea en la Sentencia de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/13), tampoco descartaba una nueva actuación en la medida en que el alcance de la norma colectiva no fuera compatible con las libertades fundamentales del TFUE apuntando, en particular, la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios<sup>1308</sup>.

En sede de «Observaciones particulares», la CNMC efectuó advertencias o apuntes sobre diez aspectos materiales que afectaban a distintos preceptos del primer borrador de la norma convencional, cuales fueron: i) la intervención de la Comisión paritaria sectorial estatal (CPSE) en la contratación de nuevos trabajadores [artículos 6.3.d), 15.1 y 28]; ii) las limitaciones a la contratación temporal de estibadores portuarios (artículo 12); iii) los sistemas de organización y distribución del trabajo (artículo 13); iv) la oferta de empleo al personal de los CPE (artículo 15.1); v) la promoción profesional (artículos 18 y 19); vi) las condiciones de contratación y calidad en el empleo (artículo 29); vii) la adecuación dinámica de la plantilla a las necesidades

---

únicamente afectan a sus condiciones de empleo o de trabajo de forma indirecta. Los trabajadores (y empresarios) conservan el interés en la negociación colectiva aun cuando lo acordado en cuestiones que no producen un efecto inmediato y significativo en sus condiciones laborales o de trabajo esté potencialmente sujeto a revisión con arreglo a la normativa sobre competencia».

<sup>1306</sup> *Vid.* 991.

<sup>1307</sup> En la página 8 del INF/CNMC/035/20. Sobre este asunto, *Vid.* 837.

<sup>1308</sup> Véase el penúltimo párrafo párrafos de la página 9 del INF/CNMC/035/20, en sede de «Observaciones generales» (III.1).



operativas (artículo 31); viii) las medidas de recolocación y subrogación convencional (artículos 35 a 37 y disposición transitoria única); xix) la jubilación forzosa y tasa de reposición (disposición adicional 2ª) y x) la formación y prácticas no laborales (capítulo XI, artículos 53 a 55).

En relación con el papel ejercido por la CPSE (i) que, en precedentes acuerdos marco, ya habría abarcado funciones que excedían al ámbito de la interpretación para desplazarle parte del *ius variandi* empresarial, la CNMC se pronunció sobre la previsión consignada en los artículos 6.3.d), 15.1 y 28 del primer borrador del V Acuerdo, en virtud de la cual, previamente a la incorporación de nuevos trabajadores en el ámbito funcional de la estiba, era necesario que la CPSE emitiera un informe consultivo y no vinculante, en el que se examinaría, entre otros aspectos, el «nivel óptimo de empleo» de la empresa estibadora en cuestión<sup>1309</sup>.

En el primer borrador, el artículo 6.3.d) establecía que la información a remitir por las empresas estibadoras no debía ser relevante ni afectar a la competencia, al tiempo que debía circunscribirse a los exclusivos efectos de lo regulado en este Acuerdo sobre garantía y estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 28.2 preceptuaba que dicha información comprendía «los datos previstos en el artículo 64 ET sobre evolución del sector y de la empresa y las previsiones de empleo (altas y bajas) y jubilaciones», concretándose en el apartado 3º de artículo 28 el contenido del informe del CPSE. En el Informe de mayo, la CNMC advirtió de que la intervención de la CPSE previa a la incorporación de los trabajadores podía mermar la flexibilidad de las empresas -considero, contraviniendo la libertad de contratación garantizada *ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017-, al tiempo que favorecer la difusión de información comercialmente sensible sobre la actividad de la empresa estibadora o del CPE y generar riesgo de conflicto de intereses en la toma de decisiones, en atención a la composición del CPSE, integrada por las principales empresas competidoras en el sector<sup>1310</sup>.

Ahora bien, la CNMC consideró que, en términos finalistas, era más proporcional remitir la información a los representantes de los trabajadores de cada empresa estibadora o de cada CPE (evitando así los efectos *ad extra*) y limitarlos al ámbito de la empresa, evitando que fuera un órgano paritario con representación en todo el sector empresarial y sindical el que fuera receptor de esta sensible información. En este sentido, la recomendación dirigida por la CNMC en su primer informe fue derogar expresamente esta función atribuida al CPSE y evitar el potencial acceso de ésta a información comercialmente sensible de empresas estibadoras o del CPE. Con base en esta particular observación, los agentes sociales efectuaron algunas modificaciones en el texto del acuerdo, en el sentido de eliminar la expresión referida a la emisión de informe por la ambigua funcionalidad de «conocer la contratación» del personal e «informar» de los nuevos trabajadores incorporados en las plantillas de las empresas

---

<sup>1309</sup> Véase la página 10 del INF/CNMC/035/20.

<sup>1310</sup> Los Ministerios de Trabajo y Economía Social (MTES) y Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MTMAU) trasladaron información a la CNMC que pretendía justificar esta exigencia en base al control sobre el ajuste de la contratación de nuevos trabajadores a las previsiones del Acuerdo Marco que efectuaba la CPSE, en especial, los porcentajes de ocupación efectiva establecidos en el artículo 28 del mismo.

estibadoras<sup>1311</sup>, manteniéndose el acceso de la CPSE a la información relativa a las nuevas contrataciones de personal, aunque agregada por empresa y con periodicidad semestral. A este respecto, la CNMC advirtió, en su Informe de 28 de julio de 2020<sup>1312</sup> de que, en aras a limitar los riesgos sobre la competencia derivados del acceso a dicha información, era necesario garantizar el carácter confidencial de la misma, de modo que únicamente fuera accesible a los miembros de la CPSE y no pudiera emplearse para fines ajenos a los previstos en el acuerdo.

Con el anterior objeto y fin, la última versión del borrador (analizada en el Informe de 10 de noviembre de 2020 emitido por la CNMC<sup>1313</sup>), incorporó un apartado 7º en el artículo 6 del texto en el cual se establecía que los miembros de la CPSE tenían un «deber de sigilo» en relación con la información y documentación facilitada y garantizar su uso exclusivo en el ámbito y para los «fines que motivaron su entrega», sin diseñar, sin embargo, ningún sistema de gestión de la información encaminado al cumplimiento de tal fin, más allá de la firma de un compromiso y el marcaje de las páginas de la información remitida con el sello «CONFIDENCIAL»<sup>1314</sup>.

En el ámbito de las limitaciones a la contratación temporal de trabajadores, en el primer borrador del V Acuerdo Marco, el artículo 12 exigía tanto a las empresas estibadoras como a los CPE disponer de un mínimo del 75% de su plantilla cubierta mediante contratos de trabajo indefinidos y a tiempo completo, al tiempo que preveía que, en las empresas estibadoras, esta obligación se podía cumplir por medio del empleo del personal de un CPE cuando éste tuviera un 80% de sus trabajadores vinculado mediante contrato laboral indefinido y a tiempo completo. La CNMC reconoció, en sus primeras observaciones vertidas en el Informe de 8 de mayo de 2020, que era habitual recoger en normas convencionales límites a la contratación temporal en aras a promover la contratación indefinida<sup>1315</sup>, si bien advirtió que, en este

---

<sup>1311</sup> Véase el texto del artículo 6.3.d) del Borrador II sometido a la CNMC, el artículo 6.3.d), que se ha mantenido incólume en la versión publicada del V Acuerdo Marco.

<sup>1312</sup> INF/CNMC/059/20 (Págs. 10-12).

<sup>1313</sup> INF/CNMC/094/20 (Pág. 6).

<sup>1314</sup> La dicción trasladada en la versión publicada del V Acuerdo es la siguiente: «Obligación de confidencialidad de los miembros de la CPSE. Los miembros de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal (CPSE) y, en su caso, los expertos que les asistan deberán observar el deber de sigilo en relación con la información y documentación que les haya sido facilitada en tal condición, extendiéndose de esta manera para estos lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, deberán garantizar la confidencialidad de aquellas y su uso exclusivo en el ámbito y para los fines que motivaron su entrega. En particular, los miembros de la CPSE y los asesores que no estén obligados por el secreto profesional suscribirán, antes de su toma de posesión, un compromiso expreso de confidencialidad y reserva en cuya virtud se obligan a no compartir con terceros la información recibida en su condición de miembros en aplicación de este artículo y aceptando explícitamente la reparación de los daños causados a cualquier tercero por la eventual revelación de la mencionada información. La información no agregada que remitan los CPE y las empresas estibadoras a la CPSE y referida en el apartado d) del Artículo 6.3 se marcará en cada página como «CONFIDENCIAL» y se remitirá por un medio de comunicación seguro (excluyendo en particular las cuentas de correo electrónico tipo *Hotmail*) a los miembros de la CPSE».

<sup>1315</sup> Con remisión a datos extraídos del Ministerio de Trabajo y Economía Social ([http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/cct/cct18pro/cct\\_2018\\_av.xls](http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/cct/cct18pro/cct_2018_av.xls)), en virtud de los cuales, de los 415 convenios de ámbito superior al empresarial firmados en el año 2018, 68 incorporaron límites al número máximo de contratos temporales -16,4%- (INF/CNMC/035/20, Pág. 11).

concreto sector, la exigencia de tan elevado porcentaje de contratación indefinida podía limitar significativamente la capacidad de autoorganización de las empresas estibadoras, al tiempo de restarles flexibilidad y dificultar estrategias comerciales de crecimiento, afectando más a las empresas de reducido tamaño, en términos proporcionales.

Asimismo, el cumplimiento de esta obligación a través del empleo de recursos de los CPE, a su juicio, era susceptible de suponer una ventaja para éstos en detrimento de las ETT ordinarias u otros modelos de prestación del servicio. La recomendación que dirigió la CNMC a efectos de reconducir estas potenciales deficiencias fue que se evitara que esta exigencia mínima afectara a la competencia entre las empresas estibadoras, al tiempo que se equiparara a los CPE y ETT a efectos de poderse acreditar el cumplimiento de estas obligaciones de empleo fijo. En el segundo borrador del V Acuerdo, que fue analizado por el Informe de 28 de julio de la CNMC, se modificó el artículo 12 en el sentido de equiparar a las CPE y ETT a los efectos del cumplimiento del porcentaje mínimo, el cual se mantuvo inalterado, en el 75%<sup>1316</sup>.

El mantenimiento de este elevado porcentaje de contratación indefinida siguió identificándose como excesivo por la CNMC, en atención a su potencial de afectación mayor, en términos proporcionales, a las empresas de menor tamaño. Esta advertencia fue reiterada en el Informe de 10 de noviembre de 2020, lo que motivó que en el texto final del V Acuerdo se fijara en 2/3 partes (esto es, un 66,66%) la contratación indefinida y a tiempo completo y en el máximo de 1/3 la contratación temporal, con contratos formativos o a tiempo parcial con jornada inferior al 70% de la ordinaria<sup>1317</sup>, circunstancia que merecerá la valoración que más adelante se consignará.

A propósito de los sistemas de organización y la distribución del trabajo, el artículo 13 del primer borrador de V Acuerdo Marco establecía una distribución diaria de la actividad de las empresas estibadoras mediante un sistema de rotación del personal disponible por grupos profesionales, siguiendo las especialidades establecidas en el artículo 17 y concordantes y con las especialidades previstas en las normas convencionales de ámbito inferior. Entre los criterios utilizados para las designaciones del personal, se preveía la prioridad para el personal del CPE; circunstancia que fue advertida por la CNMC en su Informe de 8 de mayo como distorsionadora de la competencia, al implicar una ventaja frente al personal de las ETT ordinarias u otros modelos de gestión o prestación del servicio. La CNMC advirtió, en su primer Informe, de la necesidad de revisar los criterios para eliminar la priorización del personal del CPE a los efectos regulados en el indicado precepto<sup>1318</sup>.

---

<sup>1316</sup> Véase el artículo 12 en la redacción dada por el Borrador II, modificados con respecto de la primera versión. Sobre el artículo 12 del Borrador, el INF/CNMC/059/20, en sus páginas 12-13, apartado III.2.2, se remite a lo indicado en el INF/CNMC/035/20.

<sup>1317</sup> Véase la redacción dada al artículo 12 por la versión definitiva del V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022).

<sup>1318</sup> INF/CNMC/035/20, Págs. 11-12.

A resultas de su observación, los agentes sociales modificaron dos previsiones sin recoger ni atender las recomendaciones que se habían indicado en el precedente Informe, pues se seguía otorgando prioridad en el llamamiento para el personal del CPE del que fuera socia la empresa en cuestión, si bien, tras agotarse el personal de la empresa estibadora<sup>1319</sup>. En Informe de 28 de julio y de 10 de noviembre de 2020, la CNMC siguió identificando una distorsión de la competencia a razón de la ventaja competitiva dada al personal del CPE con respecto de otras ETT u otros modelos de gestión, advirtiendo la necesidad de eliminar cualquier disposición que otorgara priorización a los CPE. Considero que esta prioridad sigue manteniéndose en los términos del texto definitivo del V Acuerdo<sup>1320</sup>, tal como se desarrollará más adelante.

En relación con la oferta de empleo al personal de los CPE, el borrador inicial del texto convencional establecía, en su artículo 15.1, la obligatoriedad de que cualquier empresa estibadora que pretendiera incorporar personal a su plantilla (ya fuere de naturaleza indefinida o determinada) realizara una oferta de empleo a todo el personal del CPE que operara en el mismo puerto, con independencia de si dicha empresa era socia o no del CPE. En el Informe de 8 de mayo de 2020, la CNMC observó una clara ventaja informativa otorgada a los trabajadores contratados por un CPE frente a los de cualquier empresa estibadora (socia o no socia), provocándose con ello una desventaja competitiva en el mercado para las ETT o para otros trabajadores con respecto de los CPE.

La opción por la que abogó la CNMC en sus recomendaciones iniciales fue la de proponer la eliminación de la ventaja o bien restringir ésta a aquellas empresas respecto a los CPE de los que fueran socias; alternativa, esta última, por la que se decantaron los agentes sociales<sup>1321</sup>, si bien introduciendo una consulta previa específica a los representantes legales y delegados sindicales del CPE afectado por la nueva incorporación. Sobre esta consulta previa, el Informe de la CNMC de 28 de julio recomendó incorporar una cláusula de cierre que garantizara que la información a la que tuvieran acceso, por ser comercialmente sensible, debía calificarse como confidencial, comprometiéndose a no comunicarla a otros órganos (léase CPSE) ni a utilizarla para otros fines ajenos a los recogidos en el precepto<sup>1322</sup>. Esta previsión fue recogida en el párrafo 4º *in fine* de la versión definitiva del acuerdo, con sujeción a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, el deber de sigilo exigible a los miembros de los órganos de representación unitaria y sus asesores respecto a

---

<sup>1319</sup> Véanse los términos de las previsiones incorporadas en el Borrador II sobre el artículo 13.

<sup>1320</sup> Los criterios de nombramiento consignados en el texto definitivo del V Acuerdo mantenían la obligación de dar ocupación efectiva al personal del CPE del que fuera socia, garantizándose la ocupación efectiva del personal del CPE.

<sup>1321</sup> La versión modificada del texto recogía, en el artículo 15.1, que: «Cuando una Empresa Estibadora socia de un CPE pretenda la incorporación a su plantilla de personal mediante contrato por duración indefinida o determinada en las condiciones indicadas en este artículo realizará la oferta de empleo a todo el personal de los CPE del que sea socia», indicando, más adelante, que «Al objeto de analizar la incidencia que la nueva contratación de personal pueda tener en la calidad y garantía del empleo y nivel de ocupación del personal, la representación legal de los trabajadores y los delegados sindicales del CPE afectado y de la empresa estibadora serán consultados por el término de 15 días». Esta dicción se ha mantenido prácticamente incólume en la versión definitiva del acuerdo.

<sup>1322</sup> INF/CNMC/059/20, apartado III.2.4, Pág. 14.

información reservada comunicada por la empresa, limitando la utilización de la información al estricto ámbito empresarial y a los fines que motivaron su entrega, circunstancia con la que se evitó que en el último Informe de 20 de noviembre de 2020 la CNMC efectuara ninguna observación sobre este particular. Sobre la suficiencia de esta cláusula, a los efectos pretendidos, nos remitimos al análisis de fondo que se efectuará en el último epígrafe del presente Capítulo, en torno a la legalidad del V Acuerdo Marco.

En torno a la formación y la promoción profesional, el artículo 18 de la primera versión de borrador regulaba los mecanismos de promoción profesional y establecía, en aras a la acreditación de las aptitudes exigidas para el desempeño de los nuevos puestos de trabajo, que se valorarían específicamente las acreditaciones obtenidas con ocasión de formaciones impartidas directamente por el CPE en relación con el puesto de trabajo a ocupar. Al mismo tiempo, obligaba a que las empresas estibadoras colaboraran con los CPE a través de dos sistemas: por un lado, informándoles de la implantación de nueva tecnología y maquinaria y, por otro lado, poniendo a disposición de los CPE los nuevos medios de trabajo de forma y modo que se pudiera producir la formación simultánea del personal integrado en su plantilla y el del CPE; reservándose, por último, al CPE la expedición de las certificaciones de las formaciones impartidas y la acreditación de la cualificación profesional.

Adicionalmente, el último párrafo del artículo 18 regulaba la obligación de los empleadores, antes de contratar personal en las plantillas de los CPE o de las empresas estibadoras-conforme al artículo 15- de realizar un proceso de promoción profesional en el que tenían derecho a acceder el personal del ámbito del Acuerdo de la empresa afectada y el del CPE con el que operara ésta; precisando, el artículo 19.a), que el personal adscrito a la empresa estibadora y el personal del CPE con el que la primera operara tendrían el mismo derecho a la promoción profesional.

De nuevo, en su primer Informe (8 de mayo de 2020) la CNMC advirtió el claro papel prioritario que ostentaba el CPE frente a las ETT tradicionales u otros modelos de prestación del servicio distintos, en materia de formación de los trabajadores, así como en el acceso a información y colaboración con las empresas estibadoras en aras a organizar la formación; susceptibles de distorsionar la competencia, al poder optar los trabajadores de los CPE a promociones profesionales con carácter preferente frente a otros trabajadores del mercado de la estiba portuaria<sup>1323</sup>.

Las modificaciones que, sobre el texto inicial, incorporaron los agentes sociales en aras a acoger las observaciones de la CNMC, fueron orientadas a prever la «libertad» de las empresas estibadoras para colaborar en la formación que pudiese organizarse en el seno del CPE u otras entidades -reconocimiento de una libertad que, por otro lado, resultaría ociosa a la luz de las facultades reconocidas por el artículo 3 del RD-Ley 9/2019-, manteniéndose de forma implícita, tal como apuntó el Informe de la CNMC de 28 de julio de 2020, una limitación de su capacidad para impartir la formación de forma autónoma, al no reconocerse tal capacidad

---

<sup>1323</sup> INF/CNMC/035/20, apartado III.2.5, Págs. 12-13.

a las empresas estibadoras y a cualquier entidad legalmente habilitada para organizar la formación, sin discriminación respecto de los CPE, con independencia de si las citadas entidades tenían contratos de puesta a disposición de trabajadores con éstos<sup>1324</sup>.

En el último Informe de la CNMC, de 10 de noviembre de 2020, se partió de la referencia contenida en el artículo 18 en virtud de la cual la promoción y los ascensos debían producirse en base a la «formación, méritos y experiencia del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario»<sup>1325</sup>. No cabe duda, a nuestro criterio, de que la referencia a los méritos, la experiencia y las facultades organizativas incorporaron un alto grado de discrecionalidad y subjetivismo en las decisiones empresariales, inherentes a su propia indeterminación conceptual. El texto del acuerdo, que se mantiene en su dicción actual, requería seguidamente la posesión de las «aptitudes exigidas» para el desempeño de los nuevos puestos de trabajo, «valorándose a estos efectos la acreditación obtenida por la superación de los cursos de formación realizados con maquinaria o en sistemas de gestión u organización utilizados en el puesto a ocupar».

Las principales obligaciones fijadas para las empresas estibadoras, en relación con los cursos formativos, fueron referidas a (i) la comunicación a la representación unitaria y sindical (en términos copulativos, a pesar de la clara preeminencia ostentada por el Sindicato profesional o de franja CETM en el seno de la CPSE) de la implantación de nueva tecnología o maquinaria para permitir el desarrollo de las formaciones y (ii) la obligación de «colaborar» con los CPE de los que fueran socias las empresas a través de la puesta a disposición de los nuevos medios o sistemas de trabajo para impartir la formación «necesaria y simultánea del personal contratado por las empresas y el del puesto a disposición por el CPE», previsión que, como se verá, tuvo posterior reflejo en la reforma legal del artículo 18 de la Ley 14/1994, de 1 de julio, *ex* Ley 4/2022, de 25 de febrero<sup>1326</sup>; para, posteriormente, matizar, como apunta el último Informe de la CNMC, que la obligación de colaborar no constituía un obstáculo para que las empresas estibadoras, por sí o en colaboración con un tercero habilitado a tal efecto, pudieran organizar cursos de formación profesional para los trabajadores de la estiba portuaria; previsión mantenida en la versión última del texto convencional.

Consciente la CNMC de las posibles distorsiones que se podrían producir en la práctica, la última observación que efectuó sobre el texto sometido a dicho organismo se centró en la posibilidad de que, en el caso de que la obligación de puesta a disposición de información, medios y sistemas de trabajo se realizara únicamente a favor de los CPE, se generara una distorsión de la competencia efectiva, toda vez que la preferencia de los CPE implicaría una expulsión (actual o potencial) de competidores reales o potenciales no amparada por la legalidad, al tiempo que la puesta a disposición de información también implicaría un riesgo

---

<sup>1324</sup> Véase la redacción del artículo 18 del acuerdo, en los términos modificados tras la emisión del primer informe por parte de la CNMC.

<sup>1325</sup> INF/CNMC/094/20, apartado III.2.4, Págs. 7-8.

<sup>1326</sup> Véase el artículo 18.4.b) de la Ley 14/1994, de 1 de julio, en la versión dada por la Ley 4/2022, de 25 de febrero (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2022).

de difusión de información potencialmente sensible<sup>1327</sup>. En relación con el impacto de la reforma del artículo 18 de la Ley 14/1994, en materia de «colaboración» no exclusiva con los CPE por parte de las empresas estibadoras, nos remitimos al examen que se efectuará *ad infra*, a propósito de la última reforma en el sector y su impacto sobre la negociación del V Acuerdo.

En relación con las condiciones de contratación y la calidad en el empleo, la redacción inicial del borrador del artículo 29 del V Acuerdo Marco, establecía una preferencia de ingreso de nuevo personal en determinados grupos profesionales (I y II), de entre los IV previstos en el acuerdo (esto es, Grupo I: Especialista; Grupo II: Oficial Manipulante; Grupo III: Controlador de Mercancía y Grupo IV: Capataz). En el primer Informe de la CNMC, de 8 de mayo de 2020, se advirtió de la limitación para la contratación de personal encuadrado en los grupos III y IV que suponía esta disposición, afectando a la libertad de autoorganización de cada empresa y restringiendo las posibilidades de movilidad y de contratación de trabajadores más cualificados; restricción que entendemos especialmente grave en atención al explícito -y no ocioso- reconocimiento legal de la libertad de contratación de las empresas estibadoras *ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017 y facultades de organización y dirección reconocidas por el artículo 3 del RD-Ley 9/2019, en relación con la libertad de empresa constitucionalmente reconocida y garantizada en el artículo 38 de la Constitución Española<sup>1328</sup>. La CNMC recomendó la eliminación de la preferencia para la contratación a trabajadores de los grupos profesionales I y II; observación que tuvo favorable acogida y que ya no apareció en la siguiente versión de borrador del acuerdo, ni tampoco en el texto final publicado en el BOE.

A propósito de la adecuación dinámica de la plantilla a las necesidades operativas, la configuración del artículo 31 del primer borrador de V Acuerdo Marco otorgaba, nuevamente, un gran poder de dirección empresarial a la CPSE en la gestión y adecuación de las plantillas en casos de descenso de la actividad anual. En este sentido, su apartado 2º preceptuaba que en caso de que un CPE o empresa estibadora previera que la actividad anual podía descender y generar un nivel de ocupación inferior al 85% del nivel óptimo de empleo<sup>1329</sup> la CPSE analizaría las necesidades de empleo de otros operadores del mismo puerto con el fin de ofertarles la incorporación del personal excedente, preservando la confidencialidad sobre la información facilitada por las empresas, especialmente, relativa a su carga de trabajo y actividad futura, absteniéndose de comunicárselo a las demás y evitando identificar el nombre de la empresa de procedencia del personal en las ofertas dirigidas a los operadores. La CNMC identificó una clara afectación sobre la libertad de autoorganización empresarial de las empresas estibadoras en esta funcionalidad atribuida a la CPSE en su Informe de 8 de mayo de 2020, aparte de considerar sensible la información sobre la actividad de las empresas a la que se le daba acceso, con elevado riesgo de difusión a los competidores dada la composición de la CPSE; compuesta mayoritariamente por la patronal ANESCO y el sindicato profesional o de franja CETM. La recomendación inicialmente dirigida por la CNMC en su primer informe fue orientada a que la CPSE no tuviera acceso a información comercialmente sensible

---

<sup>1327</sup> INF/CNMC/094/20, Pág. 8.

<sup>1328</sup> INF/CNMC/035/20, apartado III.2.6, Pág. 13.

<sup>1329</sup> Indicador definido por el artículo 28.3.a) del V Acuerdo Marco (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022).

de las empresas, a pesar de poder contribuir a facilitar la recolocación de los trabajadores excedentes<sup>1330</sup>.

En atención a las anteriores observaciones, el segundo borrador sometido a la CNMC y que motivó el Informe de 28 de julio de 2020, sustituyó el análisis atribuido a la CPSE por la designación, a estos efectos, de un «tercero independiente designado al efecto por la propia empresa o centro portuario de empleo», preservando a los representantes de los trabajadores el derecho a que ésta les informara sobre el número de vacantes potenciales en el puerto sin identificación de las posibles destinatarias<sup>1331</sup>. La fórmula o mecanismo para garantizar la neutralidad e independencia de la figura del «tercero independiente» constituyó el núcleo material de la advertencia que consignó la CNMC en su segundo Informe, en el sentido de sugerir la incorporación de exigencias (como la ausencia de vínculos profesionales, societarios o familiares del tercero con las partes firmantes del acuerdo), susceptibles de mantenerse durante toda la vigencia del texto convencional. Esta precaución fue específicamente incorporada en el texto definitivo del V Acuerdo en los mismos términos de la observación de la CNMC, manteniendo la misma declaración de confidencialidad de la que partía el previo borrador y derivando las conclusiones y propuestas efectuadas por el tercero independiente a las representaciones unitarias y sindicales (de nuevo, de forma acumulativa) de las empresas destinatarias, sin identificar la empresa de procedencia ni la identidad de las empresas destinatarias<sup>1332</sup>. Sobre esta cuestión, se abundará más adelante a propósito del análisis de la legalidad del texto definitivo del V Acuerdo Marco.

Descendiendo a los preceptos que constituyen, a nuestro criterio, la piedra angular del V Acuerdo Marco, esto es, los artículos 35 a 37 y disposición transitoria única -incluidos en el Capítulo VIII sobre «Garantía y estabilidad en el empleo»- referidos a las medidas de «recolocación convencional por continuidad de la actividad en casos de disolución parcial o total del CPE» y «subrogación convencional por sucesión de empresas», en la primera versión del texto convencional, el instituto de la «recolocación» se activaba cuando, bien se acordara la disolución total o la extinción del CPE y los antiguos socios titulares del servicio continuaran la actividad, o bien se acordara la disolución parcial o separación de una empresa estibadora del CPE y el socio separado continuara con la actividad en régimen de autoprestación; asimilándose a esta segunda posibilidad la realización, por parte de una empresa socia de un CPE, de forma continuada, de una demanda de empleo de trabajadores portuarios del CPE que fuera «inferior» al realizado con anterioridad y que afectara «negativamente» al nivel de ocupación del personal del CPE, derivada de la prestación del servicio en régimen de autoprestación o a través del empleo de otro personal o como usuaria de otro CPE o ETT ordinaria.

Nótese, a este respecto, la indeterminación de los términos «inferior» y «negativamente», huérfanos de concretización y que se incorporaron ya en el borrador del acuerdo marco con

---

<sup>1330</sup> INF/CNMC/035/20, apartado III.2.6, Págs. 13-14.

<sup>1331</sup> INF/CNMC/059/20, apartado III.2.6, Págs. 17-18.

<sup>1332</sup> Véase el artículo 31.2 del V Acuerdo Marco, en su versión definitiva.



gran influencia de restricción sobre la libertad de contratación y autoorganización de las plantillas de las empresas estibadoras, limitaciones que podrían ser leídas en clave de penalización de la decisión de separarse o bien reducir la demanda de empleo del CPE, haciendo uso de otros medios admitidos en Derecho a la luz de la reforma legal producida en el sector.

En virtud del artículo 37, en su versión inicial, de darse las condiciones o circunstancias explicitadas en el artículo 35, las empresas estibadoras que continuaran o recibieran la actividad tenían la obligación de ofrecer al personal del CPE afectado la continuidad en el empleo mediante la contratación directa e integración en su plantilla o en la del CPE con el que operaran, con los derechos y condiciones regulados en ese mismo precepto. Tanto el artículo 35 como el 37, según la versión del borrador inicial, debían entrar en vigor a los 20 días de la publicación del V Acuerdo en el BOE.

La CNMC advirtió, en su primer Informe de 8 de mayo de 2020 que, a pesar de que las mentadas disposiciones preveían un periodo temporal en el que las empresas podían valorar su decisión de mantenerse en el CPE o bien separarse de él, éstas eran susceptibles de restringir la competencia entre empresas o de afectar a la libertad de establecimiento, siendo contrarias al espíritu liberalizador del marco regulatorio vigente conformado por el RD-Ley 8/2017 y RD-Ley 9/2019. Así, transcurrido el periodo transitorio de 3 años fijado por la disposición transitoria 1ª del RD-Ley 8/2017, esto es, a partir del 14 de mayo de 2020, las empresas debían ser libres para desvincularse de las sociedades de gestión de la estiba<sup>1333</sup>.

Más allá de su afectación en sede de libertades comunitarias, la CNMC también realizaba un llamamiento a la salvaguarda de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE, a propósito de los que cualquier mecanismo de recolocación que derivara del mutualizado sistema de gestión de la actividad de la estiba portuaria, debía leerse en clave de preservación de la libre competencia en el sector, preceptos que establecerían requisitos de exención a las prohibiciones contempladas en sus apartados primeros sobre la base del análisis de las eficiencias alegadas. En conclusión, a criterio de la CNMC, para poderse validar el instituto de la recolocación regulado en el borrador de acuerdo marco, era necesario, por un lado, acreditar las eficiencias alegadas y, por otro lado, asegurar el carácter voluntario de la asunción del mecanismo por parte de las empresas estibadoras. Finalmente, la efectividad y suficiencia de cualquier decisión de desvinculación, debía partir de la concesión de un plazo que fuera más allá del 14 de mayo de 2020, con el fin de que pudiera ejercitarse en términos de plena libertad de criterio por parte de las empresas estibadoras del mercado.

En el siguiente borrador sometido a la CNMC, valorado en el Informe de 28 de julio de 2020, los agentes sociales acogieron parcialmente las observaciones efectuadas en su predecesor<sup>1334</sup>,

---

<sup>1333</sup> INF/CNMC/035/20, apartado III.2.8, Págs. 14-15.

<sup>1334</sup> Véase la redacción del artículo 34 según el II borrador del V Acuerdo Marco (INF/CNMC/059/20, apartado III.2.7, Págs. 18-21).

en la medida en que pasaron a garantizar la voluntariedad (aunque limitada temporalmente<sup>1335</sup>) de la asunción de las obligaciones asociadas al CPE en un contexto de plena libertad de contratación y salida de los CPE a partir del 14 de mayo de 2020. Ahora bien, se seguía restringiendo la libertad de contratación *ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017 con potencial afectación sobre la competencia, incidiéndose en la necesidad de «acreditación» y «justificación», caso por caso, de las eficiencias derivadas del sistema de mutualización y de la voluntaria asunción de tales obligaciones, bajo el prisma de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE; dificultándose la salida de un CPE de cualquier empresa, estableciendo limitaciones no sólo no consagradas -más allá del periodo transitorio-, sino contrarias a la regulación comunitaria y nacional. Adicionalmente, se fijó un periodo temporal (30 días para la adopción de la decisión y 3 meses para materializarla, a contar desde la publicación en el BOE del acuerdo) carente de amparo legal e insuficiente en aras a la garantía de la voluntariedad en la asunción de la obligación de recolocación.

A mayor abundamiento de lo anterior, se estaba poniendo en riesgo la competencia en igualdad de condiciones entre las ETT y los CPE, abocando a las empresas estibadoras integrantes de un CPE a una potencial situación de desventaja competitiva con respecto de las empresas que acudieran a una ETT ordinaria para la puesta a disposición de personal estibador. A pesar de que el artículo 34 de la segunda versión de borrador del acuerdo insistiera en las eficiencias derivadas del sistema de la mutualización y de la supuesta asunción voluntaria de las obligaciones inherentes -claramente neutralizada por el propio origen «no voluntario» de la adscripción de las empresas estibadoras a las extintas SAGEP, sancionado por el TJUE- advertía la CNMC que no podía aplicarse un automatismo en la constatación de las eficiencias, consistente en presumirse las mismas por el mero hecho de recolocar a los trabajadores o asumir voluntariamente las obligaciones, pues éstas debían acreditarse y justificarse, como se ha indicado, de forma casuística y a la luz de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

En la tercera y última versión del borrador (conocida) del acuerdo, se mantuvo la dicción de los artículos 34 a 36 del anterior borrador del V Acuerdo Marco, incluyéndose, en el artículo 37, la necesidad de realización, por parte de la empresa estibadora saliente y la dirección del CPE, de una «autoevaluación de las eficiencias de la recolocación de personal», preservando la confidencialidad de los datos individuales de las empresas estibadoras y, particularmente, los relativos al volumen de la actividad económica estimada en el futuro. Para los supuestos de discrepancia entre la empresa saliente y el CPE afectada, se atribuía a un tercero independiente la confección de un «informe sobre las eficiencias de la recolocación y subrogación de personal», de modo que, de no acreditarse las eficiencias de la recolocación o subrogación de todo o parte del personal, la empresa saliente *a priori* no estaba obligada a recolocar el personal afectado<sup>1336</sup>. Partiendo de las reiteradas observaciones vertidas en los precedentes Informes, en los que la CNMC insistió en la necesidad de acreditarse y justificarse, caso por caso, las eficiencias, el sistema o mecanismo de la «autoevaluación» en el momento de la salida -

---

<sup>1335</sup> Adoptar la decisión, como máximo, a los 30 días desde la publicación en el BOE y siempre que la salida se materializara en el plazo de 3 meses desde la publicación del acuerdo.

<sup>1336</sup> INF/CNMC/094/20, apartado III.2.5, Págs. 8-11.

consignado en el último Informe publicado, de 10 de noviembre de 2020- que, bajo su criterio, no aseguraba el cumplimiento de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, en la medida en que no permitía garantizarlas durante toda la vigencia del sistema, exigiéndose únicamente en el momento de la salida, circunstancia que desvirtuaba su objeto y fin<sup>1337</sup>.

Así, en relación con el análisis de eficiencias regulado en el artículo 37 respecto de la recolocación de personal, debemos apelar a la Directriz emanada de la Comisión Europea en materia de restricciones de la competencia «por el objeto», con referencia a la jurisprudencia reiterada del TJUE, en virtud de la cual para apreciar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, sería necesario examinar particularmente su contenido, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribiera, añadiendo que, «si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo, nada impide a la Comisión tenerla en cuenta en su análisis»<sup>1338</sup>.

En términos de la Comisión, en las Directrices sentadas en torno a la aplicabilidad del apartado 3º artículo 81 TCE (actual 101 del TFUE), la evaluación constaría de dos partes: una primera enfocada a analizar si el acuerdo podría afectar al comercio entre Estados miembros, por su objeto o por sus efectos reales o potenciales, restrictivo de la competencia y, una segunda, procedente únicamente cuando previamente se hubiera determinado restrictivo el acuerdo para la competencia, consistente en determinar sus efectos favorables a la competencia y evaluar si superan a los restrictivos. Así pues, los efectos «anticompetitivos» y «procompetitivos» se sopesarían, exclusivamente, en el marco del apartado 3º del artículo 101 del TFUE<sup>1339</sup>. En este sentido, las mejoras de eficiencia alegadas, a la luz de la interpretación del derecho originario, deberían justificarse y verificarse con respecto de los siguientes aspectos: (i) la naturaleza de las eficiencias; (ii) el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias; (iii) la probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada y (iv) cómo y cuándo se obtendrá cada supuesta eficiencia<sup>1340</sup>.

---

<sup>1337</sup> A propósito del artículo 101.3 del TFUE, el párrafo 146 de las Directrices relativas a su aplicación, «En algunos casos el acuerdo restrictivo constituye un acontecimiento irreversible. Una vez aplicado el acuerdo restrictivo, no puede restablecerse la situación anterior. En tales casos, la evaluación debe efectuarse exclusivamente en función de los hechos del momento de aplicación del acuerdo (...). (Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, 2011/C 11/01, DOUE C 11/1, de 14 de enero de 2011).

<sup>1338</sup> Párrafo 25 de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, 2011/C 11/01, DOUE C 11/1, de 14 de enero de 2011, en relación con los Asuntos acumulados C-501/06 P y otros, *GlaxoSmithKline*; Considerando 58º y asunto C-209/07, *BIDS*, Considerando 15 y siguientes.

<sup>1339</sup> Párrafos 11 y 50 de Comisión Europea, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (2004/C 101/08; C 101/97, DOUE de 27 de abril de 2004).

<sup>1340</sup> Párrafo 51 de Comisión Europea, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (2004/C 101/08; C 101/97, DOUE de 27 de abril de 2004). Sobre el contenido de cada exigencia, véanse los párrafos 52 a 58 de las Directrices.

En su virtud, la identificación de las distintas eficiencias constituiría tan sólo una de las cuatro condiciones de exigida verificación por el TFUE, de forma acumulativa, en aras a admitir el acuerdo restrictivo de la competencia, en la medida en que la aplicación de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 101 estaría supeditada a cuatro condiciones: (i) los acuerdos deberían contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; (ii) debería reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; (iii) las restricciones deberían ser indispensables para alcanzar los objetivos y (iv) el acuerdo no debería ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Con base en las anteriores condiciones, la CNMC señaló, en su último Informe de 10 de noviembre de 2020, la necesidad de examinar de forma casuística tanto los potenciales efectos restrictivos del acuerdo como la indispensabilidad objetiva de sus cláusulas, en aras a asegurar las eficiencias en la provisión temporal de trabajadores, así como de la reserva de una parte equitativa de los beneficios a los consumidores y usuarios de los servicios, sin eliminar la competencia en el concreto mercado<sup>1341</sup>.

A propósito de la advertencia relativa a la insuficiencia del plazo para la toma de la decisión de desvinculación plasmada en el anterior Informe de julio de 2020, en el último borrador se recogió la posibilidad de ampliación del plazo de materialización de la salida hasta un máximo de 6 meses, a validar por un tercero independiente previa motivación con claridad las circunstancias objetivas concurrentes, manteniéndose el plazo de 30 días para la adopción de la decisión; identificado como insuficiente por la CNMC, siendo objeto de leve -e inocua, como se verá más adelante- enmienda en la última versión del acuerdo, ampliándose hasta dos meses<sup>1342</sup>.

Especial referencia merece la evaluación desfavorable del procedimiento de elección del tercero independiente efectuada por la CNMC en su último Informe de 10 de noviembre, al no concretar ni acotar temporalmente la designación, ni establecer un cauce específico para llevarla a cabo, así como tampoco un sistema de determinación de la persona adecuada, al repercutir todo ello en perjuicio de los intereses de la empresa saliente, pudiéndose originar un conflicto de intereses en el marco del CPE. La propuesta que planteó la CNMC sobre esta cuestión fue la de establecer «cautelos» para asegurar la independencia del tercero respecto a los intereses de las partes, así como introducir consideraciones de competencia en la resolución del posible conflicto, pudiendo prorrogar el tercero el plazo de materialización de la salida efectiva de la empresa<sup>1343</sup>.

---

<sup>1341</sup> El párrafo 6º del artículo 37 de la versión definitiva del V Acuerdo Marco recoge que «La obligación de recolocación estará condicionada a que los Informes de autoevaluación (tanto de la empresa estibadora saliente como del CPE o, en su caso, del tercero independiente) acrediten suficientemente el cumplimiento de las cuatro condiciones acumulativas establecidas en el artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia».

<sup>1342</sup> Véase la disposición transitoria del V Acuerdo Marco (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022).

<sup>1343</sup> INF/CNMC/094/20, apartado III.2.5, Págs. 10-11.

El sistema finalmente definido en el texto definitivo del acuerdo no preservó las cautelas advertidas por la CNMC y, en relación a los términos de la recolocación, a pesar de definir el sistema de resolución de las discrepancias por parte de un tercero nombrado de entre los mediadores o árbitros del SIMA, debido a la facultad de elección atribuida a la CPSE -en la que pueden existir conflictos de intereses dada la presencia de empresas competidoras entre sí- considero que podría desvirtuarse la neutralidad pretendida por las observaciones de la CNMC, máxime al no incluirse la salvaguarda de inexistencia, por parte de la persona designada para la resolución de la controversia, de vínculos profesionales, societarios o familiares con las partes firmantes del Acuerdo o cualquiera de los sujetos afectados por el mismo ni en la resolución de la discrepancia (sobre la obligación o no de recolocación y subrogación), ni tampoco en la resolución de las discrepancias surgidas en torno a las materias laborales concretas objeto de discusión<sup>1344</sup>. Sobre esta cuestión, se volverá en el siguiente epígrafe dedicado al análisis de (i) legalidad de algunas disposiciones del V Acuerdo Marco.

En relación con la jubilación forzosa y la tasa de reposición, se partió de un primer borrador de V Acuerdo Marco en cuya disposición adicional 2ª se regulaba la jubilación forzosa del personal que alcanzara la edad legal de jubilación y tuviera derecho al 100% de la pensión de jubilación, condicionándose a que se aplicara una tasa de reposición concreta, dependiente de la situación de empleo respecto al nivel óptimo de empleo de cada empresa, en cuya determinación, de nuevo, participaba la CPSE. Dado el condicionamiento que sobre la competitividad podía tener la tasa, la principal observación de la CNMC en su primer Informe de 8 de mayo se reservó a la innecesaria participación de la CPSE en esta materia, dado el acceso que se le daría a información sensible de las empresas estibadoras, recomendando sustituir su intervención por la de los sindicatos<sup>1345</sup>. En la versión definitiva del acuerdo, se convino que la jubilación forzosa quedaría condicionada a la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una persona trabajadora (hombre o mujer) o una mujer, según procediera en aplicación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores<sup>1346</sup>.

Por último, en materia de formación y prácticas no laborales, el texto del primer borrador del acuerdo marco partía de la asunción de la necesidad prioritaria de establecer unos planes permanentes de formación profesional de los estibadores portuarios» -dicción mantenida en las sucesivas versiones-, a cuyo fin constituía la Comisión Sectorial Estatal de Formación (CSEF), integrada en la CPSE. De entre las funciones atribuidas a ésta, destacarían las

---

<sup>1344</sup> El apartado 2º del artículo 37 de la versión definitiva del Acuerdo Marco, bajo la rúbrica de «Condiciones para la recolocación» estableció que «(...) Cualquier discrepancia entre la empresa estibadora, la representación legal y sindical del personal afectado y el CPE respecto al número, grupo profesional y especialidades de trabajadores del CPE que deben ser objeto de subrogación o recolocación, datos estadísticos de retribución y antigüedad media será resuelta por un tercero nombrado por la CPSE de entre los mediadores o árbitros adscritos en el SIMA».

<sup>1345</sup> INF/CNMC/035/20, apartado III.2.9, Págs. 15-16.

<sup>1346</sup> Véase el apartado 3º de la Disposición adicional segunda de la versión publicada del Acuerdo Marco (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022).

vinculadas a los certificados de profesionalidad, el uso de los recursos de formación, los planes de formación, el establecimiento de criterios de las medidas complementarias y de acompañamiento de la formación o la elaboración de censos de centros de formación especializados en el sector y la emisión de valoraciones sobre los mismos. En su primer Informe, de 8 de mayo de 2020, la CNMC ya advirtió que las amplias atribuciones reconocidas a la CSEF (en el marco de la CPSE) eran susceptibles de restringir la competencia, en la medida en que podían generar tratamientos desiguales entre empresas, atribución de exclusividades o crear obstáculos para el acceso a la actividad, favoreciendo el alineamiento de comportamientos comerciales entre empresas o cualquier otra restricción de la competencia, creando barreras de acceso a la profesión vía establecimiento de criterios para la formación o el acceso de trabajadores no previstos legalmente (incluyéndose la obligación de realización de prácticas no laborales)<sup>1347</sup>.

En su primer informe, la CNMC recomendó la incorporación de un compromiso de respeto del derecho de la competencia en esta materia, así como de ulteriores cautelas en aras a evitar la aparición de riesgos. A este fin, señaló que cualquier función que supusiera el apoyo a empresas o el otorgamiento de fondos debería asegurar el trato a cualquier empresa legalmente capacitada para realizar las actividades de que se tratara en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias<sup>1348</sup>. En concreto, con respecto del artículo 54.2, apartado m), en el que se recogía la función de la CSEF relativa a la elaboración de un «censo de centros de formación especializados en el sector y emitir una valoración para la colaboración con los mismos», tomando en consideración los centros de formación existentes en aras a su aprovechamiento, la CNMC identificó riesgos de restricción de la libre competencia dado su ánimo coordinador con los centros formativos. En virtud de la primera versión del artículo 55.1, sobre colaboración con centros formativos, la CNMC consideró que un acceso privilegiado de los CPE a las entidades de formación con respecto a otras, podía restringir la competencia en la formación de trabajadores; dada la posibilidad de proporcionar formación por parte de otras entidades que no fueran el CPE, por lo que la posibilidad de cesión de instalaciones y material por las empresas estibadoras debía extenderse a cualquier empresa que proporcionara servicios de formación en el ámbito de la estiba portuaria<sup>1349</sup>.

En el segundo borrador, los agentes sociales eliminaron la competencia de la CFSE relativa a la elaboración de un censo de centros de formación y la emisión de una valoración para colaborar con éstos (artículo 54.2.m) contenida en la precedente versión, si bien se mantuvieron otras funciones relativas al establecimiento de criterios para la formación o el acceso de los trabajadores, incluyendo la obligación de realizar prácticas no laborales, participar en el diseño y proponer a las autoridades competentes el contenido de los certificados de

---

<sup>1347</sup> INF/CNMC/035/20, apartado III.2.10, Págs. 16-17.

<sup>1348</sup> Párrafo 4º del apartado III.2.10 del INF/CNMC/035/20.

<sup>1349</sup> En la primera versión del borrador del artículo 55.1, se preveía que «Con objeto de facilitar la realización de prácticas no laborales del alumnado que curse estudios para la obtención del certificado de profesionalidad de la estiba portuaria, las empresas estibadoras podrán colaborar con los centros formativos mediante la puesta a disposición de los Centros portuarios de empleo (CPE) de las instalaciones y material necesarios para la formación en operativa real».

profesionalidad de los estibadores, creando potencialmente barreras de acceso a la profesión. En consecuencia, en el Informe emitido el 28 de julio de 2020, la CNMC apuntó a la necesidad de ejercitar las funciones con respeto al derecho de la competencia e introducir mayores cautelas en aras a evitar los riesgos detectados<sup>1350</sup>.

A su vez, el artículo 55 del segundo borrador preveía la necesidad de designación de un tutor por alumno en la realización de las prácticas, que fuera del CPE o de la empresa estibadora. En la medida en que la declinación de esta función por parte de los eventuales tutores podía implicar un bloqueo para la realización de las prácticas, la CNMC conminó a la incorporación de mecanismos que garantizaran que las peticiones de designación de un tutor se atendieran, cualquiera que fuera la entidad que organizara o impartiera la formación. Sobre la cuestión de la tutorización, en el tercer borrador sometido a la CNMC se incorporó una previsión en virtud de la cual, a pesar de ser voluntaria para el trabajador o trabajadora propuesto/a, se asumía una suerte de compromiso colectivo de atender las necesidades formativas del puerto. En caso de incumplimiento de dicho compromiso, la empresa estibadora o el CPE podría designar tutores con carácter obligatorio entre el personal que tenga la aptitud y capacitación necesarias. En atención a la cautela advertida por la CNMC en su último informe, de 10 de noviembre de 2020, relativa al riesgo de vaciarse de trascendencia práctica tal compromiso de no preverse un procedimiento «concreto y acotado temporalmente para la designación de tutores», la versión definitiva del acuerdo incorporó una última previsión en el tercer párrafo del artículo 55.1, en virtud de la cual se establecieron criterios de designación por parte de la empresa basados en la antigüedad, aplicables en supuestos de falta de acuerdo<sup>1351</sup>.

En relación con el amplio elenco de funciones atribuidas a la CSEF, la CNMC siguió incidiendo, en su último informe, en la forma o modo de ejercer tales funciones, de modo que recomendó la incorporación del compromiso de respetar la normativa de competencia e introducir sistemas para evitar que aparecieran los riesgos detectados<sup>1352</sup>. Este explícito compromiso, reiteradamente petitionado por la CNMC, no se trasladó en la última versión del texto del acuerdo, limitándose éste a convenir el desempeño de funciones y competencias con «plena objetividad e independencia» y con el único objetivo de «mantener y mejorar el nivel profesional de los estibadores portuarios». Sobre las amplias funciones atribuidas a la CSEF en materia de formación, su colaboración y coordinación con la CPSE y la resistencia a incluir un compromiso de respeto de la libre competencia en este ámbito, nos remitimos al examen que se abordará en el siguiente epígrafe del presente estudio.

En definitiva, la intensa intervención de la CNMC durante el año 2020 a propósito de las distintas versiones del texto convencional que le fueron sometidas concluyó con un primer

---

<sup>1350</sup> INF/CNMC/059/20, apartado III.2.8, Págs. 21-23.

<sup>1351</sup> «(...) La designación del tutor de forma obligatoria requerirá la previa audiencia a la Comisión de Formación, que podrá realizar una propuesta al respecto. En caso de inexistencia de acuerdo en la propuesta en el plazo de 30 días la empresa designará alternativamente al de mayor y menor antigüedad de entre las personas capacitadas». (INF/CNMC/094/20, apartado III.2.9, Págs. 11-12).

<sup>1352</sup> Véase el párrafo 3º del apartado III.2.6 del INF/CNMC/094/20.

Informe que formuló 10 observaciones al borrador del V Acuerdo Marco y, en términos preliminares, planteó sus potenciales distorsiones en materia de competencia. Por otro lado, a pesar de no ser su ámbito material, también identificó las restricciones en materia de libertad de contratación y autoorganización empresarial; siendo su núcleo sustantivo, en síntesis, el referido a (i) la intervención de la CPSE en la contratación de nuevos trabajadores, con efecto restrictivo a la libertad de autoorganización empresarial y riesgo de intercambio de información sensible [artículos 6.3.d), 15.1 y 28]; (ii) a la contratación temporal de trabajadores (artículo 12), los sistemas de organización del trabajo (artículo 13) y la oferta de empleo al personal de los CPE (artículo 15.1), provocando una situación de desventaja competitiva injustificada frente a las ETT ordinarias u otros modos de prestación del servicio, susceptible de distorsionar la competencia y (iii) a las medidas de recolocación y subrogación convencional (artículos 35 a 37 y Disposición Transitoria Única), limitativas de la competencia y contrarias al espíritu de liberalización previsto en el RD-Ley 8/2017 y el RD-Ley 9/2019, una vez expirado el periodo transitorio de 3 años a partir del 14 de mayo de 2020.

Las observaciones vertidas en el segundo Informe, de 28 de julio de 2020, se redujeron a 8, pues no se abordó la redacción del artículo 29 del acuerdo al haberse enmendado tras el primer informe (sobre la preferencia a la contratación de trabajadores de los grupos profesionales I y II) ni la disposición adicional 2ª relativa a la jubilación forzosa, también reconducida en la segunda versión del texto sometido. Ahora bien, la CNMC seguía considerando que: (i) no estaba garantizada la protección de la información confidencial y sensible en el marco de la CPSE, (ii) el porcentaje del 75% de personal fijo -*ex* artículo 12- continuaba suponiendo una significativa limitación a la capacidad de autoorganización empresarial, sobre todo, de las empresas de tamaño más reducido; (iii) se seguía manteniendo una prioridad en el llamamiento de trabajadores (artículo 13) distorsionador de la competencia, al proporcionar una ventaja competitiva al colectivo de trabajadores del CPE frente al personal de las ETT ordinarias; (iv) la capacidad de las empresas estibadoras en materia de formación profesional para la promoción profesional seguía limitada; (v) la independencia del «tercero» encargado en el artículo 31.2 de analizar las necesidades de empleo no estaba garantizada a través de ningún mecanismo o cauce expresamente previsto a tales efectos; (vi) los artículos 34 a 37 y la disposición transitoria única seguían manteniendo limitaciones a la libertad de contratación y dificultaban la separación de cualquier empresa del CPE y, por último, (vii) no se recogía ninguna previsión relativa al respeto del derecho de la competencia en el ejercicio de las funciones de la CSEF en materia formativa, ni tampoco se garantizaba a través de un sistema específicamente diseñado a tal fin, la designación segura de un tutor de prácticas.

Finalmente, como se desprende del análisis por materias realizado *ut supra*, las observaciones en el tercer (y último) Informe de la CNMC, de 10 de noviembre de 2020, se redujeron a 7, al prescindir de nuevas observaciones referidas a la adecuación dinámica de la plantilla a las necesidades operativas *ex* artículo 31, reiterándose objeciones en torno a los siguientes ámbitos o aspectos: (i) la intervención de la CPSE en la contratación de nuevos trabajadores y su deber de sigilo (artículo 6.7); (ii) la limitación a la contratación temporal de trabajadores (artículo 12), (iii) los sistemas de organización y distribución del trabajo (artículo 13) en la medida en que los cambios introducidos para neutralizar la preferencia al personal CPE no resolvían la situación; (iv) la formación y promoción profesional (artículo 18) y el riesgo de difusión de



información comercialmente sensible; (v) las medidas convencionales para la garantía y la estabilidad en el empleo (artículos 34 a 37 y disposición transitoria única), sus referencias al tercero independiente en la autoevaluación de las eficiencias y el plazo concedido para materializar la salida del CPE y (vi) la formación y las prácticas no laborales (artículos 53 a 55), aludiendo a una garantía sobre la libre competencia todavía inexistente así como a la necesidad de incorporación de sistemas que evitaran la aparición de los riesgos detectados, *so pena* de iniciar un procedimiento sancionador en caso de materialización de estos, máxime dada la dicción de algunas disposiciones contenidas en el acuerdo en materia de selección y contratación de personal<sup>1353</sup>.

Como se colige del análisis del presente epígrafe en conjunción con el 5.3, las observaciones de la CNMC plasmadas en sus tres informes discurrieron en paralelo a la tramitación de la impugnación del IV Acuerdo Marco ante la Audiencia Nacional, que finalizó con la declaración de nulidad de parte de sus disposiciones -entre las que se encontraba su Disposición Adicional 7ª, referida al instituto de la subrogación- en los términos que ya han sido examinados con anterioridad. Así, el contexto marcado por el resultado de la Sentencia núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021 y la necesidad de incorporar en el convencional las reiteradas observaciones y advertencias vertidas por la CNMC dificultaron que el V Acuerdo Marco pudiera ver la luz a lo largo del año 2021; situación que se turnó a resultados del impulso dado por la reforma del artículo 18 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, sobre Empresas de Trabajo Temporal, *ex* Ley 4/2022, de 25 de febrero.

b) La Ley 4/2022, de 25 de febrero, y su impacto sobre la (i)legalidad del V Acuerdo Marco del sector de la estiba

#### *b.1. Sobre la modificación del artículo 18 de la Ley 14/1994, de 1 de junio*

A propósito del *statu quo* mantenido en la gestión del trabajo de la estiba a pesar de las normas liberalizadoras dictadas en el orden interno en cumplimiento de la STJUE de 11 de diciembre de 2014<sup>1354</sup> y, partiendo de una primera resolución judicial que, si bien no constituye jurisprudencia, actuaría como precedente judicial vinculante- en la que se confirmaba la tesis de la CNMC<sup>1355</sup> y se sancionaba, vía declaración de nulidad de pleno derecho, la regulación de la subrogación convencional en el sector- era cuanto menos deseable que el ejecutivo desarrollara el RD-Ley 9/2019 en unos términos que permitieran cerrar el debate en torno a esta cuestión, culminando el propósito liberalizador marcado por las primeras normas dictadas en 2017 en cumplimiento de la Sentencia del TJUE<sup>1356</sup>.

---

<sup>1353</sup> *Vid.* III.2.2. del INF/CNMC/094/20.

<sup>1354</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576 (procedimiento de infracción 2009/4052).

<sup>1355</sup> En lo que atañe a la Disposición Adicional Séptima del IV Acuerdo Marco (Resolución Expte. S/DC/0619/17). *Vid.* Epígrafe 5.2.

<sup>1356</sup> Para una perspectiva de competencia del régimen jurídico de la estiba previo a la aprobación de la Ley 4/2022, véase CANEDO ARRILLAGA, M.P. «El régimen jurídico de la estiba en España: una visión desde la

La realidad de la positivización normativa ha sido distinta. El poder legislativo ha abogado por marcar una clara retrocesión en el camino liberalizador iniciado por el Gobierno en los precedentes RD-Ley 8/2017 y 9/2019, a través de la modificación del artículo 18 de la LETT llevada a cabo vía Disposición Final 1ª de la Ley 4/2022 de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica<sup>1357</sup>.

Con ocasión de esta reforma, lejos de limitarse o matizarse la «especialidad» propia de los CPE en su día diseñada por el legislador -en la medida en que, de no haberse configurado como específica ETT del sector, se hubieran podido evitar los riesgos de petrificación de un sistema instaurado al margen del libre mercado-, el legislador ha potenciado su distanciamiento con respecto del sistema ordinario de gestión de empresas de puesta a disposición.

Si partimos de la libertad de contratación de estibadores portuarios<sup>1358</sup> previo cumplimiento de los requisitos de profesionalidad *ex* Real Decreto 988/2013, de 13 de diciembre y IV Acuerdo Marco -en la parte ultraactiva no afectada por la nulidad vigente a fecha de la aprobación de la Ley 4/2022- la primera paradoja que se presentaba en la nueva redacción del artículo 18 LETT, apartado 1º, derivaba de su propia definición o conceptualización, en cuya virtud los CPE se pasaban a erigir en empresas de propiedad conjunta de base mutualista constituidas voluntariamente «con respeto de la competencia efectiva entre las empresas»<sup>1359</sup>. Si el respeto de la efectiva competencia forma parte de las notas definitorias y configuradoras del CPE, de entrada y, sin perjuicio de ulteriores disquisiciones que se realizarán, considero que sería altamente complejo lograr este acomodo partiendo de las notables facultades convencionales asignadas a la Comisión Paritaria Estatal en este sector (CPSE), en la que por su propia composición se hallan representados los competidores directos de cada empresa con capacidad de tomar decisiones en términos de clara desventaja competitiva.

Descendiendo en el análisis del objeto de los CPE, previa acreditación de la preceptiva licencia de prestación de servicios portuarios por parte de las empresas estibadoras, se advierte que el segundo párrafo del apartado 1º del artículo 18 delimita el ámbito de su objeto social, que residencia en (i) el empleo de personas trabajadoras de la estiba portuaria para su puesta a disposición, de forma temporal, de empresas titulares de licencia de prestación del servicio o de autorización de servicios comerciales portuarios y, por otro lado, (ii) la formación de los

---

perspectiva de competencia», *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (1), 2022. Págs. 436-467. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6506>

<sup>1357</sup> BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2022.

<sup>1358</sup> *Ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017.

<sup>1359</sup> El apartado 1º del artículo 18 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, en la versión dada por la Ley 4/2022 (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2022) establece que: «Los centros portuarios de empleo son empresas de propiedad conjunta de base mutualista, constituidas voluntariamente, con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes y con respeto de la competencia efectiva entre las empresas, para satisfacer de forma óptima la necesidad común de los socios de disponer de trabajadoras y trabajadores portuarios especializados en número y capacitación suficiente para prestar de forma eficiente el servicio portuario de manipulación de mercancías».

trabajadores, sin perjuicio de poderse desarrollar en ámbitos ajenos al CPE<sup>1360</sup>. Recuérdese que, para poder operar en el mercado e incorporar como socias a las empresas titulares de la licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías, los CPE deben haber sido debidamente autorizados por la Administración ex artículo 2 LETT, con una serie de particularidades que no operarían en el mercado común de las ETT ordinarias, cuales son: (i) sustituir los términos «empresa de trabajo temporal» o «ETT» por la de «centro portuario de empleo» o su abreviatura «CPE» y (ii) dotarse de un personal de estructura mínimo calculado en base al número de días de puesta a disposición de estibadores contratados temporalmente en el año anterior y, en caso de inicio de su actividad, contar con al menos dos personas de estructura con contrato indefinido, cuya duración debería mantenerse durante todo el tiempo de actividad del CPE<sup>1361</sup>. La obligación legal de cumplir con una dotación mínima de trabajadores con base en los parámetros de cálculo indicados, más allá de poder colisionar con la libertad de contratación reconocida a las empresas estibadoras ex artículo 2 del RD-Ley 8/2017 en su condición de socias de los CPE, también sería susceptible de generar agravios comparativos con respecto a las ETT ordinarias, exentas de tal obligación, al tiempo de generar situaciones de desigualdad entre los trabajadores que accedieran al empleo a través de una ETT y los que accedieran a través de un CPE.

Sentadas las dos particularidades básicas que separan a los CPE de las demás ETT ordinarias advertidas de la mera dicción de la ley, para la correcta consecución del objeto social de los CPE y, según prevé el legislador, favorecer la «eficiencia en la gestión» y la «calidad del empleo», se han establecido en el apartado 4º del artículo 18 LETT una serie de obligaciones a las empresas estibadoras socias de los CPE que merecen, por su elevado impacto -ya sea directa o indirectamente- en la libre competencia ex artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, ser desgranadas.

La primera obligación (letra a, párrafo 1º) consiste en «contribuir» al mantenimiento del empleo y «garantizar» la ocupación efectiva del personal del CPE. Según la dicción literal de la norma, ambas acciones se lograrían vía petición de cesión temporal de trabajadores portuarios para el desarrollo de las actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías (ex artículo 130 del RDL 2/2011, de 5 de septiembre) que no fueran realizadas por el personal propio de la empresa socia, «en los términos que se establezca en el contrato marco de prestación de servicios». La primera cuestión que procedería formularse giraría en torno a los eventuales límites que, en su virtud, se establecerían sobre el declarado libre mercado en aras a la constitución de empresas de trabajo temporal que, entre otras entidades, cedieran a trabajadores portuarios a las empresas estibadoras. No cabe duda, pues a tal efecto coadyuvó el legislador en su momento a través de la configuración de esta «*sui generis*» modalidad de ETT, que la mentada disposición legal buscaría reforzar esta vía de disposición de personal como única y exclusiva, cerrando el mercado a que las empresas estibadoras puedan acudir a otras ETT a fin de dotarse de personal especializado, a través de las condiciones establecidas en el

---

<sup>1360</sup> El régimen de puesta a disposición de trabajadores, ex párrafo 2º del artículo 18.1 LETT, debe determinarse a través de los estatutos o de un contrato marco de prestación de servicios.

<sup>1361</sup> Las exigencias o «peculiaridades» son establecidas en el apartado 3º del artículo 18 LETT, en la versión dada por la Ley 4/2022.

contrato marco de prestación de servicios suscrito entre las empresas socias y el CPE. Dado el tenor del apartado 4º del artículo 18, se observa que el apartado 2º del mismo precepto se constituiría en una mera declaración de intenciones, toda vez que, a pesar de reconocer que los CPE «también podrán contratar la puesta a disposición de su personal con terceras empresas no socias» o que los socios del CPE «podrán contratar la prestación de los servicios de estiba y de formación (...) con otros operadores», tales disposiciones carecerían de virtualidad al condicionarse la consecución del objeto social de los CPE a las garantías y obligaciones exigidas en el citado apartado 4º.

Tal efecto se colige, asimismo, del análisis del párrafo 2º del artículo 4.a), pues deviene elocuente la remisión que efectúa la ley a la negociación colectiva, facultando a los agentes negociadores a pactar distintas fórmulas organizativas (supuestamente, a modo de «orientaciones») en el ámbito de la organización y distribución del trabajo, incluida la fijación de nombramientos y turnos, sistemas de rotación y «otros» que contribuyan a la estabilidad y calidad en el empleo y mayor eficiencia en la prestación del servicio<sup>1362</sup>.

Cabe recordar, en este punto, el alcance material de los preceptos convencionales del IV Acuerdo Marco declarados nulos de pleno derecho por parte de la Audiencia Nacional, gran parte de los cuales versaban precisamente sobre la organización y distribución del trabajo, con amplias facultades de *ius variandi* empresarial atribuidas a la Comisión Paritaria Sectorial (CPSE)<sup>1363</sup>. Así, la entrada *ex lege* y sin límite alguno de la vía convencional en esta materia facilitaría la perpetuación de la situación que existía antes de la aprobación de los RD-Ley 8/2017 y 9/2019; máxime dadas las reiteradas observaciones vertidas por la CNMC en los Informes emitidos a lo largo del año 2020, en relación con las amplias facultades de autoorganización empresarial otorgadas a la CPSE<sup>1364</sup>. Nótese que la entrada de la negociación colectiva se activaría a través de una genérica prescripción relativa a «establecer las especificaciones necesarias para el desarrollo de esta obligación [léase como contribución al mantenimiento del empleo y garantía de ocupación efectiva del personal del CPE]», especificaciones que podrían concretarse, de forma singular o individual -según se desprende del adverbio «particularmente»- a través de «orientaciones» en los ámbitos materiales indicados. De los borradores del V Acuerdo Marco, analizados a propósito de los Informes emitidos por la CNMC durante el año 2020, se desprende que los agentes negociadores incluirían estipulaciones y compromisos de obligado cumplimiento en aras a lograr el mantenimiento del empleo y la ocupación efectiva del personal, entre otros, vía fijación de indicadores vinculados a la calidad del empleo («nivel óptimo de empleo», «nivel de ocupación» y «nivel de ingresos»), que en la versión definitiva del acuerdo se consignan en el apartado 3º

---

<sup>1362</sup> El párrafo 2º del apartado a) del artículo 18.4 LETT establece que «La negociación colectiva podrá establecer las especificaciones necesarias para el desarrollo de esta obligación, particularmente mediante orientaciones en el ámbito de la organización y distribución del trabajo, incluida la fijación de nombramientos y turnos, sistemas de rotación y otros que contribuyan a la estabilidad y calidad en el empleo y a una mayor eficiencia en la prestación del servicio».

<sup>1363</sup> *Vid.* Epígrafe 5.3.

<sup>1364</sup> *Vid.* Epígrafe 5.4.a).

de su artículo 28<sup>1365</sup> o vía establecimiento de elevados porcentajes mínimos de contratación indefinida y a tiempo completo<sup>1366</sup>; alejadas de cualquier disposición de naturaleza meramente «orientativa», a cuyo establecimiento, al propio tiempo, habría coadyuvado el legislador a través de la nueva redacción del artículo 15.8 del ET<sup>1367</sup>, en cuya virtud se habilitaba que los convenios colectivos establecieran planes de reducción de la temporalidad y fijaran criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación con carácter temporal y la plantilla total de la empresa, fijando porcentajes máximos de temporalidad y consecuencias asociadas al incumplimiento de los mismos.

La segunda obligación (letra b) impuesta a las empresas estibadoras referiría a la «colaboración» en la formación, perfeccionamiento y promoción profesional del personal del CPE, en régimen, enuncia la norma, de «no exclusividad». La fórmula de la colaboración se concretaría en la «puesta a disposición» a los CPE de los nuevos medios y sistemas de trabajo para la impartición de la formación necesaria y simultánea del personal contratado por las empresas estibadoras y puesto a disposición por el CPE. El mecanismo o vía de colaboración en materia formativa constituiría una forma más de cerrar el mercado frente a la posibilidad de acudir a otras ETT para dotarse de personal, que cohonestaba plenamente con el propósito de monopolizar la gestión de los estibadores portuarios. A este respecto, deben destacarse las observaciones realizadas en materia formativa por parte de la CNMC en los Informes emitidos durante el 2020<sup>1368</sup>, en las que se incidió en la distorsión que podía provocar sobre la competencia efectiva la puesta a disposición de información, medios y sistemas de trabajo únicamente a favor de los CPE por parte de las empresas estibadoras, motivo por el cual entendemos que el legislador incorporó la previsión «en régimen de no exclusividad». Ahora bien, dado el reconocimiento de una obligación legal de colaboración, inexistente antes de reformarse el artículo 18 LETT, la realidad práctica podría suponer una expulsión (actual o potencial) de competidores no amparada por la legalidad, además de una limitación del *ius variandi* de las empresas estibadoras, en la medida en que la dicción legal no se habría formulado desde el prisma del reconocimiento de la capacidad para impartir la formación de forma autónoma por parte de éstas, en unos términos que dotaran de plena coherencia el artículo 3 del RD-Ley 9/2019 referido a las facultades de organización y dirección de las empresas estibadoras, sino desde el prisma de la colaboración con los CPE, restándoles autonomía y virtualidad propia para organizar formación en un plano de igualdad con respecto de los CPE. Considero que esta incorporación en el artículo 18.4 LETT ha facilitado a los agentes sociales

---

<sup>1365</sup> La obligatoriedad de las disposiciones contenidas, ajenas a cualquier concepto de «orientación», se desprende de los propios términos con los que se introduce el establecimiento de los indicadores: «(...) las partes convienen establecer como indicadores para garantizar la calidad en el empleo de las personas trabajadoras del sector en orden al adecuado dimensionamiento de las plantillas y a los compromisos asumidos en el Acuerdo (...)». (Artículo 28.3 del V Acuerdo Marco, BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022).

<sup>1366</sup> Véase el artículo 12 del V Acuerdo Marco (BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022) y las observaciones particulares vertidas por la CNMC en torno a los porcentajes fijados en éste, en los INF/CNMC/035/20, INF/CNMC/059/20 y INF/CNMC/094/20, de 8 de mayo, 28 de julio y 10 de noviembre de 2020; respectivamente.

<sup>1367</sup> A través del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre.

<sup>1368</sup> *Vid.* Epígrafe 5.4.a).

que prosperara la redacción del artículo 18 del V Acuerdo Marco, cuyo contenido había sido objeto de reiteradas objeciones por parte de la CNMC, neutralizando o desactivándose éstas vía intervención legislativa.

La tercera y última obligación fundamental impuesta por el legislador (letra c) considero que constituye una fórmula obligacional encaminada a desincentivar el ejercicio del derecho a la separación por parte de las empresas estibadoras, máxime si se analiza en conjunción con el contenido y remisión que efectúa el apartado 5º del artículo 18 LETT, que se abordará seguidamente. Así pues, la ley impone a las empresas estibadoras la obligación de «participar» en la puesta en práctica de las medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos colectivos y en las medidas sociales de acompañamiento, como las de recolocación, que conforme al artículo 51 ET pudieran acordarse en el CPE<sup>1369</sup>. A modo retórico, cabría preguntarse a qué empresa estibadora le interesaría, dentro de este marco preestablecido, separarse del CPE si aun así mantiene una obligación empresarial propia de una sociedad de la que ya no formaría parte desvinculada de la asunción efectiva del personal en los términos que viene definida la institución de la sucesión de plantillas. El mantenimiento de esta obligación, que formaría parte del objeto social del CPE -construido sobre el concepto del mutualismo-, se colige del apartado 5º del artículo 18, que reconoce el derecho de los socios de un CPE a transmitir su participación en el capital social a otra empresa titular de la licencia del servicio de manipulación de mercancías o bien a ejercer su derecho de separación, «sin perjuicio de lo previsto en la letra c) del apartado anterior y de aquellos mecanismos e instrumentos de estabilidad en el empleo que resulten de aplicación de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo», esto es, la participación en las medidas que eviten o reduzcan los despidos colectivos y medidas sociales de acompañamiento.

En este orden de la exposición, es pertinente detenerse en el análisis del régimen transitorio previsto por la norma. Para transitar hacia unos estatutos de los CPE acordes con la nueva redacción del artículo 18 de la LETT, la Disposición Transitoria Única de la Ley 4/2022 establecía un plazo máximo de dos meses desde su entrada en vigor (que finalizó el 2 de mayo de 2022) para adaptar su redacción tanto a dicho precepto como a su Disposición Adicional Séptima, en virtud de la cual las ET (que no se constituyeran como CPE) que, entre otras puestas a disposición, realizaran las de personal de estiba portuaria, quedaban obligadas a cumplir los compromisos y particularidades *ex* apartados 3.b) y 7 del artículo 18 -personal mínimo de estructura y remisión de contratos a la Autoridad Laboral-; debiendo los CPE concertar con cada socio el correspondiente contrato marco de prestación de servicios.

Durante este periodo transitorio, que no deja de guardar cierto paralelismo teleológico con el que en su día fue el fijado por la Disposición Transitoria 1ª del RD-Ley 8/2017<sup>1370</sup>, los socios

---

<sup>1369</sup> El apartado c) del artículo 18.4 de la LETT establece, como obligación propia de las empresas socias de los CPE en aras a la consecución de su objeto social, que «Participarán en la puesta en práctica de las medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos colectivos y en las medidas sociales de acompañamiento, como las de recolocación que, conforme a lo previsto en el artículo 51 de los Trabajadores, pudieran acordarse en el Centro Portuario de Empleo». (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2022).

<sup>1370</sup> BOE núm. 114, de 13 de mayo de 2017.

disidentes en la votación para la modificación de los estatutos o que no celebraran el contrato marco de prestación de servicios tendrían derecho a ejercer el derecho a la separación del CPE, con remisión a lo dispuesto en el apartado 5º del artículo 18 LETT -reconocimiento que entrañaría cierta falacia por la imposibilidad material de llevarse a la práctica. Por otro lado, en caso de que se adaptaran los Estatutos y se concertara el correspondiente contrato marco de prestación de servicios, si se produjeran cambios en la organización del trabajo, en los contratos de trabajo o en la calidad y estabilidad del empleo (en los términos de los apartados 4 y 5 del art. 18 LETT), la representación unitaria del CPE debería ser informada y consultada *ex* artículo 64.5 y 6 del ET.

Más allá de las reglas de aplicación transitoria, debe significarse que, la salvaguarda contenida en el apartado 5º del artículo 18 LETT, en relación con la letra c) del apartado 4 del mismo precepto, no únicamente extendería una obligación empresarial derivada de reestructuraciones empresariales operadas *ex* artículo 51 ET a entidades mercantiles desvinculadas, sino que también pretendería la aplicación de «instrumentos de estabilidad en el empleo»<sup>1371</sup> como podría ser la tan cuestionada subrogación del personal, que se ha acabado plasmando en el V Acuerdo Marco de la estiba en base a la remisión aplicativa del «Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo» efectuada por el legislador español, como se verá más adelante. A este respecto, cabe recordar que el mecanismo subrogatorio propuesto en este sector (en el que el núcleo de la actividad recae en la mano de obra) que fue incluido en la modificación del IV Acuerdo y, posteriormente, en las distintas versiones sometidas a la CNMC del V Acuerdo, no sería subsumible a la sucesión empresarial *ex* artículo 44 ET<sup>1372</sup>. Sobre esta cuestión, volveremos más adelante a propósito del análisis de la regulación de los institutos de la «recolocación» y «subrogación» en la versión definitiva del V Acuerdo Marco, cuyo amparo legal, no cabe duda, que se ha pretendido buscar en el mentado apartado 5º del artículo 18 LETT.

De acordarse la subrogación convencional -como así ha sido en el V Acuerdo Marco-, aunque no concurriera sucesión empresarial *ex* artículo 44 ET, las empresas estibadoras podrían *prima facie* quedar obligadas a la misma hasta que ésta no fuera objeto de anulación judicial o normativa y, en caso de negarse a la asunción de los trabajadores, parece que estos deberían ser indemnizados a razón de la cuantía correspondiente a un despido improcedente por parte de la empresa estibadora separada que, quedando obligada, se hubiera negado a la subrogación. De no haberse convenido la mentada subrogación obligatoria en sede convencional, las medidas de flexibilidad externa que eventualmente pudieran haber acordado los CPE que tuvieran excedente de trabajadores deberían haber sido asumidos por los CPE, siendo dudoso

---

<sup>1371</sup> El apartado 5º del artículo 18 LETT establece que «Los socios de un centro portuario de empleo podrán transmitir su participación en el capital social a otra empresa titular de licencia del servicio de manipulación de mercancías o ejercitar el derecho de separación en los supuestos, formas y condiciones establecidas en la ley reguladora de la forma societaria bajo la cual se haya constituido el centro portuario de empleo y, en su caso, en los estatutos, todo ello sin perjuicio de lo previsto en la letra c) del apartado anterior y de aquellos mecanismos e instrumentos de estabilidad en el empleo que resulten de aplicación de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo». (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2022).

<sup>1372</sup> Véase el FJ 8º, *in fine*, de la SAN núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021, sobre la Disposición Adicional 7ª del VI Acuerdo Marco.

que la obligación de «participación» de las empresas separadas del primero debiera abarcar las indemnizaciones derivadas de las reestructuraciones, aunque sería más clara, a tenor de la redacción de la norma, su obligada colaboración en la adopción de medidas sociales de acompañamiento en aras a su recolocación en el mercado. De hecho, de abrirse el mercado y no obligarse a la subrogación -o bien declararse nula la articulada convencionalmente-, seguramente las medidas de reestructuración por parte de los CPE no deberían alcanzar a ser necesarias en la práctica, pues las empresas estibadoras que optaran por separarse del CPE seguramente preferirían contratar a los mismos estibadores portuarios ya conocidos y con acreditada capacitación, experiencia y formación a través de una ETT ordinaria, situación que además redundaría en beneficio de la libertad de contratación y autoorganización de las empresas estibadoras.

En definitiva, prescindiendo del criterio de la AN como de la CNMC (en concordancia con las libertades comunitarias preconizadas por la Comisión Europea y el TJUE), es claro que el legislador ha retrocedido en el impulso liberalizador derivado de las primeras dos normas que se dictaron tras la STJUE de 11 de diciembre de 2014, neutralizando, vía legislativa, gran parte del efecto que podía desprender la Sentencia de la AN citada *ut supra*, así como la pretensión desincentivadora que, con apercibimiento de ulteriores multas, realizó la CNMC en su última resolución contra la modificación del IV Acuerdo; sin olvidar las observaciones dictadas por el organismo de defensa de la competencia que podían traducirse en ulteriores procedimientos sancionadores en torno a los borradores de V Acuerdo Marco.

El artículo 18 LETT llamado a examen, tras regular la garantía financiera de los CPE (diez por ciento de la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior correspondiente al personal empleado bajo una modalidad de contratación temporal, no inferior a veinticinco veces el SMI, en cómputo anual, de cada momento) y la obligación de remisión a la autoridad laboral de la relación de contratos puestos a disposición y de entrega de documentación de las contrataciones temporales de estibadores a la RLT (apartados 6º y 7º del precepto), en su apartado 8º culmina el monopolio de gestión avalado por el segundo párrafo del artículo 18.4 LETT, que una remisión a la negociación colectiva para la adopción de fórmulas organizativas («orientativas»), quedando explicitada esta delegación a favor del marco convencional a través de la dicción siguiente: «Las facultades de dirección y organización del personal puesto a disposición por un centro portuario de empleo se ejercerán en los términos y con el alcance previstos en las leyes y convenios de aplicación». La remisión va más allá de la organización y distribución del trabajo, adicionando la facultad de «dirección» empresarial latente en el apartado 4, párrafo segundo, del artículo 18 LETT; previsión que, dado el alcance de la regulación convencional en el sector, incurriría en cierta contradicción con las facultades de organización y dirección del trabajo expresamente reconocidas a las empresas titulares de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías en el artículo 3 del RD-Ley 9/2019.

Nos encontramos, pues, ante la validación legal de todo cuando ha sido hasta la fecha sancionado por las distintas instancias administrativas y judiciales analizadas anteriormente, vía remisión del desarrollo del nuevo modelo al ámbito de la negociación colectiva, a través



del uso de la tradicional técnica de complementariedad<sup>1373</sup> (convertida casi en una remisión para la regulación *ex novo*) en el diseño de la relación entre la norma legal y convencional. Si bien, en este concreto sector, bajo riesgo, dada la notable influencia ejercida por el sindicato profesional o de franja CETM y la constante derivación -en previos acuerdos marco- a la Comisión Paritaria el ejercicio de gran parte de las facultades atribuidas al poder de dirección empresarial, de incurrirse en desequilibrios o repartos de sacrificios no equitativos en el mercado del sector de la estiba, derivados de la adopción de decisiones en el seno de un órgano en el cual se encuentran representadas las empresas directamente competidoras entre sí. Esta perpetuación del desplazamiento de las funciones de empresario hacia órganos ajenos a la dirección de cualquier empresa estibadora sería susceptible de cuestionar la titularidad de la nota de la dependencia propia de cualquier relación laboral *ex* artículo 1.1 ET así como de dejar sin efecto práctico la supresión de la especialidad de la relación laboral de la estiba (anteriormente reconocida en el artículo 2.1.h. del ET) que se articuló *ex* Disposición derogatoria única del RD-Ley 8/2017.

### *b.2 La (in)compatibilidad del V Acuerdo Marco del sector de la estiba con las libertades comunitarias y el derecho de la competencia*

El examen de la legalidad del V Acuerdo del sector de la estiba<sup>1374</sup>, como norma convencional que supone la culminación de la regulación de la estiba portuaria tras el pretendido proceso liberalizador que se inició con ocasión de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/13) -la cual reputó el preexistente sistema de gestión de la estiba portuaria contraventor de la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE)- se articulará a través de una doble dimensión metodológica, basada, por un lado, en la proyección de las libertades comunitarias y el derecho de la competencia reconocidas en el derecho originario de la Unión Europea sobre la regulación convencional objeto de revisión -y, por extensión, dada la validación legal otorgada a algunos de sus preceptos, sobre la nueva versión del artículo 18 LETT- (dimensión o plano comunitario o transnacional) y, por otro lado, en el acomodo del texto convencional y determinadas disposiciones legales que le han dado cobertura (*ex* Ley 4/2022), a las normas internas que iniciaron el proceso de liberalización, esto es, RD-Ley 8/2017 y RD-Ley 9/2019, en relación con el artículo 38 de la Constitución Española, así como

---

<sup>1373</sup> Sobre las funciones originarias de tutela laboral, las distintas técnicas de diversificación normativa y la evolución de la técnica de la complementariedad, véase CRUZ VILLALÓN, J. «Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo», estudio en el marco del trabajo elaborado para el libro en recuerdo del profesor Manuel Ramón Alarcón Caracuel, AA. VV., «Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social», Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016; insertado en el proyecto de investigación «Técnicas jurídicas y efectividad de la norma laboral en la gestión del cambio», Ministerio de Economía y Competitividad (DER2014-52649-C4-1-R). Pág. 8 y ss. Para un exhaustivo análisis de las tradicionales relaciones entre Ley y convenio colectivo, véase ALARCÓN CARACUEL, M.R. «Un concepto clásico de la relación entre Ley y convenio colectivo», en AA.VV. (Coord. Durán López, F.), «Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo», *Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba*, Córdoba, 1983.

<sup>1374</sup> El V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria fue publicado, en el BOE núm. 118, de 18 de mayo de 2022, por medio de Resolución de 4 de mayo de 2022, de la Dirección General de Trabajo. Es integrado por un total de XV Capítulos (conformados por 67 artículos, siete disposiciones adicionales, una disposición final, una disposición transitoria y una disposición derogatoria) y un Anexo, sobre las actividades propias del ámbito del V Acuerdo.

tanto la Sentencia núm. 127/2021 dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 31 de mayo de 2021<sup>1375</sup> (dimensión o plano nacional) y la reciente Sentencia núm. 200/2022, de 17 de noviembre de 2022, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que ha desestimado la impugnación planteada por la asociación empresarial ASOPORT no firmante del V Acuerdo frente a dicho órgano judicial<sup>1376</sup>.

### b.2.1. Comisión Paritaria

#### *i. Constitución y competencias*

El primer análisis metodológico abordará la figura de la Comisión Paritaria Sectorial Estatal (CPSE) y su funcionalidad. En el Capítulo I del texto convencional, titulado «Partes signatarias, globalidad del Acuerdo, articulación y concurrencia de convenios, Comisión Paritaria Sectorial Estatal» se ubica el artículo 6, dedicado a la constitución, composición, competencias, funciones, régimen de funcionamiento y financiación de la CPSE. Ésta se compone de siete representantes de ANESO, patronal mayoritaria<sup>1377</sup> y firmante del acuerdo marco y siete representantes de las Organizaciones Sindicales firmantes (CETM, UGT y CC.OO.), en proporción a su representatividad, de entre las que destaca el Sindicato CETM<sup>1378</sup>.

Debemos partir de la premisa que la designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas -entendemos, cuanto a la expresión «otras», siempre que respeten la esencia y naturaleza de este tipo de comisión- forma parte del contenido mínimo de cualquier convenio colectivo *ex* artículo 85.3.e) ET. Las primeras manifestaciones de la creación de una Comisión Paritaria en el ámbito sectorial de la estiba portuaria se remontan al III Acuerdo Marco de 1999, si bien bajo la denominación de «Comisión Mixta», encargada de velar por el cumplimiento de los compromisos de negociación adquiridos y de intervenir como mediadora con carácter preceptivo y previo a la vía judicial en medidas de conflicto colectivo surgidas con motivo de la aplicación del Acuerdo entre las organizaciones de ámbito inferior; aunque también se le atribuyeron competencias en materia de «análisis, estudio y aprobación de los planes de formación profesional» para el sector de la estiba<sup>1379</sup>.

---

<sup>1375</sup> Publicada en el BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021, por medio de Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Trabajo.

<sup>1376</sup> Procedimiento de impugnación de convenios núm. 219/2022, cuyo juicio se celebró en fecha 04.10.2022.

<sup>1377</sup> Según últimos datos publicados, pertenecen a esta asociación empresarial un total de 29 licenciarios del servicio de manipulación de mercancías, pertenecientes a distintos grupos empresariales, entre otros: APM Terminals, Noatum Maritime, COSCO Shipping Ports, MSC, Boluda Terminales Marítimas, Balearia, Hutchison Ports, Concasa, Total Terminal International Algeciras, López Guillén, Transportes Marítimos Alcudia, Salama, Mestre, Setram, entre otros. También forman parte de ANESCO los CPE de los puertos de Algeciras, Valencia, Barcelona, Melilla y Plana de Mallorca. Ostenta el 100% de la representación empresarial del V Acuerdo Marco de la Estiba.

<sup>1378</sup> Véanse las cuotas de representatividad que constan consignadas en el apartado 6º del artículo 6 del texto convencional.

<sup>1379</sup> Artículo 20 del III Acuerdo Marco (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1999).

La ampliación de su ámbito competencial se plasmó en el IV Acuerdo Marco<sup>1380</sup>, coincidiendo con su cambio de denominación (a CPSE), en el que, tras efectuarse un prolijo detalle de sus funciones, entre las que se encontraban gran parte de las atribuidas a los organismos de resolución alternativa de conflictos regulados en el ASAC como son la mediación y el arbitraje<sup>1381</sup>, se incluían «aquellas otras previstas específicamente en el presente Acuerdo y, en particular, en el artículo 19.4», entre las que se ubicaba, en su apartado e), «la interpretación de las condiciones de subrogación» estipuladas en el acuerdo colectivo y «resolución de discrepancias y, en su caso, mediación, en los procesos de subrogación y determinación de excedentes estructurales», además de conocer, previamente a la vía jurisdiccional, de «discrepancias, controversias y reclamaciones que puedan suscitarse, individual y colectivamente, como consecuencia de la aplicación de los procesos regulados en la disposición adicional séptima». Esta atribución fue declarada nula por la SAN de 31 de mayo de 2021, al considerarse contraria a las libertades reconocidas en el RD-Ley 8/2017, RD-Ley 9/2019, al artículo 49 TFUE y a la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014. Nótese, al mismo tiempo, que de dicha previsión -y, en definitiva, del espíritu del contenido del anterior artículo 19 del IV Acuerdo Marco- se desprendía una *vis expansiva* que pretendía socavar o desplazar competencias atribuidas a otro organismos (como sería, a nivel estatal, el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje -SIMA-FSP o bien los propios órganos del orden jurisdiccional social, en el conocimiento «pre-procesal» de las acciones individuales en materia de subrogación) para atribuírselas como propias, vaciando al mismo tiempo de contenido las funciones asignadas a las comisiones paritarias de los textos convencionales de nivel inferior, en contra del reconocimiento constitucional de la autonomía negocial inherente a los representantes de los trabajadores y los empresarios en cualquier nivel negociador *ex* artículo 37.1 CE<sup>1382</sup>.

Esta tendencia se ha mantenido en el actual V Acuerdo Marco, a pesar de adherirse las partes firmantes del V Acuerdo al VI ASAC en su artículo 67. Así, en el artículo 6.2.b) se atribuye a la CPSE, en sede de competencias generales, la «mediación y arbitraje para resolver los conflictos interpretativos o aplicativos originados entre este Acuerdo y los convenios de ámbito inferior (...)» y, en sede de funciones específicas (apartado 3º.b.1. del artículo 6), se obliga a las Comisiones Negociadoras de ámbitos inferiores a «(...) remitir a la CPSE, con carácter previo a su remisión a la Autoridad Laboral competente, el preacuerdo del texto de los convenios y acuerdos colectivos de ámbito inferior, a fin de comprobar su adaptación a las disposiciones del presente acuerdo», a modo de «control de legalidad» *ad hoc* o específico e

---

<sup>1380</sup> Véase el artículo 19 del IV Acuerdo Marco (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2014).

<sup>1381</sup> El último publicado ha sido el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (VI ASAC) (Sistema Extrajudicial) concertado entre la CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT (BOE núm. 334, de 23 de diciembre de 2020).

<sup>1382</sup> Sobre la autonomía negocial, véase CRUZ VILLALÓN, J. en *Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva... Op. Cit.* Pág. 131 y en «Incidencia de la reforma laboral en la estructura y concurrencia de convenios colectivos», AA.VV., *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Ed. Cinca, Madrid, 2017. Págs. 20-21.

independiente del propio ejercido por la Dirección General de Trabajo (REGCON) antes del registro y publicación de cualquier acuerdo colectivo sectorial.

También en el marco de las funciones específicamente atribuidas a la CPSE, se encuentra, en el apartado c) del artículo 6.3, la de «Resolver, mediar, arbitrar y conocer, con carácter previo a la vía administrativa y jurisdiccional sobre la interposición de conflictos colectivos e individuales que surjan por la aplicación o interpretación del acuerdo» y, en el apartado d), la de «Conocer la contratación del personal incluido en el ámbito personal del presente Acuerdo (...) las Empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación de este Acuerdo informarán a la CPSE de las demandas individuales o colectivas que se pudieran interponer contra ellas en reclamación de la condición de personal indefinido (...)».

Partiendo de la dimensión o plano comunitario, considero que la expansión del ámbito funcional de la CPSE para atribuirle, por parte de los agentes negociadores, competencias en conflictos individuales a modo de sistema de resolución alternativa de conflictos no condicionados a la previa sumisión de las partes en los términos que lo exige el artículo 91.5 ET y que corresponden *ex lege* a otras comisiones, organismos administrativos y/o judiciales, podría ser considerado como un «pacto entre empresas» en los términos definidos por la doctrina propia de la saga *Albany*, en la medida en que no se cumplirían todas las condiciones establecidas por el Abogado General *Jacobs* presentadas en los asuntos C-67/96, asuntos acumulados C-115/97 a 117/97 y C-219/97 el 28 de enero de 1999<sup>1383</sup> así como por el Abogado General *Whal* en el asunto *FNV Kunsten*<sup>1384</sup>, partiendo de la tesis de la «inmunidad limitada» de los convenios colectivos. En concreto, a pesar de haberse alcanzado el acuerdo en el marco de unas negociaciones formales entre empresarios y trabajadores, y presumirse concluido de buena fe, no se respetaría la tercera condición relativa al «contenido adecuado», esto es, versar sobre cuestiones consideradas como el «núcleo duro» de la negociación colectiva (salarios, condiciones de trabajo, etc.)<sup>1385</sup>, además de afectar a terceros no firmantes en atención a su naturaleza *erga omnes*. En consecuencia, quedarían las disposiciones mencionadas sometidas a las reglas de la libre competencia *ex* artículo 101 del TFUE, susceptible de provocar distorsiones en el mercado al facilitar el acceso a las empresas competidoras de la estiba portuaria a cualquier información sensible o litigiosa vinculada con la interpretación y aplicación del V Acuerdo.

En relación con las libertades comunitarias, procede traer a colación en este ámbito el Asunto C-271/08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal de Alemania* examinado en precedentes apartados de la presente investigación, en el que se planteó la cuestión relativa a la forma de conciliar el derecho a la negociación colectiva con las libertades de

---

<sup>1383</sup> *Vid.* Epígrafe 4.1.b).

<sup>1384</sup> *Vid.* 818. En este asunto se consideraban materias reservadas al ámbito de la negociación colectiva y excluidas del examen del derecho de la competencia las relativas a salarios, horarios de trabajo y otras condiciones de trabajo, seguridad, ambiente en el trabajo, vacaciones, formación, procedimientos de información y consulta o participación de los trabajadores en la gestión de la empresa.

<sup>1385</sup> La Abogada General del Asunto C-271/08 consideró que el límite derivado del artículo 81 TCE (actual 101 TFUE) refería a los convenios con contenido relativo a la «mejora del empleo y del trabajo» (*Vid.* 870).

establecimiento y libre prestación de servicios (artículos 49 y 56 TFUE), con referencia a la jurisprudencia sentada, por un lado, en el Asunto *Viking Line*, en virtud de la cual las cláusulas de las normas convencionales no podían quedar excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones reguladoras de las libertades de circulación y, por otro lado, en el Asunto *Laval*, en virtud del cual el derecho a la negociación colectiva debía acomodarse a las libertades consagradas por el TFUE y respetar el principio de proporcionalidad, principio que, según la hermenéutica del TJUE, debía respetarse en el análisis de las cuatro circunstancias o requisitos llamados a examen en aras a justificarse cualquier restricción sobre una libertad de circulación<sup>1386</sup>.

Partiendo de un «principio de igualdad de rango de posiciones jurídicas, recíprocamente limitables» en las relaciones entre el derecho a la negociación colectiva y las libertades de circulación, y siguiendo la metodología empleada por la Abogada General del Asunto C-271/08, concordante con la hermenéutica del TJUE, debe analizarse si las eventuales restricciones a las libertades de circulación provocadas por las atribuciones pactadas en sede convencional para la CPSE serían «idóneas, necesarias y proporcionadas» para alcanzar los objetivos perseguidos por los derechos fundamentales de negociación colectiva y de autonomía negocial. En este sentido, considero que la preeminencia otorgada a la CPSE empecería la preservación de la libertad de circulación (artículo 56 TFUE) y de establecimiento (artículo 49 TFUE) en el marco de la Unión, en la medida en que impondría a las empresas estibadoras que quisieran operar en el mercado español de la estiba portuaria una instancia «intermedia» en cualquier tipo de conflicto individual a pesar de que las partes no se quisieran someter a la comisión, para determinadas cuestiones ya resueltas por el sistema jurídico actual. Así, a pesar de que su idoneidad podría ser discutible, no cabe duda de que las funciones asignadas en el ámbito de los conflictos individuales no serían necesarias -en la medida en que ya corresponderían a otras instancias u organismos- ni proporcionadas -al crear duplicidades funcionales de dudosa justificación constitucional<sup>1387</sup> e incorporar obstáculos al acceso a la jurisdicción social a través de la imposición de un requisito pre-procesal desvinculado de la voluntad de las partes, a la que debe estarse *ex* artículo 91.5 ET.

---

<sup>1386</sup> Sobre la consolidada hermenéutica del TJUE en materia de requisitos en aras a la justificación de las restricciones aplicadas sobre las libertades de circulación, *vid.* 776 y 777 [(i) aplicación no discriminatoria, (ii) justificación por razones imperiosas de interés general, (iii) adecuación en aras a la garantía del objetivo perseguido y (iv) no ir más allá de lo necesario para alcanzarse el objetivo.

<sup>1387</sup> El Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 217/1991, de 14 de noviembre de 1991, Rec. de amparo núm. 1850/1988) ha venido declarando que la intervención de la comisión paritaria es una manifestación del principio de autonomía colectiva y del derecho a la negociación colectiva. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha validado las funciones de resolución de controversias colectivas vinculadas a la interpretación y aplicación de los convenios colectivos (entre otras, véase Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2001, RC núm. 2197/2000) considerándose nulos los preceptos convencionales que atribuyan funciones que no sean de mera administración o ejecución del convenio, como podrían ser las negociadoras (entre otras, véase la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2001, RC núm. 2070/2000). Excedería de las atribuciones de los sujetos con capacidad negocial representados en la comisión aquellas que implicaran la modificación del contenido del convenio (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2004, RC núm. 17/2003) o bien el desarrollo de aspectos del Convenio Colectivo como los vinculados a selección de personal, entre otros. En definitiva, a la comisión paritaria no le compete negociar o crear nuevas normas, sino únicamente interpretar y aplicar las ya existentes y convenidas por las partes negociadoras.

Por su lado, el control de legalidad de los textos convencionales de rango inferior ya es ejercido por la Dirección General de Trabajo *ex* artículo 90 ET, con fundamento en el Estado de Derecho y en el derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24 CE<sup>1388</sup>. La mediación y arbitraje son mecanismos de resolución alternativa de conflictos articulados al amparo del artículo 83.3 ET, que otorga a los firmantes del VI ASAC facultades normativas para suscribir acuerdos sobre esta específica materia, esto es, la solución de los conflictos laborales. Y, al respecto del conocimiento de las acciones individuales planteadas en el ámbito de la aplicación del acuerdo marco por los particulares, debe señalarse que correspondería a los órganos jurisdiccionales del orden social, *ex* artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social<sup>1389</sup>. En conclusión, considero que la regulación convencional que afecta a la obligatoriedad de sumisión a la CPSE para los conflictos de orden individual carecería de amparo o justificación por razones imperiosas de interés general y no superaría el requisito de la adecuación ni justa necesidad para lograr su objetivo, en los términos que, en base a la reiterada doctrina jurisprudencial, el TJUE declaró en su Sentencia de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/13)<sup>1390</sup>.

En relación con el análisis desde el prisma o dimensión nacional, en la medida en que los citados preceptos del V Acuerdo Marco asignarían una posición de preeminencia a la CPSE tanto en el conocimiento, como en la gestión y resolución de los conflictos laborales tanto individuales (supuestamente, de «trascendencia colectiva», concepto inexistente en la ley adjetiva laboral) como colectivos, se incorporarían obstáculos desproporcionados en el acceso a la jurisdicción, contraviniendo el artículo 24 CE, a la vez que la CPSE podría gestionar información privilegiada ociosa a los fines que debería estar prevista (esto es, velar por el cumplimiento del acuerdo y resolver dudas interpretativas en torno al mismo) de carácter sensible y que sería compartida por las empresas competidoras en el sector (asociadas a la patronal ANESCO), con posible contravención del artículo 1.3 de la LDC en su aplicación práctica; tal como ya advertía la CNMC en el Informe de 8 de mayo 2020 analizado *ut supra* en el ámbito de la contratación de trabajadores<sup>1391</sup>. En definitiva, su intervención en las mismas no sólo podría favorecer la difusión de información comercialmente sensible, con potencial riesgo de conflictos de intereses en las tomas de decisiones, sino que además vulneraría la libertad de contratación consagrada en el artículo 2 del RD-Ley 8/2017 y la de autoorganización empresarial *ex* artículo 3 del RD-Ley 9/2019.

---

<sup>1388</sup> Sobre el control de legalidad de los convenios colectivos, véase SÁEZ LARA, C. «El control de legalidad del convenio colectivo», *Temas Laborales* N° 76/2004.

<sup>1389</sup> BOE núm. 245, de 11 de diciembre de 2011.

<sup>1390</sup> Véase los FJ 50º y ss. de la Sentencia. Sobre la misma, *Vid.* Epígrafe 4.2.b).

<sup>1391</sup> Nótese que, la CNMC advirtió de que el control del cumplimiento de las disposiciones del V Acuerdo Marco podía lograrse a través de la remisión de la información en cuestión a la Representación Legal de los Trabajadores de cada empresa, siendo innecesario, a los fines supuestamente pretendidos, que las empresas asociadas a ANESCO conocieran tales datos. Véase la observación particular III.2.1 del INF/CNMC/035/20 de la CNMC.

Las anteriores disposiciones no han sido consideradas contrarias a la legalidad vigente por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en la Sentencia núm. 151/2022, de 17 de noviembre, *ut supra* citada, bajo la consideración de que las facultades atribuidas no suponen una desproporcionada traba al acceso a la jurisdicción social<sup>1392</sup>. A este respecto considero que, si bien las consultas a las comisiones paritarias previas a la interposición de conflictos colectivos son preceptivas y vienen avaladas por la jurisprudencia social y constitucional que interpreta el artículo 91.3 y 4 ET<sup>1393</sup>, en la redacción dada a los indicados apartados del artículo 6 del V Acuerdo Marco se extendería tal requisito pre-procesal a los conflictos individuales y no únicamente a los de carácter colectivo, imponiendo a las empresas afiliadas a la asociación empresarial no firmante del acuerdo -representantes de más de 25% del mercado- dada su eficacia *erga omnes*, a que la asociación mayoritaria firmante ANESCO conociera el fondo de las cuestiones litigiosas que se generaran tanto de orden individual -sin previa sumisión expresa de las partes implicadas tal como preceptúa el artículo 91.5 ET- como colectivo en el seno de dichas empresas. A mayor abundamiento, el examen que se efectúa sobre esta específica cuestión se centra en analizar su eventual carácter «desproporcionado» sin aplicar el test de los cuatro requisitos derivado de la hermenéutica comunitaria en relación con las libertades de circulación. Análogas reflexiones cabría efectuar al respecto de la obligación de informar sobre los trabajadores contratados por parte de empresas no firmantes del acuerdo, sobre la base de las consideraciones vertidas *ut supra* a propósito de esta específica cuestión en relación con el test de la inmunidad limitada, toda vez que la obligación de dar conocimiento de las contrataciones efectuadas en una empresa a una comisión no representante de la anterior, impuesta por un acuerdo alcanzado a través de la negociación colectiva por una asociación representante de las empresas competidoras, difícilmente podría convalidarse como pacto inmune al derecho de la competencia *ex doctrina Albany*, al no advertirse, *a priori*, de su contenido, ningún propósito de mejora de las condiciones laborales de los trabajadores<sup>1394</sup>. Así, nuestra visión sobre la naturaleza de este específico pacto se vincularía más a su esencia en términos finalistas que al riesgo de difusión de información sensible -sobre el que la CNMC entendió que con el deber de sigilo ya se daba suficiente protección-, en la medida en que el conocimiento de la CPSE de las concretas contrataciones realizadas por las empresas incluidas en el ámbito funcional de afectación del pacto convencional no permitirían establecer una relación de causalidad con ninguna concreta mejora laboral producto de la negociación colectiva.

---

<sup>1392</sup> FJ 7º, apartado 1º, de la resolución judicial.

<sup>1393</sup> Véase la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015 (Rec. 64/2014) y Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 181/1991, de 30 de septiembre; entre otras.

<sup>1394</sup> La SAN núm. 151/2022, en su FJ 7º *in fine*, desatiende la impugnación de este apartado del artículo 6 del V Acuerdo al considerar que la CNMC no objeta nada sobre esta cuestión en el último de sus informes, vinculada a la posible difusión de información confidencial, que resuelve con el deber de sigilo de los miembros de la CPSE en relación con la información y documentación trasladada, extendida a los expertos eventualmente asistentes.

ii. Financiación

Por último, en cuanto refiere al artículo 6 del V Acuerdo, es preciso mencionar una disposición cuya legalidad también fue denunciada por la asociación empresarial ASOPORT en la demanda de impugnación del convenio colectivo interpuesta contra el V Acuerdo Marco<sup>1395</sup>, esto es, la contenida en su apartado 5º en sede de «Financiación: cuotas mensuales». Sostiene la norma convencional que «Las Empresas Estibadoras financiarán a la CPSE mediante el pago de cuotas que serán determinadas en atención al número de trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo que sean empleados por ellas directamente o puestos a su disposición (...)». Este compromiso es constitutivo, sin duda, de un acuerdo entre empresas en los términos definidos por la doctrina *Albany*, y pretende extender obligaciones de naturaleza no laboral o ajenas al «núcleo duro» de la negociación, en virtud del principio de *pacta sunt servanda*, a empresas no asociadas a la patronal ANESCO firmante del Acuerdo Marco, basándose en la eficacia *erga omnes* de una norma convencional que estaría excediendo del ámbito propio de la negociación colectiva. Esta cuestión, en el ámbito interno, ha sido tratada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, a propósito de los gastos derivados de la creación y funcionamiento de una comisión pactada por convenio, en la Sentencia núm. 590/2016, de 30 de junio de 2016<sup>1396</sup> y la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, de 5 de junio de 2006<sup>1397</sup>, considerándose en ambos casos no ajustado a derecho un «desplazamiento económico obligatorio» a terceros no firmantes del convenio colectivo y ajenos al compromiso obligacional suscrito.

A este respecto, la Audiencia Nacional no ha considerado extensible el criterio mantenido en las indicadas resoluciones judiciales al resultado del análisis del V Acuerdo Marco, bajo consideración de que el pago de las cuotas se impondría únicamente a las empresas del sector incluidas en el ámbito de afectación del convenio, las cuales obtendrían un resultado del CPSE y abonarían sus cuotas de forma proporcional según el criterio de reparto de la financiación de la CPSE acorde con la implantación en el sector de sus trabajadores. Considero que la Sentencia parte de una premisa que no es fiel reflejo de la regulación del acuerdo marco y que vicia de base su argumentación. En este sentido, entiende que la obligación de financiación se impondría únicamente a las empresas estibadoras que emplearan trabajadores a través de los CPE, entendiéndolo lógico que contribuyan a sufragar los gastos devengados. Sin embargo, la norma convencional parece referirse tanto a las empresas que empleen CPE como otras entidades de puesta a disposición (como ETT ordinarias). Así considero se colige de la falta

---

<sup>1395</sup> *Vid.* 1376.

<sup>1396</sup> (RC núm. 17/2015). En su Fundamento Jurídico 7º, señala que «(...) no existe precepto legal que autorice ese desplazamiento económico individual y obligatorio para todos los trabajadores afectados por el ALEH IV (...)».

<sup>1397</sup> (Procedimiento núm. 97/2005). En su Fundamento Jurídico 6º señala que «(...) Las actuaciones de las comisiones paritarias (...) forman parte integrante del contenido de compromisos obligacionales que asumen las partes que firman un convenio colectivo; es decir, no forman parte del contenido normativo de un convenio colectivo; y si esto es así, cual lo es, el afrontar los costes de la creación, del funcionamiento y del mantenimiento de dicha Comisión, constituye una obligación que se autoimponen los firmantes del convenio y durante la vigencia del convenio, sin que tengan título legal alguno para desplazar tales costes, en todo o en parte, a terceros ajenos por completo a dicha obligación, pues ello constituye una cláusula contractual en perjuicio de tercero de todo punto inadmisibles».



de precisión de esta condición o uso cuando reza el precepto «Las Empresas Estibadoras financiarán (...)» -sin precisar cuáles o limitarlo a las que utilicen los CPE-, y del tenor de la regulación de la facultad de delegación de este pago (tercer párrafo del artículo 6.5), en cuya virtud «Las Empresas estibadoras podrán delegar (...) el pago (...) en los CPE de los que sean socias o en aquellos con los que tengan suscrito un contrato de puesta a disposición de personal del ámbito del Acuerdo». En este sentido, la referencia disyuntiva incluiría los CPE de los que las empresas estibadoras no fueran socias, con los efectos ya aseverados con anterioridad.

### *iii. Promoción profesional*

La siguiente manifestación en materia de desplazamiento de funciones asignadas a otros organismos administrativos y/o judiciales en nuestro paradigma regulador, en los términos anteriormente apuntados, se encuentra en el artículo 19.e) (Capítulo V) del V Acuerdo Marco, en el cual se establece que «la resolución de las discrepancias en materia de promoción y clasificación profesional se resolverán en el seno de la comisión paritaria del convenio sectorial de aplicación y, en su defecto, o por iniciativa de las partes, ante la CPSE». A pesar de la redundancia incorporada en la dicción del artículo, a través de esta atribución se pretende perpetuar el sistema que objeto de sanción de nulidad en virtud de la SAN de 31 de mayo de 2021, en relación con el artículo 12.2.3.a) del IV Acuerdo Marco<sup>1398</sup>, vía atribución de funciones decisorias que corresponderían al orden jurisdiccional o, en caso de así convenirlo las partes, podrían ser objeto de discusión en el marco de los vigentes sistemas de resolución alternativa de conflictos laborales. Sin embargo, La SAN núm. 151/2022, en su FJ 7º punto 8º considera que el artículo 12.2 del extinto IV Acuerdo Marco y las valoraciones realizadas al respecto por la SAN núm. 127/2021 no son susceptibles de trasponerse «de forma mimética» al resultado del análisis del artículo 19.e) del V Acuerdo Marco, bajo el prisma de que, en la anterior Sentencia, la Sala «no realizó consideración alguna respecto a las cuestiones que ahora se nos plantean». Es cierto que la anterior SAN analizó en términos globales el artículo 12.2 del IV Acuerdo Marco y no la concreta dicción relativa a la resolución de las discrepancias en esta materia. Ahora bien, el espíritu de la finalidad que era objeto de sanción se mantendría, en la medida en que, en el ámbito de la resolución de las discrepancias en esta concreta materia, se constata un claro paralelismo en las respectivas normas convencionales, si bien con un significativo cambio en la figura titular de la competencia, pasando de la OEE (SAGEP) a la CPSE<sup>1399</sup>. Si ya se consideró por la SAN núm. 127/2021 que la atribución estas funciones a la

---

<sup>1398</sup> El artículo 12.2.3.a) del IV Acuerdo Marco establecía: «En caso de discrepancia sobre la materia contenida en el artículo 12 (...) o sobre el sistema de promoción (...) planteará el conflicto, con carácter previo y preceptivamente, ante la Comisión Paritaria Sectorial Estatal (...)».

<sup>1399</sup> Nótese que, en el FJ 9º de la SAN núm. 127/2021, al respecto del artículo 12.2, en el que se incluía, entre otras, la facultad exclusiva para la resolución de las discrepancias en materia de promoción y clasificación profesional, se entendió que «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

sociedad de gestión (OEE) contravenía la libertad de empresa y perpetuaba el monopolio de gestión del trabajo sancionado por el TJUE, *a fortiori* la asignación de esta específica competencia a la CPSE carecería de toda lógica razonable dada la naturaleza de este organismo y, en atención a la configuración de la CPSE y la ausencia de finalidad de mejora de las condiciones laborales de los trabajadores incluidos en su ámbito, debería reputarse nula. Nótese que, conscientes las partes negociadoras de que tras el reproche jurídico contenido en la SAN núm. 127/2021 no era posible incorporar esta función al ámbito de la competencia de los CPE, como sucesores de la OEE (SAGEP), optaron por atribuírsela a la CPSE, al respecto de la cual nos remitimos a las reservas ya apuntadas anteriormente en torno a sus excesos competenciales. Sin embargo, observo que la Sala instituida para la resolución de la impugnación de la legalidad del V Acuerdo Marco no se ha sentido vinculada por el precedente lógico anterior que sancionó el artículo 12.2 con la nulidad de pleno Derecho, dictado por distintos magistrados de la Sala, no constitutiva de jurisprudencia.

#### *iv. Selección y contratación de personal*

En el marco del Capítulo VII, en sede de selección y contratación de personal, se hace uso de las facultades atribuidas a la CPSE a través de la exigencia de informe previo en caso de pretenderse, por las empresas estibadoras, la modificación del porcentaje mínimo de contratación a tiempo parcial (fijado en el 50% en el artículo 25); órgano emisor que se erigiría al propio tiempo en mediador o árbitro en la resolución de las discrepancias que pudieran ocasionarse al respecto, en el que estarían presentes, como se ha indicado, empresas competidoras directas de la que pretendiere la alteración de esta restricción convencional. A criterio de la SAN núm. 151/2022, no se apreciarían visos de ilegalidad en la redacción de la citada cláusula convencional de naturaleza normativa, al quedar indemne la facultad de acudir al procedimiento de inaplicación de convenio colectivo regulado en el artículo 82.3 ET, esto sí, en caso de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Más allá de la complejidad derivada de la propia regulación estatutaria de la resolución de la institución de la inaplicación convencional, agravada por la imposición de informe preceptivo previo del CPSE en caso de plantearse esta medida. En definitiva, se trata de una previsión que no encontraría tampoco su amparo jurídico en el artículo 15.8 ET, en la redacción dada por el RD-Ley 32/2021, que permitiría a los negociadores fijar porcentajes máximos de temporalidad, por lo que restringiría las facultades de dirección y organización reconocidas *ex artículo 2* del RD-Ley 8/2017 y *ex artículo 3* del RD-Ley 9/2019 a empresas socias y no socias de los CPE, sin un fin claro de mejora de las condiciones laborales.

---

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». La presencia de este monopolio marcado asimismo por una fuerte fuerza sindical en el sector se ha considerado generador de distorsiones en un mercado reglado, exclusivista y, en ocasiones, discriminatorio, por otras disciplinas ajenas a la laboral. En este sentido, véase PARRA SERRANO, M. P. «Mejora de la competitividad del sistema portuario español mediante la optimización del servicio de manipulación de mercancías», *Tesis doctoral dirigida por José Luis Almazán Gárate*, Universidad Politécnica de Madrid, 2012, Pág. 225.

v. Periodo de prueba

Asimismo, el artículo 26 referido al «Periodo de prueba», atribuye al CPSE una función que es patrimonio de cada empresa empleadora, esto es, la evaluación del periodo de prueba de los trabajadores contratados. En este sentido, establece su párrafo 3º que «Para la evaluación objetiva y precisa del periodo de prueba los CPE y, en su caso, las empresas estibadoras contratantes remitirán a la comisión paritaria del convenio de su ámbito y a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal un informe, cuando haya transcurrido la mitad del periodo de prueba sobre la evolución del trabajo realizado durante el desempeño de la actividad y la formación adquirida por las personas trabajadoras. Asimismo, antes de la decisión empresarial sobre la superación o no del periodo de prueba se dará audiencia a la representación legal y sindical». A través de esta disposición, no únicamente se coarta la facultad legal de rescisión acausal de cualquier contrato en periodo de prueba, con las condiciones establecidas en el artículo 14 del ET y por la jurisprudencia, en relación con situaciones de blindaje o especial protección<sup>1400</sup>, sino que se desplaza a un organismo ajeno a la empresa, en el que participan las empresas competidoras, el control de la superación del periodo de prueba de cada trabajador; circunstancia abiertamente contraria a la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE y a los artículos 2 RD-Ley 8/2017 y 3 RD-Ley 9/2019, además de susceptibles de distorsionar la competencia en el mercado vía difusión de información empresarial sensible a las empresas competidoras (*ex* artículos 101 TFUE y 1.1 LDC); reflexión jurídica que sería trasladable, en el ámbito de los contratos formativos [artículo 27, en sede de «Reglas comunes», apartado a) del Acuerdo Marco], en la medida en que se atribuiría a la CPSE la facultad de dirección concretada en la decisión del número y características de personal con contrato formativo susceptible de integrarse en cada equipo de trabajo «en atención a razones justificadas de prevención de riesgos laborales, organización del trabajo y cumplimiento de los objetivos formativos propios de estos contratos previstos en el presente Acuerdo», dicción que incorporaría un concepto jurídico indeterminado («razones justificadas») que abocaría a una clara discrecionalidad residenciada en la toma de decisiones de la CPSE para autoatribuirse la facultad de concreción del mentado personal en cualquier caso. Así, en el ámbito del periodo de prueba, sin perjuicio de que la SAN núm. 151/2022 niegue virtualidad práctica al dictamen vinculante o favorable del CPSE, al limitarse a exigir la emisión de un informe<sup>1401</sup>, lo cierto es que entendemos que la disponibilidad de la materia a la negociación colectiva *ex* artículo 14 ET no podría avalar el establecimiento de exigencias carentes de efectividad en términos de mejora de condiciones laborales, pretendiéndose imponer una carga innecesaria en el proceso de desistimiento en periodo de prueba -cuya teleología se asume como de mutua experimentación en orden a comprobar la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado<sup>1402</sup>- que no encontraría su fundamento en la propia concepción de este instituto jurídico, sino que haría pensar en la voluntad de dar al CPSE y las empresas en éste representadas acceso al conocimiento de las contrataciones realizadas por

<sup>1400</sup> Véase el artículo 14 ET en la redacción dada por el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, en relación con la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo núm. 1246/2021, de 9 de diciembre (RCUD núm. 3340/2019).

<sup>1401</sup> Véase el apartado 12 del FJ 9º de la Sentencia.

<sup>1402</sup> Sentencia de 20 de julio de 2011 (Rec. 152/2010).

las empresas estibadoras por parte del CPSE; instrumentando, vía convencional un acuerdo entre empresas no inmune, según nuestro criterio, al derecho de la competencia. En otras palabras, parece que se pretendería utilizar la disponibilidad de la materia a la negociación colectiva reconocida por la norma sustantiva laboral básica con un posible fin desviado o instrumental para lograr objetivos ajenos a la mejora de las condiciones laborales, más vinculados al ámbito de conocimiento y control de las especificidades del mercado de trabajo de cada momento por parte de la CPSE<sup>1403</sup>.

#### vi. Formación

Por otro lado, en materia formativa (artículos 29.2, 52 y 54 del V Acuerdo), se atribuyen a la CPSE determinadas funciones que resultarían contrarias al espíritu y contenido de la Sentencia del TJUE de 11 de febrero de 2021, recaída en los asuntos acumulados C-407/19 y C-471/19, *Kaoten Natie Bulk Terminals NV y Middlegate Europe NV*, que tenían por objeto la resolución de determinadas cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional de Bélgica, a propósito de una normativa belga aplicable a los servicios portuarios de manipulación de mercancías y su compatibilidad con el artículo 49 TFUE. En concreto, en dicha resolución, 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: (i) 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; (ii) 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 (...)»<sup>1404</sup>. En respuesta a las cuestiones prejudiciales sometidas, el TJUE declaró que la competencia sobre el reconocimiento de los trabajadores portuarios a una comisión constituida de forma paritaria por miembros designados por las empresas y los trabajadores no resultaba «necesaria» ni «adecuada» para alcanzar el objetivo de garantía de la seguridad en las zonas portuarias y de prevención de accidentes laborales, al no garantizarse la suficiencia de sus conocimientos ni la imparcialidad de los miembros de la comisión, «al haber sido designados por operadores ya

---

<sup>1403</sup> La finalidad del periodo de prueba en la relación laboral de carácter especial de los estibadores portuarios, a propósito de la dicción contenida en el anterior IV Acuerdo Marco cuya nulidad se decretó por la SAN núm. 127/2021, es considerada eminentemente formativa, en contraste con la finalidad experimental típica de esta institución jurídica, por VILLALBA SÁNCHEZ, A. «El periodo de prueba en la relación laboral de carácter especial de los estibadores portuarios», *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos* (Coord. Cabeza Pereiro, J. y Rodríguez Rodríguez, E.), *Editorial Bomarzo*, 2015. Págs. 599-612. Sin embargo, consideramos que cualquier fin formativo no podría erigirse en suficientemente justificativo en orden a la imposición de condiciones o requisitos ajenos al sujeto empleador que redundaran en restricciones de su libertad de contratación, reconocida expresamente en los artículos 3 del RD-Ley 9/2019 y 2 del RD-Ley 8/2017. Este desplazamiento a la CPSE del conocimiento de la evolución experimental de cada estibador de cada empresa estibadora, en una impropia concepción de la figura del periodo de prueba, sin ningún objeto ni particular propósito, a pesar de ser evolutivo de la regulación del IV Acuerdo que se decretó nula, acaba siendo, sin embargo, validado por la SAN núm. 151/2022, bajo la perspectiva de que el periodo de prueba es materia disponible para la negociación colectiva y, en cualquier caso, no se condicionaría la decisión empresarial a un dictamen vinculante o favorable por parte de la CPSE.

<sup>1404</sup> Párrafo 94 de la STJUE de 11 de febrero de 2021 (Asuntos acumulados C-407/19 y C-471/19), *Kaoten Natie Bulk Terminals NV y Middlegate Europe NV*.

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»<sup>1405</sup>.

El conflicto de intereses que sería susceptible de ocasionarse en el mercado a través de una comisión como la descrita sería asimilable a las distorsiones que se generarían en el mercado de la estiba portuaria a resultas de las funciones atribuidas, entre otras, en materia formativa a la CPSE. El denominado «reconocimiento de los trabajadores portuarios» sería equiparable a la validación dada por la CPSE tras la superación de las acciones formativas teórico-prácticas a las que se refiere el artículo 29.2 y a las competencias sobre el plan sectorial de formación asignadas en el Capítulo XI a la CSEF (incluida en el CPSE), en la medida en que su superación sería condición *sine qua non* para el ingreso de los trabajadores con respecto de cada grupo del plan de formación sectorial. Por otro lado, la decisión de la comisión, en función de la necesidad de mano de obra, de «si los trabajadores reconocidos deben integrarse o no en un contingente de trabajadores portuarios» sería equiparable a las facultades detalladas *ut supra* en materia de ingreso y contratación, en relación con el cumplimiento del requisito de «Calidad en el empleo» del artículo 29.2 del V Acuerdo Marco<sup>1406</sup>. Al respecto de esta redacción, según la SAN núm. 151/2022, no se advertiría ningún atentado a la libertad de contratación o autoorganización de las empresas estibadoras, concibiéndose tal exigencia de superación formativa teórico-práctica en términos de mejora de la profesionalidad de los estibadores portuarios. Considero que esta previsión admitiría una doble lectura. No cabe duda de que toda formación es dable que incremente la capacitación técnica y profesional de los trabajadores. Ahora bien, no puede obviarse que un exceso de requisitos o condiciones impuestas en orden al mantenimiento del puesto de trabajo podrían conducir a inhabilitar, de forma sobrevenida, la aptitud para esta profesión o puesto de trabajo -circunstancias convalidable como causa de extinción objetiva del contrato *ex* artículo 52.a) ET-, abriendo la puerta a que determinadas empresas prescindieran de trabajadores que habrían acreditado la capacitación profesional *ex* artículo 3 del RD-Ley 8/2017, pero, en cambio, no hubieran superado la exigida formación (nótese que se impone que «deberán realizar y superar» estas acciones formativas). Podría ser equívoco, en este sentido, leer en clave de mejora de las condiciones laborales una exigencia de capacitación superior a la legalmente exigida, bajo el prisma de que la requerida *ex* artículo 3 RD-Ley 8/2017 sería de mínimos, susceptible de complementarse vía negociación colectiva, en los términos que lo interpreta la aludida SAN.

---

<sup>1405</sup> Véanse los párrafos 95 a 97 de la STJUE de 11 de febrero de 2021 (Asuntos acumulados C-407/19 y C-471/19), *Kaoten Natie Bulk Terminals NV y Middlegate Europe NV*.

<sup>1406</sup> El artículo 29.2, del V Acuerdo Marco establece que: «Las empresas estibadores y los CPE deberán garantizar la ocupación efectiva mínima establecida en el artículo 28.1. El personal de nueva contratación deberá reunir los requisitos de capacitación profesional previstos en la legislación aplicable y superar las pruebas mínimas de ingreso establecidas en el presente Acuerdo y, en su caso, las convenidas mediante convenio o acuerdo colectivo de ámbito inferior. De forma adicional a la capacitación profesional prevista en la legislación aplicable, cualquiera que sea el grupo de ingreso, las personas trabajadoras deberán realizar y superar con aprovechamiento las acciones formativas teórico-prácticas que se indiquen y concreten para el referido grupo en el plan de formación sectorial. Las acciones formativas teórico-prácticas serán determinadas mediante acuerdo de las partes en el seno de la comisión paritaria sectorial del ámbito del convenio de cada puerto y, en su defecto, mediante acuerdo con los sindicatos representados en la CPSE (...)».

Dada la virtualidad que podría desprender un uso desproporcionado de esta exigencia convencional en la determinación de la capacitación para el ejercicio de la profesión o puesto de estibador portuario, entendemos aplicable analógicamente la doctrina sentada por la STJUE de 11 de febrero de 2021 *ut supra* citada, toda vez que el concepto de «reconocimiento» de la condición de estibador podría trasladarse tanto al inicio de la contratación como durante la vigencia de la relación mantenida y, sobre esta segunda parte, es evidente que podría condicionar la imposición de superación de pruebas adicionales a las exigidas legalmente, que no en todas ocasiones -dada la generalidad de la previsión del acuerdo marco- podrían ser meras «acciones formativas complementarias», como las denomina o concibe la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Como efecto resultante de esta regulación, se podrían ver sacrificadas la libertad de establecimiento de las empresas en el marco de la Unión Europea *ex* artículo 49 TFUE y la libertad de prestación de servicios de los trabajadores *ex* artículo 56 TFUE, en la medida en que se podrían establecer diferencias sustanciales tanto en los procesos de reconocimiento de esta condición profesional que dificultaran la circulación de los trabajadores entre los Estados miembros, así como en los criterios para la contratación y mantenimiento del empleo de los trabajadores de las empresas de otro estado miembro que se establecieran en nuestro país.

En esta misma línea, el artículo 54.2 del V Acuerdo Marco también podría contravenir la doctrina de la STJUE de 11 de febrero de 2021, toda vez que, tras reconocerle, en su condición de «subcomisión especializada de la CPSE», competencia para elaborar un plan sectorial de formación plurianual, supervisar y evaluar la ejecución de los planes de formación profesional para los estibadores portuarios, entre otros del amplio elenco funcional del apartado 2º del artículo 52, confiere a la Comisión Sectorial Estatal de Formación, en sus apartados e) y h), respectivamente, las funciones de «participar en el diseño y proponer a las autoridades competentes el contenido de los certificados de profesionalidad de la ocupación de estibador portuario para los grupos profesionales aprobados en el presente acuerdo» y «establecer los criterios de las medidas complementarias y de acompañamiento a la formación referidas al sector de la Estiba Portuaria»; en contra de las observaciones realizadas por la CNMC en sus Informes de 8 de mayo y 28 de julio de 2020, *ut supra* analizados y de la STJUE de 11 de febrero de 2021, en cuyos apartados 95º y 96º declaró que «(...) una normativa en virtud de la cual ese reconocimiento lo otorga un órgano administrativo constituido de forma paritaria por miembros designados por las organizaciones de empresarios y de trabajadores no resulta necesaria y adecuada para alcanzar el objetivo (...) no se garantiza que los miembros de ese órgano, designados por las referidas organizaciones, dispondrán de los conocimientos necesarios para determinar si un trabajador portuario satisface los criterios de reconocimiento, relativos a su aptitud para ejercer las tareas que le incumben con total seguridad (...)»<sup>1407</sup>. En

---

<sup>1407</sup> Según reza la STJUE de 11 de febrero de 2021 (Asuntos acumulados C-407/19 y C-471/19), *Kaoten Natie Bulk Terminals NV* y *Middlegate Europe NV*, en su apartado 97º: «como señaló el Abogado General en los puntos 126 a 128 de sus conclusiones, si los miembros del órgano competente para el reconocimiento de los trabajadores portuarios son 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, cabe dudar de la imparcialidad de estos miembros y de que los mismos puedan, por tanto, pronunciarse sobre las solicitudes de reconocimiento de una manera objetiva, transparente y no discriminatoria (véanse, por analogía, las Sentencias de 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, C-439/99, EU:C:2002:14, apartado 39; de 1 de julio de 2008, MOTOE, C-49/07,

línea con las restricciones anteriormente apuntadas en materia de reconocimiento y habilitación profesional para el ejercicio de la profesión, el artículo 54.2 del V Acuerdo Marco impondría una limitación de acceso al trabajo de los estibadores al exigir mayores cargas que las impuestas por el artículo 3 del RD-Ley 8/2017, referido al certificado de profesionalidad mencionado anteriormente; además de distorsionar la competencia, restringir las libertades de circulación y conculcar las garantías constitucionales de los artículos 35 y 38 CE así como la facultad de autoorganización del artículo 3 RD-Ley 9/2019.

### *vii. Recolocación y subrogación*

Otra de las interferencias funcionales de la CPSE se ubica en sede de medidas de recolocación y subrogación y, en concreto, en el artículo 37.2.b, párrafo 6º del V Acuerdo, al atribuirse, por la vía indirecta, una función «electiva» a la CPSE sobre los miembros del SIMA, al establecerse que «Cualquier discrepancia entre la empresa estibadora, la representación legal y sindical del personal afectado y el CPE respecto del número, grupo profesional y especialidades de trabajadores del CPE que deben ser objeto de subrogación o recolocación, datos estadísticos de retribución y antigüedad media, será resuelta por un tercero nombrado por la CPSE de entre los mediadores o árbitros adscritos al SIMA». Considero, en este sentido, que el sistema finalmente establecido en el texto definitivo del acuerdo no preservó las últimas cautelas advertidas por la CNMC en sus Informes. Así, en relación con los términos de la recolocación, a pesar de definir el sistema de resolución de las discrepancias por parte de un tercero nombrado de entre los mediadores o árbitros del SIMA, se asignó su elección a la CPSE; obstaculizándose la neutralidad pretendida por la CNMC, con riesgo potencial de difusión de información sensible. Máxime al no incluirse la salvaguarda, realizada por la CNMC en previos borradores, de inexistencia, por parte de la persona designada para la resolución de la controversia, de vínculos profesionales, societarios o familiares con las partes firmantes del Acuerdo o cualquiera de los sujetos afectados por el mismo, tanto en la resolución de la discrepancia sobre la obligación o no de recolocación y subrogación como en la resolución de las discrepancias surgidas en torno a las materias laborales concretas objeto de discusión. En este sentido, considero que, a los efectos del sometimiento a un sistema alternativo de resolución de conflictos en caso de discrepancia, las partes en discordia podrían acudir directamente ante el SIMA, siendo ociosa la participación de una comisión paritaria cuya neutralidad quedaría cuestionada por su propia condición y naturaleza, así como gratuito el desplazamiento de una función electiva que es patrimonio de las partes que desean someterse al correspondiente sistema, *ex* artículos 13.2 y 20.1 y 2 del VI ASAC<sup>1408</sup>.

Por último, la Disposición Adicional 2ª del V Acuerdo Marco, sobre el «Pacto sectorial por la profesionalidad y garantía de empleo», en su apartado 2º, establecería que las partes firmantes

---

EU:C:2008:376, apartado 51, y de 26 de septiembre de 2013, *Ottica New Line*, C-539/11, EU:C:2013:591, apartados 53 y 54».

<sup>1408</sup> Ambos preceptos, referidos a la mediación y arbitraje, respectivamente, hacen referencia a la elección expresa de las partes de someterse al sistema alternativo de resolución de conflictos previsto en el acuerdo y, en el caso del arbitraje, a la elección de un tercero a los efectos de la resolución del conflicto o de la cuestión suscitada.

suscriben un compromiso a razón de los procesos de transformación y automatización en los que el sector está inmerso (léase como pacto entre empresas *ex doctrina Albany*) con afectación a terceras empresas no firmantes del acuerdo, obligando a éstas a compartir con la representación legal y sindical los proyectos de inversión que pudieran incidir en la estabilidad en el empleo y en los niveles de ocupación, así como a iniciar un «diálogo» tendente a «analizar las consecuencias en el empleo del proyecto empresarial y las medidas que estimen necesarias para alcanzar los objetivos de evitar, minimizar o solidarizar las consecuencias sobre el empleo y las condiciones laborales del personal afectado» (párrafo 2º del apartado 2). Más allá de socavar facultades directivas y de organización propias de las empresas vía obligación de compartir las estrategias e información sensible en perjuicio de la libre competencia en el mercado, no suficientemente garantizada con el mero deber de sigilo atribuido a la representación legal *ex* artículo 65.2 ET, se culmina el atentado a la libre competencia *ex* artículos 101 y 1.1 LDC en la proyección sobre la CPSE de la potestad de resolver «las discrepancias que se produzcan tras el preceptivo período de consultas en estos procedimientos colectivos». En definitiva, una comisión en la que constan representadas empresas de la competencia debe, por imperativo convencional, conocer las inversiones en nueva tecnología acordadas por las empresas como condición *sine qua non* para la adopción de medidas de flexibilidad necesaria, las cuales, previamente, también han sido compartidas con la representación no sólo legal, sino también sindical, también representada en la citada CPSE<sup>1409</sup>.

### b.2.2. Facultades de dirección y control

Como previa al descenso en el análisis de la regulación de esta materia en el V Acuerdo Marco, procede contextualizar el marco normativo de partida en esta materia. El RD-Ley 9/2019 incorporó dos relevantes previsiones en materia de facultades de dirección y organización. La primera referiría a los trabajadores portuarios contratados por los CPE (artículo 21 de la LETT en la versión dada por dicho RD-Ley), atribuyendo a la empresa titular de la licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios durante el período de puesta a disposición. Esta previsión deviene coherente con la propia configuración y catalogación de los CPE como ETT específicas de este particular sector, y guarda plena correspondencia con las facultades de dirección asignadas a las empresas usuarias en el marco de cualquier contrato de puesta a disposición suscrito con una ETT tradicional (artículo 15 LETT). Ahora bien, el RD-Ley 9/2019, tras incluir el nuevo Capítulo V (artículos 18-21) en la LETT, reconoce, en su artículo 3.1, las facultades de organización y dirección a las empresas titulares de las antedichas licencias en los términos previstos en el artículo 20 del ET -lo que, *a priori*, podría parecer redundante- a la vez que establece que «idénticas facultades le corresponden a la empresa en el caso de que la contratación de los trabajadores portuarios se haya realizado por medio de centros portuarios de empleo o empresas de trabajo temporal».

---

<sup>1409</sup> Esta valoración no es compartida por la SAN núm. 151/2022, al entender que la salvaguarda se cumpliría a través del deber de confidencialidad de sus miembros establecido por el artículo 6 del V Acuerdo, en el apartado 24º del FJ 9º de la resolución judicial.



Si nos detenemos en el examen de esta segunda posibilidad reglada en el artículo 3, una lectura conjunta de los artículos 21 LETT y 3.1 RD-Ley 9/2019 haría pensar que, este segundo, no podría referirse a una situación fáctica de puesta a disposición ordinaria, en la medida en que resultaría obvio y excesivamente reiterativo -máxime al reconocerlo el propio artículo 21 LETT- que corresponderían a la empresa titular de la licencia estas facultades. Si se descarta esta posibilidad, la que restaría por valorar sería la hipótesis de la contratación directa por parte de la empresa estibadora de un trabajador previamente vinculado con un CPE. ¿Cuál puede ser el espíritu o finalidad de una norma legislativa que reconoce tal evidente facultad, de forma adicional a la previsión genérica ya incluida en la norma sustantiva laboral básica?. A mi modo de ver, y sin perjuicio de las reflexiones que se efectuarán *ad infra*, la razón se podría encontrar en los apartados que siguen en el artículo 3, que incorporan la facultad de designación del personal necesario para realizar cada tarea portuaria y delegan en la negociación colectiva la facultad de establecer cualquier medida que desarrolle tales facultades, incluidas las de adscripción del personal a las tareas portuarias, estabilidad y calidad en el empleo, tiempo de trabajo, movilidad funcional y polivalencia, o sobre clasificación y formación profesional, entre otras. En definitiva, parece reconocerse *ex lege* una facultad para, seguidamente, proporcionarse los mecanismos en orden a socavarla. En esta clave, de suerte de habilitación legal para neutralizar la libertad de empresa, es en la que deberán leerse las consideraciones que seguirán.

A propósito de la potestad de dirección y organización, estructura de la plantilla, modalidades de contratación y sistema de organización y distribución del trabajo, el Capítulo III, integra tres preceptos que serán objeto de análisis desde el prisma o plano comunitario y nacional, siguiendo la metodología antes anunciada.

El artículo 11, sobre la «Potestad de dirección y organización del trabajo», efectúa un reconocimiento genérico sobre la exclusiva atribución de la organización y dirección del trabajo a las empresas estibadoras, si bien con la salvaguarda de acometerse «con sujeción al presente Acuerdo, a los convenios y acuerdos colectivos de ámbito inferior, a la legislación vigente y a los derechos individuales de los trabajadores». Con carácter general, tal como se aseveraba anteriormente, las facultades de dirección, organización y control de la actividad laboral constan reconocidas en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y, de forma específica, en el sector de la estiba portuaria, en el artículo 3 del RD-Ley 9/2019, que reza que corresponde a la empresa titular de la licencia de servicio portuario de manipulación de mercancías, en su condición de empleadora, el ejercicio de las facultades de dirección, organización y control de la actividad laboral de los estibadores portuarios. Al mismo tiempo, se reconoce que idénticas facultades le corresponden a la empresa en el caso de que la contratación de los trabajadores portuarios se haya realizado por medio de centros portuarios de empleo o empresas de trabajo temporal, incluida la facultad de designar al personal necesario para realizar cada una de las actividades portuarias. En su virtud, advertimos que las facultades concedidas por el artículo 3 del RD-Ley 9/2019 anteriormente desgranado son utilizadas por el acuerdo marco a modo de habilitación expresa para imponer restricciones o limitaciones, de las facultades reconocidas legalmente en la norma sustantiva laboral básica (ET) en contra de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida en el artículo 38 CE, también consignadas en el primer apartado del propio artículo 3 del RD-Ley 9/2019 -aunque para, posteriormente, instrumentar mecanismos en orden a desvirtuarlas-, *so pena* de restringir

las libertades de circulación garantizadas por el derecho originario de la Unión Europea, además de contravenir la legalidad interna.

Sobre la base de la anterior premisa, la previsión contenida en el párrafo 2º del artículo 11, relativo a que, sin perjuicio de las facultades de dirección, organización y control atribuidas a las empresas estibadoras, «las partes acuerdan que la modificación de las ‘manos’ o equipos de trabajo se tramitará conforme a las disposiciones del Acuerdo y del artículo 41 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (...)», deviene limitativa de las facultades directivas aludidas. La modificación de las «manos»<sup>1410</sup> considero que no debería supeditarse ni sujetarse a la regulación específica del V Acuerdo Marco, a modo de excepción o salvedad con respecto de la libertad de autoorganización empresarial reconocida *ex lege* a las empresas estibadoras derivada de la propia libertad de empresa *ex* artículo 38 CE, a través de los cauces legales establecidos, en la medida en que supondría imponer restricciones a las libertades de circulación (prestación de servicios y establecimiento, *ex* artículos 56 y 49 TFUE) a las empresas prestatarias del servicio de la estiba en el ámbito español, que no superarían los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad exigidos por la doctrina comunitaria referida *ut supra*, toda vez que ningún organismo sería más idóneo y conoce mejor las necesidades productivas y organizativas que la propia empresa que regenta la actividad prestada por los estibadores portuarios. La SAN núm. 151/2022 no compartiría esta tesis, bajo la consideración de que este reconocimiento legal no sería «omnímodo», al tiempo de habilitarse, a través del apartado tercero del artículo 3 del RD-Ley 9/2019, vía convencional, la adopción de medidas complementarias de mejora de la competitividad de los puertos vinculadas a las reglas de adscripción del personal que permitan alcanzar una mayor flexibilidad<sup>1411</sup>. Sin perjuicio de que, tal como señala la indicada Sentencia el párrafo 2º del artículo 11 no eliminaría por completo las facultades de autoorganización de las empresas estibadoras, al tiempo que la negociación colectiva podría establecer límites y procedimientos vinculados al ejercicio del poder de dirección<sup>1412</sup>, la concreta facultad limitada en el presente caso difícilmente podría encontrar su amparo en una voluntad o finalidad de mejorar las condiciones laborales de los trabajadores, en la medida en que la limitación fijada referida al número y categoría de personas necesarias para estibar o desestibar un barco en cada operación, únicamente impactaría sobre las facultades de autoorganizar el propio personal en unos términos contrarios a la finalidad del artículo 3 (párrafo 3º) del RD-Ley 9/2019, al restar flexibilidad a las empresas estibadoras para decidir sobre la gestión de su personal.

En esta línea y sentido, una salvaguarda como la prevista en el artículo 11 del V Acuerdo Marco considero que sería susceptible de calificarse como un pacto entre empresas en los términos de la doctrina *Albany*, toda vez que estaría regulando aspectos que no cumplirían las

---

<sup>1410</sup> Se refiere al número y categoría de personas necesarias para estibar o desestibar un barco en cada operación.

<sup>1411</sup> Que faculta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales a acordar, «entre las medidas complementarias para la mejora de la competitividad de los puertos, reglas sobre la adscripción del personal a las tareas portuarias, estabilidad y calidad en el empleo, regulación del tiempo de trabajo, movilidad funcional y polivalencia, o sobre clasificación y formación profesional, entre otras».

<sup>1412</sup> FJ 9º, apartado 2º.

condiciones establecidas por el Abogado General *Jacobs* presentadas en los asuntos C-67/96, asuntos acumulados C-115/97 a 117/97 y C-219/97 el 28 de enero de 1999<sup>1413</sup>, bajo su tesis de la «inmunidad limitada» de los convenios colectivos. En concreto, no podría quedar inmunes al derecho de la competencia una cláusula como la precedente referida a aspectos de organización y producción; circunstancia que también se colegiría de la doctrina sentada en la Sentencia *Holsbip* del TEFTA, la cual declaró que una norma convencional sólo podía quedar al margen de la libre competencia si se refería a «condiciones de trabajo y empleo», esto es, cuestiones tales como salarios, horarios de trabajo, seguridad, ambiente de trabajo o vacaciones; entre otras; en un supuesto en el que se examinaba un acuerdo marco de dudosa legalidad que acabó considerándose contrario, asimismo, a la libertad de establecimiento<sup>1414</sup>.

Retomando la dimensión o plano nacional, a través de la previsión objeto de análisis, se estaría privando a cualquier empresa estibadora de ejercitar una facultad legal prevista en una norma sustantiva laboral interna para decidir el volumen de trabajadores y las concretas categorías de personal necesarios en aras a la organización de su propio trabajo, despojándola de la garantía constitucional a la libertad de empresa *ex* artículo 38 CE, en contra de lo previsto en el artículo 3 del RD-Ley 9/2019. Al mismo tiempo, los sistemas de adscripción a las tareas portuarias, reguladas en el artículo 8 del extinto IV Acuerdo Marco, inspirados en mecanismos restrictivos de la libertad de autoorganización empresarial, ya merecieron censura por parte de la Audiencia Nacional en la SAN de 31 de mayo de 2021, aseverando, con remisión al artículo 3.2 del RD-Ley 9/2019, y con absoluta contundencia, que «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»<sup>1415</sup>; por lo que la disposición convencional mentada resultaría contraria al ordenamiento comunitario y entendemos debería haber sido reputada nula y expulsada del ordenamiento interno *ex* párrafo 2º de la Disposición adicional segunda del RD-Ley 9/2019<sup>1416</sup>.

El artículo 12, sobre «Estructura de la plantilla y modalidades de contratación del personal», regula la obligatoriedad de las empresas estibadoras de contratar a los trabajadores de forma directa o por cualquier otro medio admitido en Derecho, siguiendo los procedimientos de selección y de encuadramiento profesional convenidos en el acuerdo marco; fijando en dos terceras partes la plantilla necesariamente contratado a través de contratos indefinidos a tiempo completo, computándose en el tercio restante (personal temporal) los contratos a tiempo parcial con jornada inferior al 70% de la jornada ordinaria. Ciertamente, tal como apunta la SAN núm. 151/2022 a propósito el análisis de la legalidad de esta cláusula

---

<sup>1413</sup> *Vid.* 807.

<sup>1414</sup> *Vid.* 991 y ss.

<sup>1415</sup> En el Fundamento Jurídico 8º, página 86467 del BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021, declaró que «No deben admitirse composiciones forzadas de equipos si no son requeridos todos sus miembros por la empresa usuaria (...)» considerándose que se partía de un sistema de control monopolístico de la mano de obra entre las empresas que operan en un puerto con exclusión de terceros (...).

<sup>1416</sup> El segundo párrafo de la Disposición Adicional 2ª del RD-Ley 9/2019 establece que: «(...) disposiciones de los convenios colectivos que incumplan lo previsto en el párrafo precedente serán nulas de pleno derecho».

convencional<sup>1417</sup>, el artículo 15.8 ET, en la redacción dada por el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, facultó a la negociación colectiva a establecer o fijar porcentajes máximos de temporalidad y criterios relativos a la adecuada relación entre el volumen de contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa. Ahora bien, a pesar de que la fijación de este porcentaje (33,33%) deviene de la autonomía colectiva expresada en el V Acuerdo, en aras a una mayor estabilidad en el empleo, considero que ésta debería acomodarse al Derecho originario así como a la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que, en un mercado conformado por dos tipos de entidades de gestión y cesión de trabajadores (CPE / ETT) no debería admitirse que, un uso desproporcionado no adecuado de la habilitación dada por el artículo 15.8 ET, condujera a resultados contrarios a las libertades comunitarias y a la libre competencia, generando distorsiones, desigualdades entre estibadores portuarios y posibles abusos de posiciones de dominio.

En este sentido, la cláusula convencional limitativa del porcentaje de contratación se podría erigir, de nuevo, un pacto entre empresas en los términos de la doctrina *Albany*, contraria a la libre competencia *ex* artículo 101 TFUE entre CPE y ETT ordinarias, toda vez que, a pesar de que las empresas fueran libres de acudir a una u otra entidad para materializar la puesta a disposición de trabajadores, es evidente la ventaja que en el mercado de cesión de personal ostentarían los CPE frente a las ETT, no centradas las últimas en un exclusivo sector, como es el exclusivo de la estiba propio de los CPE. En este sentido, la reducción del porcentaje mínimo de contratación indefinida practicada en las distintas versiones de V Acuerdo Marco (que inicialmente se estipuló en 85%, posteriormente en 75% y, finalmente, en 66,66%), en función de la realidad práctica podría acabar revelándose insuficiente en aras a evitar una distorsión de la competencia en el mercado<sup>1418</sup>. Al propio tiempo, la calificación de «temporal» a los efectos del cómputo de los contratos indefinidos a tiempo parcial, carente de amparo jurídico, supondría una extralimitación interpretativa que generaría situaciones de agravio comparativo con respecto de otros sectores que operan en el mercado no sujetos a esta específica limitación; susceptibles, junto con la limitación sobre la libertad de contratación, de coartar al mismo tiempo las libertades de circulación en el ámbito de la Unión Europea, de forma desproporcionada.

Desde el punto de vista de la legalidad interna (dimensión o plano nacional), la disposición indicada podría ser contraria a la libertad de contratación reconocida por el artículo 2 del RD-Ley 8/2017, en virtud del cual «La contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías es libre (...)», en relación con los artículos 3 del RD-Ley 9/2019 y 38 CE; restricción que ya fue advertida por la CNMC en su Informe de 8 de mayo de 2020, en el cual ésta reputó excesivo el porcentaje por el riesgo de suponer una significativa limitación a la capacidad de autoorganización de las empresas estibadoras, restándoles flexibilidad y dificultándoles la implantación de estrategias comerciales de crecimiento, con especial afectación para las de reducido tamaño. Al mismo tiempo, dada la particularidad de la actividad de la estiba, basada en la imprevisibilidad, irregularidad e

---

<sup>1417</sup> FJ 9º, apartado 3º.

<sup>1418</sup> Sobre la doctrina *Albany*, *Vid.* 970 y ss.

intermitencia en la prestación del servicio, se abocaría *de facto* a las empresas a acudir a los CPE generando ventajas para los mismos en detrimento de otras ETT generalistas; contrarias no sólo a la libre competencia en el mercado sino también al principio de igualdad *ex* artículo 14 CE y artículos 20 y 21 de la CDFUE. En conclusión, el artículo 12 del V Acuerdo Marco sería susceptible de conculcar el ordenamiento comunitario e interno *ex* párrafo 2º de la Disposición adicional segunda del RD-Ley 9/2019, con directa afectación de los otros preceptos convencionales que remitieran al mismo en materia de llamamientos<sup>1419</sup>.

El artículo 13 del V Acuerdo Marco, sobre el «Sistema de organización y distribución del trabajo», limita, en el apartado 2.a, la posibilidad de que, una vez ocupado el personal contratado directamente mediante su nombramiento en el primer turno de cada día en el que la empresa tenga actividad, se realice otro turno de trabajo en un mismo día (turnos que, según el artículo 44, tienen una duración de 6 horas). Al mismo tiempo, el párrafo b) del mismo apartado, establece que «la empresa deberá dar ocupación efectiva al personal del Centro Portuario de Empleo del que sea socia en la realización de las actividades que precise (...) cuando la empresa opte por dar ocupación en un segundo turno al personal indicado en el párrafo anterior, se nombrará al que hubiera trabajado en el buque que requiera reenganche». En este sentido, se confiere a las empresas socias de los CPE, que han accedido a su puesta a disposición de trabajadores, la posibilidad de dar ocupación en un segundo turno cuando esta posibilidad no sea posible en el caso de empresas que emplean personal propio o bien puesto a disposición por una ETT ordinaria. Asimismo, el apartado d) restringe la polivalencia funcional aplicable al personal contratado directamente por las empresas estibadoras, admitiéndola únicamente en los casos en que el CPE o ETT operadoras del mismo puerto no tengan suficiente personal para atender a las peticiones de la empresa estibadora.

Las previsiones anteriores, en la misma línea de las precedentes que han sido objeto de examen en el marco del Capítulo III, pretenden restringir la libertad de organización de las empresas estibadoras en unos términos que convierten su regulación en ajena al núcleo de la negociación colectiva, susceptible de analizarse desde el prisma del derecho de la competencia *ex* doctrina *Albany* y de reputarse limitativas de las libertades de prestación de servicios y establecimiento *ex* artículos 56 y 49 del TFUE, respectivamente; afectando al principio de igualdad reconocido por los artículos 20 y 21 de la CDFUE, al establecer una diferencia de trato entre los trabajadores de los CPE (a los cuales se les prioriza para doblar turnos, con las compensaciones económicas inherentes a tal facultad) y los trabajadores de las empresas estibadoras u otras ETT ordinarias.

En el ámbito interno, la preferencia para el doblaje de turnos del personal con relación laboral de carácter especial (los trabajadores de las extintas SAGEP) fue declarada nula por la Audiencia Nacional en la SAN de 31 de mayo de 2021, considerándose que limitaba (en el anterior artículo 10.4 del IV Acuerdo Marco) la posibilidad de contratación de las empresas estibadoras y atribuía a las SAGEP un carácter monopolístico contrario a la libertad de contratación consagrado en el RD-Ley 9/2019, en el que se prevé expresamente que entre las

---

<sup>1419</sup> Artículo 16, 22 y 27 del V Acuerdo Marco.

facultades de dirección y organización de las empresas estibadoras se encuentra «la de designar al personal necesario»<sup>1420</sup> (apartado 2º del artículo 3 del RD-Ley 9/2019).

La CNMC, en su informe de 8 de mayo de 2020, ya advirtió de la distorsión que sobre la competencia provocaba la priorización del personal de los CPE, al suponer una ventaja con respecto al de otras ETT; privilegio que precisamente sancionó la STJUE de 11 de diciembre de 2014 si bien referida a las entonces SAGEP. En este sentido, a pesar de haberse fijado dicha preferencia en unos términos más implícitos que los que fueron empleados en los primeros borradores, lo cierto es que el efecto derivado del mecanismo de rotación regulado y de la regulación de la polivalencia sigue manteniendo la misma esencia, esto es, forzar a las empresas estibadoras a tener que acudir a la mano de obra del CPE o ETT correspondiente, limitando el derecho de la empresa y sus trabajadores de acordar la polivalencia, únicamente aplicable en defecto de personal en el CPE o ETT, y por extensión la libertad de empresa y contratación *ex* artículo 38 CE, en relación con el artículo 2 del RD-Ley 8/2017 y 3 RD-Ley 9/2019<sup>1421</sup>.

Evidencia incuestionable del ánimo ínsito al acuerdo de mantener el *statu quo* de gestión monopolística de la mano de obra es la dicción del apartado 6º del artículo 13 del V Acuerdo Marco, que otorga la posibilidad de aplicar las condiciones de organización del trabajo previstas en los artículos 20, 21, 22, 38, 39, 41 y 44 (movilidad funcional, jornada máxima, distribución irregular de la jornada, horas extraordinarias, remates de buques, turnos de trabajo y jornadas especiales), a aquellas empresas estibadoras que oferten «ocupación efectiva» para cubrir la «totalidad de sus necesidades operativas conforme el sistema de nombramientos y condiciones convencionalmente acordado en el Acuerdo y en los convenios y acuerdos colectivos de ámbito inferior», esto es, a aquellas empresas que apliquen el sistema de llamamiento regulado en los apartados precedentes del artículo 13, análogo al previsto en el IV Acuerdo que fue sancionado con la nulidad de pleno Derecho<sup>1422</sup>. En otros términos, sólo actuando las empresas estibadoras (socias o no de un CPE) en unos términos que posibilitaran el mantenimiento del sistema de gestión que giraría en torno a la preeminencia de la figura del CPE sería posible aplicar las medidas de flexibilidad en la organización del trabajo indicadas, obviándose que éstas tienen su origen jurídico en instituciones reguladas en una norma sustantiva básica (ET) que no pueden ser socavadas vía negociación colectiva en detrimento de libertades constitucional y legalmente garantizadas.

---

<sup>1420</sup> Véase el Fundamento Jurídico 8º, página 86474 del BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021.

<sup>1421</sup> Esta tesis y visión no es compartida por la SAN núm. 151/2022, en su FJ 9º, apartado 4º *in fine*.

<sup>1422</sup> A propósito del examen del artículo 8 del IV Acuerdo Marco, la SAN de 31 de mayo de 2021 declaró, en la página 86467 del BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021, que «(...) prevé unos sistemas de adscripción determinados que impiden a las empresas estibadoras 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».

Por otro lado, aunque incluido en el ámbito del Capítulo IX del texto convencional, procede sacar a colación la preeminencia otorgada por el artículo 44 al personal del CPE frente al propio de la empresa estibadora o de las ETT ordinarias, al impedir que un estibador pueda realizar dos turnos en el mismo día, salvo que no exista disponibilidad de otra persona a tiempo completo o parcial en el seno del CPE del que la empresa sea socia y con la condición de no haber sido ocupado durante la jornada en cuestión; con restricción de la libertad de autoorganización de cada empresa *ex* artículo 3 del RD-Ley 9/2019 y vulneración de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida en el artículo 38 CE, en la medida en que su ejercicio se condicionaría a la disponibilidad de recursos de una entidad ajena a la propia empresa, esto es, el CPE, no pudiéndose doblar turno si en el CPE existiera algún trabajador que no hubiera sido ocupado durante la jornada en cuestión; en unos términos análogos a los que se preveían en el artículo 10.4.2 del IV Acuerdo Marco, declarado nulo por la SAN núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021<sup>1423</sup>. A pesar de que esta valoración es contraria a la realizada por la SAN núm. 151/2022, a propósito del examen de legalidad del V Acuerdo Marco<sup>1424</sup>, podría establecerse un cierto paralelismo en lo que anteriormente, en el IV Acuerdo Marco, constituía una preferencia a la realización de reenganches o jornadas de doce horas al personal con relación laboral especial, empleado por las SAGEP. Sin embargo, en el contexto previo a la reforma de la estiba derivada del cumplimiento de la STJUE dictada en el asunto C-576/13, el mercado de gestión del trabajo de la estiba no estaba dividido en dos tipos de entes gestores, sino que éste giraba en torno a la única figura posible de gestión de este trabajo: las SAGEP.

Actualmente, la regulación facultaría al establecimiento de dos tipos de organismos gestores (CPE y ETT), con la particularidad de que, en virtud del sistema español de negociación colectiva, basado en la eficacia *erga omnes* de las normas convencionales suscritas entre los agentes sociales partidarios del uso de los CPE de base mutualizada, se podría afectar a las empresas que no hicieran uso o se acogieran a ese instrumento de gestión específico (CPE). La comprensión de esta realidad, inexistente en el contexto previo a los cambios normativos operados, deviene consustancial, entendemos, en orden a valorar el impacto de los acuerdos alcanzados legítimamente por los agentes sociales (con presencia mayoritaria de ANESCO y CETM) sobre otras empresas estibadoras que hubieran decidido no hacer uso de los instrumentos de base mutualizada pactados por aquéllos y, asimismo, sobre los trabajadores que se regirían por reglas o condiciones distintas en función de si hubieran sido cedidos por una entidad u otra, generándose agravios comparativos carentes de justificación en base a su homóloga condición profesional de estibador. Es en esta clave que debería analizarse la legalidad de la redacción de algunas cláusulas del acuerdo -como la del artículo 44-, en virtud de la que sólo los trabajadores de los CPE estarían limitados para realizar dos turnos en el mismo día cuando hubiera otro disponible en aquél. Análogas reflexiones procederían a

---

<sup>1423</sup> El párrafo 2º del artículo 10.4.2 del IV Acuerdo Marco establecía que «(...) 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 (...)», dándose preferencia, pues, a la realización de jornadas de doce horas o reenganches al personal con relación laboral especial. Véase, sobre la fundamentación sobre su nulidad, el FJ 8º de la resolución judicial, publicada en el BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021, Página 86474.

<sup>1424</sup> FJ 9º, apartado 20º.

propósito de las condiciones reguladas en el artículo 13 del V Acuerdo Marco *ut supra* referenciadas.

Por cuanto precede, las cláusulas apuntadas de los distintos preceptos del Capítulo III (11, 12 y 13) considero no podrían subsumirse en la categoría de «orientaciones» que el artículo 18.4.a), párrafo 2º, de la LETT (en la versión dada por la Ley 4/2022) habilitó a la negociación colectiva a incorporar en desarrollo de la obligación de contribución al mantenimiento del empleo y garantía de la ocupación efectiva del personal del CPE, a cuyo cumplimiento debían coadyuvar sus empresas socias. En este sentido, se estaría afectando, por medio de cláusulas normativas (y no orientativas) a libertades comunitarias y constitucionales de empresas no socias de los CPE y a sus plantillas, en la medida en que las obligaciones del artículo 18.4 de la LETT irían referidas a las empresas «socias» de los CPE, con riesgo de restricción de la libre competencia, situándose, al mismo tiempo, al colectivo de trabajadores, en función de su procedencia, en una situación de manifiesta desigualdad contraria al artículo 14 CE.

### b.2.3. La puesta a disposición y contratación de trabajadores

Descendiendo al contenido del Capítulo IV, sobre los modos y condiciones de puesta a disposición de las empresas estibadoras de personal procedente del CPE, el artículo 14 regula la «Adscripción del personal de los CPE a las tareas portuarias» y, en su apartado b), párrafo segundo, tras recoger la puesta a disposición por distintos periodos o turnos de trabajo, la norma convencional reconoce que «el tiempo de trabajo prestado bajo la modalidad de puesta a disposición del apartado b) se computará a todos los efectos como antigüedad en el CPE». El Acuerdo Marco distingue dos modalidades de personal incluido en su ámbito de aplicación: el personal «integrado», esto es, contratado directamente por las empresas estibadoras (artículo 12) y el personal «adscrito», esto es, puesto a disposición por los CPE (artículo 14). La segunda categorización, debería asimilarse, en materia de condiciones y garantías, al personal puesto a disposición por las ETT ordinarias, cuya regulación básica se encuentra en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, sin que en ésta contemple un reconocimiento incondicionado de la antigüedad correspondiente al periodo de tiempo de vinculación laboral con la ETT en caso -habitual, en la práctica- de posterior contratación directa por parte de la empresa usuaria -salvo que concurren determinadas circunstancias establecidas por la doctrina jurisprudencial vinculadas a la teoría de la unidad esencial del vínculo laboral<sup>1425</sup>.

A propósito de la garantía adicional reconocida en el mentado precepto convencional, se abocaría a los estibadores portuarios cedidos por ETT ordinarias a las correspondientes empresas estibadoras a una posición de desigualdad con respecto de aquellos contratados por un CPE y cedidos a las empresas estibadoras; con plena conculcación del principio de igualdad y prohibición de discriminación reconocidos *ex* artículos 20 y 21 de la CDFUE y el artículo 14 de la CE.

---

<sup>1425</sup> Véase, sobre este particular, RODRÍGUEZ CARDO, I.A. «Antigüedad computable en el cálculo de la indemnización por despido: en particular, el tiempo de prestación de servicios para una ETT (1). Sentencia comentada: STS de 12-4-2018 (recurso 1309/2016)», *Derecho de las relaciones laborales*, N° 7, 2019, Págs. 691-699.



En materia de «Contratación de personal del CPE por las Empresas Estibadoras y suspensión del contrato con los CPE», reguladas en el artículo 15 del acuerdo, el precepto establece, por un lado (apartado 1º) las reglas aplicables a las ofertas de empleo de las empresas estibadoras al personal de los CPE y, por otro lado (apartado 2º), regula la suspensión del contrato con el CPE con ocasión de la contratación de personal de éste por parte de una empresa estibadora, tras reconocer un derecho a la reincorporación inmediata al CPE con el que tuviera suspendido el contrato todo aquel trabajador al que se le extinguiera el contrato sin que su extinción fuera declarada procedente (último párrafo del artículo 15.1).

En relación con la primera cuestión, la norma convencional obliga a las empresas estibadoras que sean socias de un CPE a dirigir una oferta innominada al personal de ésta última, limitando tanto la contratación directa de trabajadores por parte de una empresa estibadora como la libertad de los trabajadores de escoger a su empresario. Desde la dimensión comunitaria, esta restricción podría atentar tanto a la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE como al artículo 101 del TFUE. Respecto a la primera, en tanto que impondría una preeminencia o privilegio no justificado que ya fue sancionado por la STJUE de 11 de diciembre de 2014<sup>1426</sup> y, en relación con el artículo 101 del TFUE, en tanto que medida restrictiva del juego de la competencia en el mercado interior, no excepcional por las condiciones establecidas en el apartado 3º del citado artículo 101<sup>1427</sup>, con vulneración del principio de igualdad y prohibición de discriminación *ex* artículos 20 y 21 de la CDFUE.

En el ámbito interno, el borrador de esta disposición ya fue objeto de observaciones por parte de la CNMC, en la medida en que inicialmente la oferta de empleo se establecía como obligatoria para todo el personal de los CPE que operaran en el puerto, con independencia de si la empresa era o no socia de él. Contrariamente a lo que parecía sugerir la CNMC, que concedió la opción de clarificar la obligación como aplicable únicamente a las empresas socias (alternativamente a la supresión de la ventaja<sup>1428</sup>), considero que aun restringiéndose al ámbito de las empresas socias, el artículo estaría concediendo una ventaja informativa a los trabajadores de un CPE para su incorporación a la plantilla de las empresas socias, en detrimento de los trabajadores de las ETI ordinarias que no serían receptores de las ofertas generadas en el puerto en cuestión; circunstancia que convertiría la disposición en contraria al

---

<sup>1426</sup> Según reiterada jurisprudencia del TJUE, citada en el FJ 47º de la Sentencia de 11.12.2014 (Asunto C-576/13), «las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo», sin que el sistema del régimen portuario español preexistente, que se alegó que perseguía objetivos de protección de los trabajadores y de garantía de la regularidad, continuidad y calidad del servicio pudieran considerarse suficientes a los efectos de justificarse válidamente la restricción en cuestión, en la medida en que se identificaron medidas menos restrictivas que eran idóneas para lograr un resultado similar (FJ 55º de la resolución judicial).

<sup>1427</sup> Sobre la virtualidad de este precepto y sus condiciones en sede de recolocación y subrogación del personal, *Vid.* Epígrafe 5.4.c); en virtud del cual el carácter «mutualizado» de la actividad de la estiba portuaria debía concebirse en clave de preservación de la competencia en el sector, estableciéndose requisitos de exención a las prohibiciones de su primer apartado en base al análisis de las eficiencias en el mercado.

<sup>1428</sup> Observación particular III.2.4 del INF/CNMC/035/20, de 8 de mayo de 2020.

artículo 1.1 de la LDC, al tiempo de situar en una posición de desigualdad a los estibadores portuarios que accedieran al mercado, proscrita por el artículo 14 CE, vía discriminación de sus oportunidades de empleo. En este sentido, la previsión sería susceptible de generar una distorsión en el mercado consistente en, por un lado, conceder una ventaja a los trabajadores de los CPE respecto de otros, potenciando la preservación de un *pool* monopolístico de gestión de la mano de obra y, por otro lado, obligaría a las empresas estibadoras a compartir posible información sensible sobre sus cargas de trabajo y expectativas futuras de empleo con otras empresas competidoras socias del CPE; información que podría no quedar suficientemente preservada en base al genérico «deber de sigilo» previsto en el artículo 65 ET para los representantes de los trabajadores en una pretendida aplicación por analogía<sup>1429</sup>.

No cabe duda, en relación con la regulación de las reglas de aplicación en las ofertas de empleo, que la libertad que podría quedar más conculcada sería la de contratación *ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017, en la medida en que una empresa estibadora socia de un CPE no podría elegir a qué trabajador contratar y, por otro lado, un trabajador no podría, en ejercicio de su libertad constitucional de acceso al empleo (artículo 35 CE), aceptar una oferta libremente formulada por una empresa estibadora; atribuyéndose a los trabajadores del CPE un privilegio que debería reputarse del todo constitucional por el mero hecho de discriminar a unos empleados con respecto a otros, al contravenir el principio de igualdad y prohibición de discriminación *ex* artículo 14 CE. A este respecto, la comunicación y consulta de las ofertas a las respectivas representaciones legales y sindicales de las personas trabajadoras no podría concebirse como una medida acordada en beneficio de la calidad, garantía del empleo y nivel de ocupación del personal (párrafos 3º y 4º del artículo 15.1), máxime cuando la representación sindical está controlada por un solo sindicato de franja (CETM) con presencia en la CPSE; circunstancia que, más allá de posibilitar una eventual difusión de información sensible, incorporaría un obstáculo a la decisión de contratación de cualquier empresa y desplazaría hacia la representación unitaria y sindical una facultad que es atribuida *ex lege* a la primera en exclusiva<sup>1430</sup>.

Por otro lado, el derecho a la reincorporación automática en caso de despido (salvo declarado procedente) al CPE de origen supone reconocer una garantía a aquellos trabajadores cedidos por el CPE que no sólo excedería de las previstas para los supuestos de extinción en la norma sustantiva laboral básica (artículos 55 y 56 ET), sino podría discriminar a los trabajadores cedidos a través de ETT ordinarias o contratados directamente por empresas estibadoras, que no gozarían del mismo privilegio, contrario sin duda al artículo 14 CE y al espíritu de la Sentencia de 11.12.2014 del TJUE; no justificable en base a los criterios hermenéuticos citados por la mentada resolución judicial<sup>1431</sup>.

---

<sup>1429</sup> *Vid.* Epígrafe 5.4.a). Esta cláusula de cierre se incorporó a resultas de las observaciones particulares (III.2.4) efectuadas por la CNMC en su Informe de 28 de julio de 2020 (INF/CNMC/059/20).

<sup>1430</sup> La SAN núm. 151/2022, en su FJ 9º, apartado 5º, valida la legalidad del artículo 15 del V Acuerdo Marco, esencialmente, en base a la premisa de que los CPE son ETT específicas, no asimilables a estas últimas, en las que pueden operar o cobrar virtualidad determinadas condiciones o circunstancias específicas.

<sup>1431</sup> El artículo 15.1 del V Acuerdo Marco recuerda parcialmente al contenido del artículo 9 del IV Acuerdo Marco en materia de procedimiento de incorporación de trabajadores con relación laboral común, que fue sancionado con la nulidad por la SAN de 31 de mayo de 2021 (Página 86468 del BOE núm. 171, de 19 de julio

Finalmente, la previsión en materia de suspensión del contrato con el CPE contenida en el artículo 15.2 del V Acuerdo, además de incorporar una garantía para el personal de los CPE no existente para los trabajadores de las ETT cedidos a sus empresas estibadoras usuarias, de nuevo, conculcando el principio de igualdad y prohibición de discriminación, supone una implícita reactivación del modelo o categoría de relación laboral (la de carácter especial) que fue derogada del elenco del artículo 2.1 (apartado h) del ET *ex* RD-Ley 8/2017 y sobre la que se sustentaba todo el régimen de gestión del trabajo de la estiba portuaria; a través de una dicción que recuerda a la que existía en los anteriores artículos 8 y 18.1 del IV Acuerdo Marco, cuya nulidad fue decretada por la SAN de 31 de mayo de 2021<sup>1432</sup>.

Al mismo tiempo, también restringiría la facultad de dirección y organización *ex* artículo 3 del RD-Ley 9/2019 la garantía en favor de la readmisión prevista por el primer párrafo del artículo 63 del V Acuerdo Marco, en la medida en que reconocería el derecho de los trabajadores despedidos de forma improcedente e incluidos en el ámbito de aplicación del acuerdo a optar entre el percibo de la indemnización legal o bien la readmisión -en análogos términos que garantiza el artículo 56.4 ET a los representantes unitarios-, con la única excepción de aquellos que hubieren sido objeto de condena por delito de tráfico de drogas o contrabando; privilegio jurídico no reconocido en nuestra legalidad vigente a los trabajadores de otros sectores del mercado de trabajo. Sin embargo, esta previsión, aplicable a todo al sector -y no únicamente a los trabajadores empleados por un CPE o una empresa socia de éste- podría validarse de ser consideradas las consecuencias asociadas a los despidos improcedentes *ex* artículo 56 ET como una norma de derecho necesario relativo, disponible por la negociación colectiva en términos de mejora de las condiciones en virtud del tradicional modelo de la suplementariedad aplicable en el ámbito de las relaciones entre ley y convenio colectivo<sup>1433</sup>.

Ahora bien, se podría generar un trato desigual o discriminatorio con ocasión del párrafo 2º del artículo 63, en virtud del cual el personal del CPE con relación laboral suspendida podría optar por ingresar en el CPE en caso de extinción de su contrato con la empresa estibadora<sup>1434</sup>,

---

de 2021): «lo previsto en este 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 obliga, entre otras cuestiones, a que la empresa estibadora comunique la oferta a la OEE como requisito imprescindible para la contratación de personal estibador como fijo. Se parte de un sistema de gestión monopolístico por parte de la SAGEP (OEE) claramente contrario al bloque normativo y jurisprudencial (...) con clara vulneración del artículo 49 TFUE (...)».

<sup>1432</sup> Véase la página 86467 de la Sentencia publicada en el BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021. Sin embargo, la SAN núm. 151/2022 que analiza la legalidad del V Acuerdo Marco no comparte esta valoración, bajo el prisma de que no se considera que esta misma posibilidad, para el personal contratado por ETT, no exista, negándose que esta regulación suponga una ventaja para el personal de los CPE (véase su FJ 9º, apartado 5º *in fine*).

<sup>1433</sup> La SAN núm. 151/2022, FJ 9º, apartado 23º, no lo examina desde esta perspectiva, si bien valida su redacción aludiendo a que análoga limitación de las facultades disciplinarias se derivaría de los supuestos en los que la norma estatutaria otorga el derecho de opción a los representantes legales de los trabajadores (léase *ex* artículo 56.4 ET). Sobre el modelo de suplementariedad y las normas de derecho necesario relativo como umbral inferior susceptible de superarse por medio del convenio colectivo, véase CRUZ VILLALÓN, J.; «Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo... *Op. Cit.*, Pág. 13 y ss.

<sup>1434</sup> Nótese que el V Acuerdo Marco pretende mantener las instituciones suspensivas existentes con la extinta relación laboral de carácter especial.

con independencia de la causa; concediéndose un trato de privilegio al personal del CPE frente al contratado por las ETT ordinarias o por las empresas estibadoras; con vulneración del artículo 14 CE. Esta opción ya fue sancionada por la SAN núm. 127, de 31 de mayo de 2021, a propósito de la opción a favor de la readmisión que regulaba el artículo 18.1 del IV Acuerdo Marco, que fue considerado «(...) 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 (...)». Así, a pesar de no calificarse como «especial» la relación laboral existente entre el CPE y sus trabajadores en el artículo 63.2, la dicción del artículo 15.2, tal como se ha referido con anterioridad, mantendría su misma lógica y funcionalidad, por lo que entendemos sería plenamente trasladable la reflexión en su día efectuada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional a propósito del análisis de legalidad del IV Acuerdo Marco<sup>1435</sup>.

#### b.2.4. Promoción profesional

Descendiendo en el contenido del Capítulo V, el artículo 18, sobre «promoción profesional», tras enmarcar los ascensos y promociones del personal en función de su formación, méritos y experiencia (criterios que ya han sido objeto de crítica en el precedente epígrafe sobre los borradores del V Acuerdo) así como aludir a las facultades organizativas del empresario, obliga a las empresas estibadoras a comunicar, a sus representantes «legales y sindicales» la implantación de nueva tecnología o maquinaria para permitir el desarrollo de los procesos formativos del personal, información sometida a un deber de sigilo. Es dable advertir, de la mera lectura del tercer párrafo del precepto, que por esta vía se facultaría, nuevamente, vía el sindicato mayoritario CETM, el acceso a datos tecnológicos, productivos y organizativos a las otras empresas competidoras en el sector, representadas por ANESCO en el marco de la CPSE; con riesgo de afectación a la libre competencia *ex* artículo 101 TFUE y 1.1 LDC.

En relación con la incorporación del artículo 18.4.b) de la Ley 14/1994 (LETT), en la versión dada por la Ley 4/2022<sup>1436</sup>, sobre la «colaboración», en régimen de no exclusividad, en la formación, perfeccionamiento y promoción profesional del personal del CPE, se advierte que, a través de esta previsión legal, el legislador ha pretendido reforzar la preeminencia del papel de los CPE frente a las ETT tradicionales u ordinarias operadoras en el mercado, toda vez que ha incorporado obligaciones sobre las empresas estibadoras socias de aquellos inexistentes para las empresas estibadoras usuarias de las ETT, en un sentido que, a nuestro criterio, sería contrario a la eliminación del monopolio censurado por la STJUE de 11 de diciembre de 2014. Si la creación de una específica ETT para el sector de la estiba ya entrañaba riesgos de

---

<sup>1435</sup> *Vid.* Epígrafe 5.3.

<sup>1436</sup> El artículo 18.4 de la LETT (según BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2022) establece que las empresas socias de un CPE, en aras a lograr el objeto social del segundo: «b) En régimen de no exclusividad, colaborarán en la formación, perfeccionamiento y promoción profesional del personal del centro portuario de empleo. Para ello, las empresas pondrán a disposición de los centros portuarios de empleo de los que sean socias los nuevos medios y sistemas de trabajo para la impartición de la formación necesaria y simultánea del personal contratado por las empresas y del puesto a disposición por el centro portuario de empleo».

distorsión de la libre competencia en los términos que ya han sido abordados en precedentes apartados, la ampliación o potenciación de su preeminencia, frente a otras entidades de gestión de la mano de obra, llevada a cabo a través de la reforma del artículo 18 LETT -que, lejos de un «desarrollo», podría ser reputada como una «contrareforma» del espíritu liberalizador que pretendió darse al RD-Ley 9/2019-, se abocaría al sector a una evidente situación de riesgo, en la medida en que quedaría reducida a la mínima expresión la posibilidad de que las empresas estibadoras, por sí mismas o en colaboración con un tercero, organizaran cursos de formación profesional; a pesar de así expresarse en el párrafo 6º del artículo 18 de V Acuerdo Marco. Consciente de este riesgo, la CNMC, en su Informe de 28 de julio de 2020, abordado *ut supra*, ya recomendaba que se reconociera abiertamente, en sentido positivo (y no negativo o, hasta cierto modo, por defecto) la facultad o capacidad para impartir de forma autónoma la formación; en un plano de igualdad con respecto de los CPE, para evitar situaciones de desigualdad o discriminación.

Esta prioridad -en la cual ha coadyuvado el legislador- se evidencia con toda claridad de la lectura del párrafo 8º, *in fine*, del artículo 18 del V Acuerdo Marco, en virtud del cual «El personal estibador integrado (recuérdese, contratado directamente por una empresa socia de un CPE), o adscrito (esto es, puesto a disposición por un CPE) a una empresa estibadora tendrá derecho al acceso de la formación impartida por el CPE con que tenga el contrato suspendido», para posteriormente consignar, en el siguiente párrafo, que «podrá solicitar y, tendrá derecho a obtener, la reincorporación al CPE con el que tenga el contrato suspendido», reconociendo asimismo el derecho del personal integrado y adscrito a participar en los procesos de promoción profesional que tengan obligación de realizar los CPE y las empresas estibadoras socias antes de contratar a nuevo personal.

De cuanto precede, se observa que en el seno del artículo 18 del V Acuerdo Marco se aúnan distintos reconocimientos que, de forma implícita, sitúan en una posición de claro perjuicio y desigualdad a los trabajadores de este sector contratados a través de ETT o por empresas no socias de un CPE; contraviniendo el derecho a la libre competencia consagrado por el artículo 101 del TFUE y restringiendo la libertad de establecimiento y prestación de servicios (artículos 49 y 56 TFUE) en el marco de la Unión; además de coartar, en el ámbito interno, la libertad de contratación de las empresas estibadoras socias de los CPE *ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017, al imponerles unas obligaciones no existentes para las demás operadoras del mercado y afectar al derecho de la competencia *ex* artículo 1.1 LDC. Cabe precisar, a este respecto, que este tipo de privilegios ya fueron sancionados por la SAN de 31 de mayo de 2021, a propósito de la redacción del artículo 12.1, apartados 2 y 3, del extinto IV Acuerdo Marco, llegándose a calificar la conducta como una «expropiación» del sistema de promoción propio de las empresas estibadoras en favor del monopolio de la, entonces, SAGEP<sup>1437</sup>. Sin embargo, la SAN núm. 151/2022, en el análisis de este mismo precepto, no entiende pertinente trasladar automáticamente la argumentación mantenida en el marco del examen de legalidad del IV Acuerdo Marco al considerarlo enmarcado en un contexto normativo diferente<sup>1438</sup>. Así, se

---

<sup>1437</sup> Véase el FJ 8º de la SAN de 31 de mayo de 2021, publicada en el BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021, página 86476.

<sup>1438</sup> FJ 9º, apartado 7º.

alude a la facultad voluntaria y no preceptiva de los trabajadores integrados o adscritos a la plantilla de una empresa para solicitar la reincorporación al CPE con el que tuvieran el contrato suspendido, notas o circunstancias que, según la Sala, neutralizarían cualquier atisbo de riesgo de contravención de la libertad de empresa y establecimiento. Sin embargo, no es abordado por la AN el análisis de esta cláusula en relación con el principio de igualdad que, por su trascendencia constitucional, al no poderse extender tal garantía a los trabajadores cedidos por ETT ordinarias, debería haber merecido, entendemos, otro resultado desde una perspectiva de riesgos en el mercado más omnicompreensiva de todas las variables en juego en esta disposición convencional.

Por último, en materia de «criterios para la promoción profesional y resolución de discrepancias sobre clasificación y promoción profesional», el artículo 19 del texto convencional regula, en su apartado a) una garantía, en términos de plena igualdad de oportunidades, para acceder a todas las promociones y ascensos por parte de las personas trabajadoras de los CPE y sus empresas socias; reconocimiento que otorga un claro papel destacado a los CPE frente a las ETT u otros modelos de prestación del servicio en la formación y acreditación de la formación de los trabajadores, susceptible de distorsionar el mercado, vía incorporación de una cláusula susceptible de ser calificada como pacto entre empresas según la doctrina *Albany*, con plena conculcación del artículo 101 TFUE y 1.1 LDC; tal como ya advertía la CNMC en su Informe de 8 de mayo de 2020. Prueba de ello es el apartado d) del mismo precepto, que establece de forma diáfana que «En cada CPE o Empresa estibadora, el órgano calificador de la profesionalidad exigible para la promoción será único en su respectivo ámbito y contará con la participación de los representantes legales y sindicales de las personas trabajadoras del CPE o de la empresa afectada, respectivamente», cerrándose no sólo el mercado en cuanto a la calificación de la profesionalidad de los estibadores se refiere, sino reconociéndose una participación unitaria y sindical única en detrimento de las empresas estibadoras no socias o bien las ETT ordinarias cedentes de trabajadores portuarios; en las cuales no se aplicaría dicha garantía; con posible distorsión en el mercado -agravada por la información susceptible de filtrarse a las empresas competidoras vía sindicato CETM con presencia en la CPSE que, en su caso, se debería acreditar- y vulnerando, al mismo tiempo, el principio de igualdad reconocido y garantizado por los artículos 20 y 21 CDFUE y 14 CE. Estas circunstancias, conducirían a reputar contrarios al espíritu liberalizador de la reforma de la estiba tras la STJUE de 11 de diciembre de 2014 *ex* artículo 1 RD-Ley 9/2019.

El examen de legalidad de esta cláusula es abordado por la SAN núm. 151/2022, en cuyos razonamientos jurídicos se apela al espíritu mutualista de los CPE y a la contribución al mantenimiento del empleo y garantía de ocupación efectiva que reza la versión dada al artículo 18.4.a) de la LETT por la Ley 4/2022, para acabar considerando que los términos de esta regulación serían fruto de las propias especialidades del sector, que no abocarían a ninguna posición de privilegio específica<sup>1439</sup>. Es evidente y notorio el impacto que la nueva regulación

---

<sup>1439</sup> El apartado 8 del FJ 9º de la Sentencia establece que «(...) en atención a su base mutualista, persiguen la canalización de trabajadores portuarios especializados para atender a las necesidades puestas de manifiesto por las empresas que son socias del CPE. Ya adelantamos en apartados anteriores, que confirme al art. 18.4.a) de la LETT, las empresas deben contribuir al mantenimiento del empleo y deben garantizar la ocupación efectiva del personal del centro portuario de empleo, lo que es acorde con la previsión del art. 19 a) de mantener la igualdad de oportunidades entre los trabajadores propios de la empresa estibadoras y de los CPE. Tratar de

dada al artículo 18 de la LETT por la Ley 4/2022 ha tenido sobre el sentido de la valoración de esta cláusula por parte de la AN. A este respecto, cabe remitirnos a las reflexiones realizadas anteriormente en torno a los términos de esa contribución al empleo y garantía de ocupación efectiva en favor de los trabajadores de los CPE *ex lege* reconocida, la cual, puesta en relación con el desarrollo convencional dado a la misma, no solo no se acomodaría plenamente a las máximas del Derecho originario derivadas del TFUE en materia de libre competencia, al habilitar a la constitución de organismos que podrían abusar de su posición de dominio en el mercado, sancionándose su no pertenencia con perjuicios que se irrogarían a los trabajadores de ETT ordinarias y, para ello, facultando a los agentes negociadores a suscribir acuerdos que otorgaran privilegios en favor de los trabajadores contratados por determinadas entidades de gestión, en un sentido contrario al buscado por la STJUE en el Asunto C-576/2013, situando en plano de desigualdad a los estibadores portuarios habilitados para ejercer en el estado español en función de cuál fuera su organismo contratante y de si este hubiera decidido o no formar parte de esa entidad de base mutualista (CPE).

En materia de resolución de las discrepancias en materia de promoción y clasificación profesional, nos remitimos al análisis efectuado *ut supra* a propósito de las funciones asignadas a la CPSE.

### b.2.5 Movilidad y polivalencia funcionales

En materia de movilidad funcional, nombramientos y organización de las plantillas de los CPE (Capítulo VI), el V Acuerdo Marco, siguiendo la misma lógica condicionante apreciada en el artículo 13.6 en materia de organización y distribución del trabajo, en su artículo 22 supedita la aplicación de la polivalencia y la movilidad funcional de las empresas al previo cumplimiento de la garantía de ocupación y calidad en el empleo mediante el porcentaje mínimo de contratación indefinida, retribución mínima garantizada y la ocupación mínima establecidos en los artículos 12 y 28 del acuerdo marco, ambos susceptibles de reputarse contrarios a la legalidad- el segundo, por los motivos que se expondrán más adelante. Adicionalmente, la facultad de aplicar la polivalencia y movilidad funcional también se condiciona a la cobertura de «las necesidades de personal de la empresa estibadora mediante la ocupación de los profesionales del CPE del que sea socia incluyendo la puesta a disposición de personal estibador por más de un turno de conformidad con el artículo 14.b) y al cumplimiento de los periodos mínimos de empleo o ingresos mínimos pactados en este Acuerdo». De entrada, se observa que la norma convencional pretende fundamentar dichos condicionantes en el desarrollo del mandato establecido en el artículo 2 del Convenio núm. 137 de la OIT<sup>1440</sup>; tratado internacional que se encuentra en situación provisoria y que ya fue alegado por el Reino de España en el procedimiento por incumplimiento deducido por la Comisión Europea que finalizó con la STJUE de 11 de diciembre de 2014, asumiendo éste que existían fórmulas

---

equiparar al personal contratado a través de las ETT supone obviar las especialidades del sector, sin que el art. 19 otorgue una posición de privilegio (...).

<sup>1440</sup> *Vid.* Epígrafe 2.1.a).

respetuosas con esta norma convencional no restrictivas, de forma desproporcionada, del derecho de establecimiento<sup>1441</sup>.

Nótese que, sin perjuicio de lo anterior, el propio artículo 2.1 del Convenio núm. 137 de la OIT, establece, en términos programáticos, que la política nacional debe estimular que, en la medida de lo posible, se asegure el empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios. Esta finalidad se podría considerar cumplida a través de la dicción del artículo 18.4.a), párrafo segundo, de la Ley 14/1994, en la versión dada por la Ley 4/2022, que habilitaría al establecimiento de «orientaciones» en el ámbito de la negociación colectiva, que casarían con el mandato internacional sobre la estimulación del empleo en el marco de la política nacional. Éstas, sin embargo, considero quedarían alejadas de las condiciones o exigencias impuestas por el artículo 22 reseñadas *ut supra*.

A mayor abundamiento, debe significarse que, en el ámbito portuario, en el marco de los asuntos acumulados C-407/19 y 471/2019, el Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, en las Conclusiones presentadas el 10 de septiembre de 2020 frente al TJUE, aseveró que el Convenio núm. 137 de la OIT, en situación provisional, había dejado de estar actualizado «(...) debido a la evolución tecnológica del trabajo portuario, y cuyo mecanismo de registro de los trabajadores ha funcionado en ocasiones como un sistema de reserva o monopolio profesional ventajoso solo para un grupo de trabajadores»; además recordar que la Unión no sería parte del Convenio núm. 137 de la OIT y el TJUE no se habría pronunciado sobre su impacto en el derecho de la Unión en el asunto español C-576/13 a pesar haberse invocado por el Reino de España en esa ocasión. En definitiva, a la luz de estas consideraciones, entre otras realizadas por el Abogado General que serían compartidas<sup>1442</sup>, considero que su constante referencia en el marco del texto convencional poca eficacia jurídica material podría desprender.

Tal como se advertía del análisis del artículo 12, el acuerdo marco pretendería socavar la aplicación de unas medidas de flexibilidad reguladas legalmente a todas aquellas empresas no «adheridas» o no dispuestas a mantener el sistema de gestión monopolístico controlado por el CPE, condicionando la aplicabilidad de aquellas al previo cumplimiento de requisitos en materia de formación y garantías de ocupación; en contra de la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE y del espíritu de la STJUE de 11 de diciembre de 2014. Al mismo tiempo, podría abocar a los estibadores portuarios a una posición de desigualdad, reduciendo en la práctica la capacidad de empleo de aquellos trabajadores contratados por empresas no socias de CPE o a través de ETT ordinarias, con conculcación del principio de igualdad *ex* artículo 20 y 21 de la CDFUE; desigualdad que también sería susceptible de colegirse de las obligaciones y exigencias consignadas en el artículo 23 siguiente, en materia de «Organización de la plantilla de los CPE y promoción profesional», al exigirse a los trabajadores una acreditación profesional para la que el CPE se erigiría en el órgano certificador de las

---

<sup>1441</sup> Véanse los FJ 41 y siguientes de la resolución judicial.

<sup>1442</sup> Párrafos 65° y 66° de las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona en los recientes asuntos acumulados C-407/19 y 471/2019.



formaciones impartidas, *ex* artículos 18 y 19 del acuerdo, con un papel destacado frente a otras entidades dedicadas a tal fin en el mercado, imponiéndose asimismo exigencias a los estibadores superiores a las derivadas de la acreditación del certificado de profesionalidad *ex* artículo 3 del RD-Ley 8/2017, con restricción de la libre prestación de servicios garantizada en el Derecho originario por el artículo 56 del TFUE.

En el marco interno, se vería comprometida la libertad de contratación garantizada por el artículo 2 del RD-Ley 8/2017, en relación con las facultades de autoorganización de las empresas estibadoras *ex* artículo 3 del RD-Ley 9/2019, vaciando de contenido la remisión al artículo 20 efectuada por el artículo 11 de la norma convencional y vulnerando la libertad de empresa *ex* artículo 38 CE así como la realización de la garantía constitucional al acceso al empleo *ex* artículo 35 CE. En este mismo sentido, se pronunció la SAN de 31 de mayo de 2021, a propósito del análisis del artículo 11.8 del IV Acuerdo Marco, en el que se limitaba la polivalencia y movilidad funcional en unos términos análogos al V Acuerdo Marco, concluyéndose que el sistema resultaba incompatible con la libertad de contratación<sup>1443</sup>. Sin embargo, esta tesis no ha sido compartida por la AN en la Sentencia núm. 151/2022 dictada el 17.11.2022, al considerar que las condiciones reguladas en el artículo 22 no restringen ni la posibilidad de contratación a través de ETT, ni implican que todas las necesidades de las empresas estibadoras, necesariamente, deban cubrirse a través de personal de los CPE<sup>1444</sup>.

#### b.2.6. Selección y contratación

El Capítulo VII, que regula la selección y contratación del personal, aúna o comprende un total de diez preceptos (artículos 24 a 33) cuyo denominador común son la restricción a la libertad de contratación y las limitaciones impuestas sobre el poder de dirección y organización del empresario *ex* artículos RD-Ley 8/2017 y RD-Ley 9/2019, además de advertirse un constante desplazamiento de éste último (*ius variandi* empresarial) a la CPSE, en los términos que ya han sido analizados a propósito del examen de legalidad de los apartados de los artículos 25, 26, 27 y 29 referidos a su intervención.

Como frontispicio de la aparente incongruencia que enmarca los principios para la selección y contratación de personal del V Acuerdo Marco, observo que el artículo 24, tras declarar la libertad de ejercicio de estas facultades a todas las empresas incluidas en el ámbito funcional del acuerdo (esto es, socias o no socias de los CPE y usuarias o no de sus servicios), dispone seguidamente que deben regirse por lo dispuesto en el Acuerdo, dicción que entraña una contradicción en sus propios términos.

El artículo 25, dedicado a las «modalidades de contratación y contratos a tiempo parcial», tras declarar que las empresas pueden hacer uso de todas las modalidades contractuales previstas legalmente, lo condiciona a las «particularidades y limitaciones que se detallan en este convenio». Así, se limita la utilización del contrato a tiempo parcial a un mínimo del 50% de la jornada ordinaria equivalente a la referencia de un turno completo; porcentaje que

<sup>1443</sup> Véase el FJ 8º de la SAN de 31 de mayo de 2021, página 86475 del BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021.

<sup>1444</sup> Véase el FJ 9º, apartado 9º de la resolución judicial.

únicamente permite ser alterado por la empresa vía cumplimiento de los requisitos y siguiendo los cauces del artículo 82.3 ET (esto es, a través del procedimiento de inaplicación de convenio colectivo). Ningún motivo ni razón jurídica puede justificar una restricción sobre la libertad de contratación y autoorganización de los recursos empresariales como la que precede, imponiendo como suerte de «sanción», en caso de no cumplirse, el sometimiento a un costoso procedimiento de inaplicación de convenio colectivo cuyo uso no debería reservarse a la remoción de obstáculos impuestos por la negociación colectiva, sino en el «descuelgue» de previsiones que constituyan el núcleo duro de la negociación, esto es, condiciones de trabajo en los términos establecidos por la doctrina *Albany*, que no se cumplirían en el precepto objeto de examen, pues, a diferencia de la temporalidad en el empleo -de corte peyorativa en términos de estabilidad- la limitación de la contratación a tiempo parcial podría excluir a determinados profesionales del mercado que prestaran sus servicios, por ejemplo, en régimen de pluriempleo. Todo ello, con el agravante de someter la aprobación de la petición de modificación del mínimo de contratación a tiempo parcial al previo informe de la CPSE y, en caso de discrepancia, promoverse su intervención *ex* artículo 6.2.c) del Acuerdo, con la valoración que ha merecido anteriormente; circunstancia que, en la práctica, supondría prácticamente eliminar cualquier posibilidad de alteración del porcentaje, el cual, en el IV Acuerdo, fue de un 20% y ya fue decretado contrario a derecho y nulo por la SAN de 31 de mayo de 2021, por contravenir el artículo 49 TFUE e imponer restricciones a las empresas de otros Estados miembros dedicadas al servicio portuario de manipulación de mercancías que desearan operar en territorio español, así como contrarios al artículo 2 del RD-Ley 8/2017 y artículo 3 del RD-Ley 9/2019<sup>1445</sup>.

Más allá del análisis consignado *ut supra* sobre el artículo 27 del acuerdo, a propósito de la referencia a la CPSE en la toma de decisiones, el artículo 27 también concede, en su párrafo primero, una preferencia al personal del CPE y de las empresas estibadoras frente al personal de las ETT ordinarias, al reconocerse abiertamente y sin matices la finalidad del precepto de «posibilitar y favorecer la capacitación profesional plena como estibadores portuarios del personal de los CPE y de las empresas estibadoras» (se entiende, usuarias del CPE), obviándose que los trabajadores cedidos por ETT en el mercado de trabajo de la estiba portuaria también se insertan en el ámbito funcional de aplicación del texto convencional; abocándoles a un trato desigual contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 20 y 21 de la CDFUE y 14 de la CE, así como a un escenario de posible riesgo de distorsión competitiva, en la medida en que se concederían ventajas a los trabajadores de los CPE frente a los de las ETT ordinarias; contrarias al artículo 101 TFUE y 1.1 LDC.

No puede obviarse, al abundar sobre las restricciones en la libertad de contratación y de autoorganización empresarial ya advertidas, la obligación fijada en el apartado c) del artículo 27, de «determinarse» (en términos impersonales) el número máximo de contratos formativos «adecuados», en cada operativa, para evitar la afectación de rendimiento y productividad de las empresas estibadoras y los CPE; previsión que supondría un nuevo llamamiento a la limitación del *ius variandi* empresarial reconocido *ex lege* a cualquier empresario, de cuyo

---

<sup>1445</sup> Véase el FJ 8º de la SAN de 31 de mayo de 2021, página 86462 del BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021, en relación con el artículo 6 del IV Acuerdo Marco.

contenido no se advertiría un propósito de mejora de las condiciones de empleo que subyaciera en tal regulación.

Por su lado, el artículo 28, sobre «Principios, obligaciones y procedimiento para la contratación de personal por las Empresas Estibadoras y por los Centros Portuarios de Empleo», fija en un mínimo del 85% el «nivel de empleo óptimo», en supuesto cumplimiento del Convenio núm. 137 de la OIT, con respecto al cual ya se han efectuado las observaciones que preceden en el marco del análisis del artículo 22 del texto convencional; no computándose, a estos efectos, los contratos de puesta a disposición para las empresas usuarias que no sean socias del CPE si éste último no cumple con el porcentaje mínimo de ocupación. Esta cláusula, consignada en el tercer párrafo del artículo 28.1 del V Acuerdo, podría constituir un pacto entre empresas sujeto *ex doctrina Albany* al derecho de la competencia reconocido por el artículo 101 TFUE (y 1.1 LDC en el orden interno), en cuya virtud se restringiría el ejercicio de éste para las empresas no socias de los CPE y las ETT operadoras en el mercado en relación con los CPE y su libertad de pertenecer a éstos. No cabe duda que el mero reconocimiento formal de la libertad de ingreso de nuevas personas trabajadoras en las empresas estibadoras o en los CPE (artículo 28.2, párrafo 1º) podría quedar vacío de contenido material vía imposición de gravámenes derivados de la no pertenencia de las empresas en los CPE, traducidos en que, de acudir una empresa no socia de un CPE a éste para servirse de mano de obra, éste no sería computable a los efectos del cumplimiento del 85% del nivel óptimo de empleo de no cumplir éste el CPE; residenciando pues, en una entidad ajena a la empleadora en cuestión, el poder de dar cumplimiento a una obligación convencional. Contrariamente, de ser socia de un CPE, esta restricción no operaría, lo que abocaría a que una empresa que quisiera seguir sin ser socia del CPE tuviera que acudir a éste de forma prioritaria para lograr el objetivo indicado. Este precepto constituye un ejemplo paradigmático de la indirecta o sutil fórmula reguladora empleada en la redacción del V Acuerdo Marco para perpetuar el *statu quo* previo a la STJUE de 11 de diciembre de 2014 existente con la posición preeminente de las SAGEP (ahora CPE), en claro detrimento de otras fórmulas de provisión de mano de obra.

Otra muestra evidente de los obstáculos que se pretenden incorporar en el ejercicio a la libertad de contratación es el requisito exigido por el artículo 28.2 del acuerdo, esto es, la petición de un informe previo (aunque no vinculante) a la representación legal y sindical de los trabajadores, a la que posteriormente se les habilita a acceder a cualquier «información necesaria» para «determinar los niveles óptimos de empleo y de ocupación y, en su caso, proponer al CPE o empresa estibadora incrementos de la plantilla», imposición que en la práctica conduce a posibilitar el acceso de las empresas competidoras representadas en la CPSE (a través del sindicato CETM, con ostensible representación en dicho organismo) a información sensible sobre necesidades de contratación de otras empleadoras y sobre perspectivas de crecimiento empresarial; remitiéndose al mismo tiempo, el artículo 28, a previos preceptos (como el 15 y 18<sup>1446</sup> valorados *ut supra*) que resultarían contrarios al

---

<sup>1446</sup> El apartado 4º del artículo 28 del V Acuerdo Marco dispone que «(...) antes de iniciar un proceso de nuevos ingresos se estará a la promoción profesional establecida en el artículo 18 y el nivel óptimo de empleo», abocando a cualquier empresa estibadora a compartir con sus competidores determinada información empresarial sensible.

ordenamiento comunitario y español. Según mi criterio, de ser meramente tuitiva la finalidad del precepto convencional en cuestión, se hubiera podido limitar a la representación unitaria el acceso a dicha información, suficiente en orden a poder hacerles partícipes de las contrataciones realizadas por las empresas estibadoras.

A tenor de lo anterior, podrían comprometerse de nuevo la libertad de establecimiento *ex* 49 TFUE y las libertades de contratación (artículo 2 del RD-Ley 8/2017) y de autoorganización empresarial (artículo 3 del RD-Ley 9/2019), al tiempo que vulnerarse el derecho constitucional a la libertad de empresa *ex* artículo 38 CE; suponiendo los indicadores de calidad del empleo definidos como «Nivel óptimo de empleo», «Nivel de ocupación» y «Nivel de Ingresos», parámetros que guardan paralelismo con los que preveía el artículo 6.1 del anterior Acuerdo Marco («Nivel óptimo de empleo y nivel de ocupación»), así como los procedimientos de ingresos de personal *ex* apartados 2º y 5º del mismo artículo 6 del IV Acuerdo Marco, declarados nulos por la SAN de 31 de mayo de 2021<sup>1447</sup>.

En línea con lo precedente, el artículo 29 del texto convencional, sobre «Condiciones de la contratación y calidad en el empleo» condicionaría el ingreso de nuevo personal al previo agotamiento de las posibilidades de promoción profesional de todas las personas trabajadoras<sup>1448</sup>, en lo que, entendemos, sería susceptible de erigirse en restricción de la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE y libertades de contratación y organización y dirección empresarial *ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017 y artículo 3 del RD-ley 9/2019. No olvidemos que la mejora de las condiciones de empleo puede leerse y concebirse también en clave de mayor empleabilidad, por lo que en el análisis de este tipo de cláusulas no puede obviarse reflexionar en torno al impacto que puede suponer sobre el mercado de estibadores portuarios la preeminencia otorgada a determinados profesionales frente a otros. En definitiva, en su virtud, se estaría coartando el derecho de cualquier empresa a acudir al mercado de trabajo para incorporar a nuevo personal, vía obligación de iniciar un proceso de promoción interna de forma necesaria en contra de sus eventuales intereses de cobertura de las necesidades mediante contrataciones externas. Al mismo tiempo, los estibadores integrantes de sus plantillas se situarían en una posición de preferencia frente a otros estibadores carentes de ocupación en el mercado, conculcándose el principio de igualdad *ex* artículos 20 y 21 de la CDFUE y artículo 14 CE, así como el derecho a la libre elección de trabajo u oficio, garantizado por el artículo 35 de la CE. A este respecto, reputo incompleta y, en cierto modo, simplista, la valoración dada a esta cuestión por la SAN núm. 151/2022, al limitarse a aludir a

---

<sup>1447</sup> Véase el FJ 8º de la SAN de 31 de mayo de 2021, página 86462 del BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021, en relación con el artículo 6 del IV Acuerdo Marco, que dispone que: «(...) Los apartados señalados del artículo 6 del IV Acuerdo marco 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 (...). Esta tesis o consideración, sin embargo, no es compartida por la SAN núm. 151/2022, a propósito del análisis de los artículos que integran el Capítulo VII (FJ 9º, apartados 11º y siguientes).

<sup>1448</sup> En análogos términos a los que se preveían en el artículo 6.3.2 del IV Acuerdo Marco (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2014) que fue declarado nulo por la SAN de 31 de mayo de 2021 (BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021).

la búsqueda de la estabilidad del personal, en términos genéricos, sin ahondar sobre los efectos potenciales derivados de las condiciones impuestas por la norma llamada a examen<sup>1449</sup>.

Por su lado, el apartado 2º del artículo 29 incorpora una exigencia adicional a la prevista por la legislación de aplicación, consistente en la superación de «las acciones formativas teórico-prácticas según el plan de formación sectorial», que iría más allá de los requisitos de capacitación exigidos por el artículo 3 del RD-Ley 8/2017, en virtud de los cuales únicamente se exige la obtención de un certificado de profesionalidad según el Anexo VIII del RD 988/2013, de 13 de diciembre<sup>1450</sup>, y prácticas profesionales no laborales asociadas, para cuyo desarrollo la ley se remite al desarrollo reglamentario<sup>1451</sup>. De nuevo, la CPSE se erigiría en la encargada de determinar las acciones formativas teórico-prácticas o, en su defecto, los sindicatos representados en la CPSE por medio de acuerdo; produciéndose no sólo un desplazamiento de la facultad de dirección de la empresa estibadora hacia la CPSE, en la que intervendrían otras empresas competidoras, sino potenciándose también un control sindical de esta materia, en detrimento de la libertad de autoorganización reconocida al titular del *ius variandi ex* artículo 3 del RD-Ley 9/2019 y libertad de circulación y libre prestación de servicios *ex* artículo 45 y 56 TFUE. Máxime, al sancionarse con la extinción del contrato la negativa al sometimiento, por parte de un trabajador, a las pruebas fijadas por la CPSE a través de su plan de formación; dificultándose el acceso al mercado de estibadores portuarios reconocidos en otros países miembros vía incorporación de condiciones de acceso y requisitos de capacitación superiores a las fijadas por la legislación española en virtud del artículo 3.1 del RD-Ley 8/2017. Los requisitos adicionales a los recogidos en el artículo 3 del RD-Ley 8/2017, con remisión al Anexo VIII del RD 988/2013, ya fueron decretados nulos por la SAN de 31 de mayo de 2021, por contrarios al artículo 49 TFUE y artículos 2 del RD-Ley 8/2017 y 3 del RD-Ley 9/2019, al establecer restricciones al acceso al empleo no derivadas de requerimientos legales profesionales<sup>1452</sup>, que impactarían sobre las libertades de circulación de estos profesionales. A pesar de que en la SAN núm. 151/2022 se valide esta cláusula bajo la consideración de que el artículo 3 del RD-Ley 8/2017 se erigiría en una norma de mínimos, susceptible de complementarse en caso de mejorar la capacitación de los trabajadores, dada la discrecionalidad que podría imperar en el proceso de establecimiento y definición de la formación adicional y complementaria en el ámbito sectorial, la cual podría viciar el acceso a este tipo de trabajo de la deseada objetividad -que sí se garantizaría con la aplicación del RD 988/2013-; entendemos que, de buscarse únicamente una mayor capacitación de los trabajadores, los criterios en orden a lograr este objetivo deberían haberse concretado en la norma marco, sin ser suficiente, a estos efectos, las genéricas alusiones a formaciones teórico-prácticas que podrían conducir a restricciones importantes en la circulación de los trabajadores.

---

<sup>1449</sup> FJ 9º, apartado 15º.

<sup>1450</sup> *Vid.* 1279.

<sup>1451</sup> Que no consta se haya producido a fecha actual.

<sup>1452</sup> Véase el FJ 8º de la SAN de 31 de mayo de 2021, página 86462 del BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021.

Análoga reflexión merecería el artículo 32 del texto convencional -materialmente más vinculado al artículo 29 que al 31 que le precedería-, en materia de «Procedimiento de selección del personal», en el cual se regula un procedimiento de selección reglado que iría más allá de las exigencias de profesionalidad establecidas por el artículo 3 del RD-Ley 8/2017<sup>1453</sup>, en relación con el Anexo VIII del RD 988/2013; coartándose, desde el punto de vista de los trabajadores, las libertades de circulación y libre prestación de servicios en el marco de la Unión (artículos 45 y 56 TFUE) así como el derecho a la libre elección de profesión y oficio *ex* artículo 35 CE, al incorporar obstáculos desproporcionados para el acceso del trabajo superiores a los fijados en el artículo 3 del RD-Ley 8/2017. Desde el punto de vista empresarial, se restringiría la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE y la libertad de contratación *ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017, así como la facultad de dirección y organización empresarial *ex* artículo 3 del RD-Ley 9/2019, ambos en relación con el derecho constitucional a la libertad de empresa reconocido y garantizado por el artículo 38 de la CE; en unos términos que ya fueron en su día sancionados por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 31 de mayo de 2021, a propósito de la regulación que contenía el artículo 7 del extinto IV Acuerdo Marco<sup>1454</sup>.

Nótese como, desde una perspectiva de género, el establecimiento de determinadas condiciones o exigencias físicas podría conducir a una tácita exclusión del mercado de trabajo de las mujeres estibadoras portuarias o bien al establecimiento de gravosas barreras de acceso al mismo, efecto o posibilidad que se potenciaría con la inclusión de una cláusula de salvaguarda al final del artículo 32.4 del V Acuerdo en cuya virtud el CPE o la Empresa Estibadora puede establecer requisitos o pruebas «adicionales» a los anteriormente señalados para la selección de los candidatos. Esta vía de acceso a la discriminación indirecta en este tipo de mercado se añadiría a los ya tradicionales obstáculos de acceso a la actividad de la estiba que han sido examinados desde una perspectiva sociológica, vinculados al cierre del mercado

---

<sup>1453</sup> Véase sus apartados 1º a 5º, sobre el procedimiento, la convocatoria, requisitos de admisión, pruebas de selección (físicas, psicotécnicas, médicas) y selección de candidaturas.

<sup>1454</sup> «(...) 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». (SAN núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021, publicada en el BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021; Página 86466). Sin embargo, por su lado, la SAN núm. 151/2022 niega la traslación de esa valoración en el examen de legalidad del actual artículo 32 del V Acuerdo Marco, al considerar que el certificado de profesionalidad exigido por la norma legal «no es incompatible con la fijación, a través de la negociación colectiva, de un proceso de selección reglado en el que se fijen unos criterios comunes para el acceso a la profesión (...). A nuestro entender, el proceso de selección previsto en el art. 32 no impone, como así se decía en nuestra sentencia precedente, requisitos exorbitados que redundan en la libertad de contratación y que restringen la competencia. La exigencia de pruebas físicas, psicotécnicas y de salud no hacen sino constatar la idoneidad de un candidato para las actividades incluidas en el ámbito de aplicación del V AM, e incluso unifican los criterios para aquél (...).»

a cualquier persona trabajadora ajena a la «red o comunidad de parentesco inmediato» así como a barreras simbólicas materializadas en la cultura de la «masculinidad hegemónica» que ha venido preconizando la pervivencia de una preferencia hacia la incorporación de hijos varones frente a hijas mujeres<sup>1455</sup>.

Por último, el artículo 33 sobre «participación de la representación del personal»<sup>1456</sup> culminaría la merma a la libertad de contratación por la vía del establecimiento de un control sindical de acceso de los trabajadores, totalmente contrario tanto al artículo 2 del RD-Ley 8/2017 como a la SAN núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021, concediendo un trato de favor a la representación sindical (mayoritariamente ostentada por CETM), presente en la tantas veces aludida CPSE, en detrimento de la representación unitaria existente en cada empresa.

A propósito del artículo 31 del V Acuerdo Marco, en materia de «Adecuación dinámica de la plantilla a las necesidades operativas», se habilita a los empleadores a adecuar -vía medidas de flexibilidad interna o externa- el dimensionamiento de sus plantillas en supuestos de descenso de la actividad del año anterior y del nivel de ocupación por debajo del 75% del nivel óptimo de empleo, previo análisis de la situación por parte de la representación unitaria y sindical, facultando a un «tercero independiente» -que sustituiría a la CPSE referenciada en el primer borrador de V Acuerdo Marco<sup>1457</sup>- a analizar las necesidades de empleo de otras empresas o CPE del ámbito funcional del convenio en el mismo puerto, con el fin de ofertarles la incorporación del personal excedente. Esta previsión constituye una fórmula que podría considerarse neutra en su forma, pero viciada en su esencia o contenido, al ser designada la persona «independiente» por la propia empresa o CPE afectada.

Como se ha visto en el precedente epígrafe, dedicado al análisis de los borradores, la fórmula o mecanismo para garantizar la neutralidad e independencia de la figura del «tercero independiente» constituyó el núcleo material de la advertencia que consignó la CNMC en su segundo Informe de 28 de julio, en el sentido de sugerir la incorporación de exigencias (como la ausencia de vínculos profesionales, societarios o familiares del tercero con las partes firmantes del acuerdo), susceptibles de mantenerse durante toda la vigencia del texto convencional. Aunque esta precaución fue específicamente incorporada en el texto definitivo del V Acuerdo en los mismos términos de la observación de la CNMC, éste derivaría las conclusiones y propuestas efectuadas por el tercero independiente a las representaciones unitarias y sindicales (de nuevo, de forma acumulativa) de las empresas destinatarias, abriéndose con ello una posible vía de escape de información sensible a la CPSE, en la que se encuentra representado el sindicato mayoritario CETM, susceptible de vulnerar el artículo 101 TFUE y 1.1 LDC; en la medida en que, de nuevo, se podría estar ante un posible pacto entre

---

<sup>1455</sup> Sobre las restricciones en el acceso al mercado de la estiba y su impacto en el colectivo femenino, véase AGUADO BLOISE, E. «Mujeres en la estiba. El caso de las estibadoras portuarias del puerto de Valencia», *Arxius de sociologia*, N° 35, 2016, Págs. 123-137.

<sup>1456</sup> «La representación legal de las personas trabajadoras (RLT) del contratante podrá nombrar un representante y los sindicatos con presencia en la CPSE podrán nombrar un máximo de dos, que participarán en todo el proceso de selección, incluida la elaboración de las pruebas».

<sup>1457</sup> *Vid.* Epígrafe 5.4.a).

empresas bajo el prisma de la doctrina *Albany* sujeto a la aplicación de las normas de la competencia. Así, existiría riesgo de traspaso de información a las demás empresas del mercado y del puerto en cuestión relativa a planes empresariales que afectaran a la recolocación de posibles trabajadores excedentes de alguna de ellas. La anonimidad de la identidad de la empresa, a pesar de pretenderse preservar vía artículo 31.2 del V Acuerdo Marco, difícilmente podría satisfacerse en la práctica, dado el profuso conocimiento al que es dable que pudiera acceder la CPSE, en virtud de sus amplias atribuciones funcionales, en cuyo seno se encuentran gran parte de las empresas representadas<sup>1458</sup>.

La imposición, por la vía convencional, de una obligación de recolocación no prevista legalmente, además podría coartar la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 del TFUE y el derecho a la libertad de autoorganización empresarial *ex* artículo 3 RD-Ley 9/2019 y libertad de empresa *ex* artículo 38 CE.

### b.2.7. Tiempo de trabajo

En el Capítulo IX del V Acuerdo Marco, titulado «Jornada anual; descansos; horas extraordinarias; tipos de jornadas; vacaciones anuales», el artículo 38 fija una jornada anual máxima de 1826 horas, que queda reducida a 1.452 horas en caso de que los convenios de empresa establezcan sistemas de ordenación del tiempo de trabajo distintos o vía convenio de ámbito inferior se incrementen las facultades organizativas del empresario en esta materia.

El establecimiento de una reducción de la jornada máxima anual (en, aproximadamente, 400 horas menos anuales) en caso de ejercitarse una facultad de organización del empresario que es reconocida *ex lege* supone una suerte de sanción dirigida al uso de un derecho legítimo totalmente contraria al principio de seguridad jurídica *ex* artículo 9.3 de la CE, que pretende erigirse en elemento disuasorio del ejercicio de la autonomía colectiva, *ex* artículos 81 y siguientes del ET, en la concertación de acuerdos colectivos de ámbito inferior al acuerdo marco que introduzcan medidas de mayor flexibilidad organizativa que las establecidas por el sectorial. Esta previsión limitaría la libertad de contratación *ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017 y artículo 3 del RD-Ley 9/2019 al tiempo de conculcar el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación *ex* artículos 20 y 21 de la CDFUE y 14 CE, en la medida en que se generarían agravios comparativos y situaciones de desigualdad entre los trabajadores a los cuales les fuera de aplicación el acuerdo marco -por no serles de aplicación otra norma convencional de inferior nivel-, los cuales deberían cumplir una jornada de 1826 horas, y los trabajadores que estuvieran incluidos en el ámbito funcional de aplicación de un convenio de ámbito inferior al estatal en el que se regularan medidas organizativas superiores a las del acuerdo marco, a los cuales les sería exigible una jornada de 1452 horas. Esta circunstancia podría conducir, a la postre, a generar distorsiones en la libre competencia en el mercado, en la medida en que la jornada susceptible de exigirse en cada empresa en función de las anteriores condiciones podría impactar sobre el nivel de competitividad de los operadores del servicio en el mercado, con riesgo de conculcación del artículo 101.1 TFUE y 1.1 LDC.

---

<sup>1458</sup> Esta interpretación no es compartida por la SAN núm. 151/2022, en su FJ 9º, apartado 16º.



Por último, en el marco del Capítulo XI, sobre «Formación y prácticas no laborales», se observa que el artículo 55.1 podría incurrir en la misma suerte de contravención que la que fue advertida con respecto del artículo 54.2, analizada *ut supra* a propósito de la CSEF. Según el apartado 3º del citado precepto, la empresa estibadora o el CPE, junto con el centro formativo, debería designar a persona trabajadora como tutora de cada alumno/a. Para la tutorización, el CPE pondría a disposición de las empresas usuarias personal del ámbito del presente Acuerdo con más de 5 años de experiencia profesional. Asimismo, la empresa estibadora podría, previo informe de la representación legal y sindical, nombrar tutores entre su personal estibador que cuente con más de 5 años de experiencia profesional, siendo voluntaria la tutorización para el trabajador/a propuesto/a. No existe ninguna justificación objetiva o que pudiera redundar en beneficio de las condiciones laborales de los trabajadores que ampare el obstáculo introducido en la designación de los tutores por parte de las empresas estibadoras, consistente en requerir informe, además de a la representación legal, también a la sindical (de nuevo, de forma acumulativa), con el impacto que ello podría desprender en términos de potencial distorsión de la competencia, en caso de que determinada información sensible fuera conocida, vía sindicato CETM, por las empresas competidoras representadas en la CPSE. A través del modelo de colaboración con los centros formativos establecido en el acuerdo, se favorecería de nuevo un control sindical en el acceso a la profesión, del que sería garante el CPE, en la medida en que los tutores designados se reservarían la facultad -legalmente atribuida a las empresas *ex* artículo 2 RD-Ley 8/2017- de elegir los alumnos a formar en aras a concederles el certificado de profesionalidad, participación privilegiada de los sindicatos que culminaría con la obligación de consulta y derecho a la emisión de informe «antes de la suscripción de los acuerdos de colaboración o la implantación de la formación» (último párrafo del artículo 55.1), pues los sindicatos controlarían el proceso de principio a fin, desde el nombramiento del tutor hasta la suscripción de acuerdos de colaboración, desarrollo y finalización de la formación.

Una previsión como la que precede no estaría, *a priori*, regulando condiciones laborales incluidas en el «núcleo duro» de la negociación colectiva, sino que establecería cláusulas sobre el modo de articular el acceso a la profesión y a la contratación por parte de las empresas estibadoras susceptible de calificarse como pactos entre empresas según la doctrina *Albany*; bajo riesgo de perpetuar el modelo monopolístico que ya fue declarado contrario a la libertad de establecimiento *ex* STJUE de 11 de diciembre de 2014; con plena conculcación, en el marco interno, del artículo 2 del RD-Ley 8/2017 y artículos 35 y 38 de la CE.

Las cláusulas anteriores sobre las que se han presentado objeciones de legalidad podrían ser reputadas nulas y expulsadas del ordenamiento interno *ex* párrafo 2º de la Disposición adicional segunda del RD-Ley 9/2019<sup>1459</sup>, al tiempo que podrían ser sancionables por la CNMC, en función de los efectos prácticos sobre el mercado derivados de cada una de ellas. Al mismo tiempo, tanto de forma autónoma como en conjunción con los aspectos advertidos de la reforma del artículo 18 de la LETT, las disposiciones anteriores serían susceptibles de justificar la deducción de un nuevo recurso por incumplimiento por parte de la Comisión Europea ante el TJUE, por vulneración de las libertades de circulación *ex* artículos 49 y 56 TFUE y de la libre competencia, *ex* artículo 101 TFUE.

---

<sup>1459</sup> Tesis contraria a la reciente Sentencia dictada por la AN (SAN núm. 151/2022, de 17 de noviembre).

### c) El «mutualismo» como concepto y los instrumentos de recolocación y subrogación convencional del V Acuerdo

La definición de «mutualismo» no existe en nuestro ordenamiento jurídico como concepto legal<sup>1460</sup>, debiéndose analizar a propósito de la definición de los CPE incluida en el párrafo 1º del artículo 18 de la LETT, en virtud de la cual éstos son «empresas de propiedad conjunta de base mutualista, constituidas voluntariamente, con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes y con respeto de la competencia efectiva entre las empresas, para satisfacer de forma óptima la necesidad común de los socios de disponer de trabajadoras y trabajadores portuarios especializados en número y capacitación suficiente para prestar de forma eficiente el servicio portuario de manipulación de mercancías». Sin embargo, la mentada disposición legal se sustenta sobre dos premisas que son falaces y que, según nuestro criterio, convierten en incompatible un régimen de gestión basado en el mutualismo con el pleno respeto de la libre competencia y de las libertades de circulación en el marco de la Unión Europea. En primer lugar, los CPE, por su propio origen y génesis, no pueden considerarse, en términos generales, como empresas constituidas de forma «voluntaria», en la medida en que derivan de la transitoria adaptación de las extintas SAGEP *ex* Disposición Transitoria 1ª del RD-Ley 8/2017, en las cuales obligatoriamente las empresas estibadoras debían participar - obligación que fue declarada contraria a la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 del TFUE por la STJUE de 11 de diciembre de 2014. Este axioma deviene consustancial en orden a comprender la trascendencia de muchas de las restricciones analizadas anteriormente, puesto que, *ab initio*, la pertenencia de las empresas socias de los CPE a éstos derivaría de una imposición jurídica que fue sancionada por el TJUE, y no de su libre voluntad de participar en la sociedad gestora (antes SAGEP).

Por otro lado, el declarado «respeto de la competencia efectiva» se revela de muy difícil cumplimiento, toda vez que la nueva reforma del artículo 18 LETT incorpora disposiciones que, más allá de ser susceptibles de desviados ejercicios en el desarrollo de técnica de complementariedad aplicada en el diseño de las normas convencionales<sup>1461</sup>, abocan a un riesgo de perpetuación de un monopolio de gestión de la mano de obra controlado por la figura de los CPE en los puertos españoles; a través de la imposición de determinadas obligaciones a las empresas socias de los mismos susceptibles de provocar el cierre del mercado para otras

---

<sup>1460</sup> COSTAS COMESAÑA, J. en su exposición sobre «Mutualización laboral: Concepto y efecto» presentada en la Jornada impartida por ANESCO en fecha 13 de junio de 2022, sobre las «Novedades introducidas por el Acuerdo Sectorial Estatal de la Estiba» en la sede de Madrid de Uría Menéndez, aludió al artículo 2 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana y al artículo 1 de la Ley de Cooperativas de Galicia para buscar los aspectos técnicos y axiológicos o ideológicos del concepto de mutualismo regulado en el artículo 18 LETT; considerando que la naturaleza «genética» de los CPE, desde un prisma mercantil, podría encontrarse en las sociedades cooperativas, si bien en un sentido técnico, pues no se compartirían los valores existentes tras el concepto de mutualismo (principios de libre adhesión, baja voluntaria, estructura y gestión democrática, etc.). Uno de los principios propio de cualquier sociedad cooperativa sería el de puertas abiertas, no aplicable al mutualismo, pues en orden a liquidar las participaciones y repartirse las cargas, deberían valorarse las necesidades que tendría el socio que se va y que mantiene su actividad en el puerto, lo que, *a priori*, permitiría la neutralidad competitiva exigida por la CNMC. Para un prolijo análisis de esta cuestión, véase el informe del autor COSTAS COMESAÑA, J. *Los centros portuarios de empleo: una entidad mutualista... Op. Cit.* Págs. 222-240

<sup>1461</sup> *Vid.* 1373.

empresas no socias o imposibilitando su acceso a las ETT; en un juego falseado de la libre competencia que es proscrito por el artículo 101 del TFUE y el artículo 1.1 de la LDC.

Más allá de las previsiones a) y b) del apartado 4º del artículo 18 que ya han sido objeto de crítica en precedentes apartados, en sede de medidas para la garantía y estabilidad en el empleo, deben destacarse dos preceptos vinculados entre sí y que se erigen en el amparo legal - inexistente hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2022- del núcleo material del Capítulo VIII del V Acuerdo Marco. Por un lado, el artículo 18.4.c) de la LETT, como obligación inherente a las empresas socias de los CPE, se establece que «Participarán en la puesta en práctica de medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos colectivos y en las medidas sociales de acompañamiento, como las de recolocación que, conforme a lo previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, pudieran acordarse en el Centro Portuario de Empleo». Seguidamente, en el apartado 5º del artículo 18, se reactiva de forma implícita una habilitación legal para convenir sistemas de subrogación obligatoria (bajo la eufemística fórmula de «mecanismos e instrumentos de estabilidad en el empleo») en el ámbito de la negociación colectiva que, a través del RD-Ley 8/2017, habían quedado limitados a una vigencia temporal de tres años para facilitar el tránsito hacia el nuevo modelo liberalizado; aspectos que abundan en el carácter retrocesivo, en términos de liberalización del sector, de la «contrarreforma» de la Ley 4/2022, ya advertido en el curso de la exposición.

Así, dicho este apartado establecería que «Los socios de un centro portuario de empleo podrán transmitir su participación en el capital social a otra empresa titular de licencia del servicio de manipulación de mercancías o ejercitar el derecho de separación en los supuestos, formas y condiciones establecidas en la ley reguladora de la forma societaria bajo la cual se haya constituido el centro portuario de empleo y, en su caso, en sus estatutos, todo ello sin perjuicio de lo previsto en la letra c) del apartado anterior y de aquellos mecanismos e instrumentos de estabilidad en el empleo que resulten de aplicación de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo». El reconocimiento de un derecho a la transmisión de una participación societaria, que no precisaría de específica previsión en el ámbito laboral, con la salvaguarda introducida con la dicción «sin perjuicio», podría tener una base teleológica dirigida a aplicar, por la vía indirecta, medidas obstaculizadoras de la facultad de separación que, analizadas a la luz de las libertades comunitarias, podrían resultar contrarias a la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 del TFUE, además de la libre competencia *ex* artículo 101 del TFUE.

Especialmente reveladoras del propósito y fin de mantener el *statu quo* preexistente son las siguientes referencias consignadas en el Preámbulo del V Acuerdo Marco, que inspiran la redacción del Capítulo VIII que a continuación se desgranará, en relación con la actividad mutualizada, consistente en la puesta a disposición de los trabajadores portuarios a los socios de los CPE: «(...) Esta condición de usuarios de la actividad mutualizada (...) es la que introduce complejidad y singularidad a la negociación colectiva en este sector, y adquiere una importancia decisiva al tiempo de diseñar e interpretar las disposiciones del convenio (...) de tal condición manan una serie de obligaciones de los socios para con su sociedad, como de ésta hacia aquellos, durante la vida del CPE y cuando éste se disuelve parcial o totalmente (...) obligaciones legales implícitas que nacen cuando libremente la empresa estibadora decide

satisfacer sus necesidades de fuerza de trabajo portuario participando en un CPE, beneficiándose de las ventajas y asumiendo sus costes, que han de tenerse en cuenta tanto al liquidar el interés del socio en el CPE cuando decida separarse (...) o cuando los socios adoptan el acuerdo de disolución (...). En definitiva, en otros términos, el mutualismo se basaría en una suerte de «joint venture» para lograr una ventaja «mutualista» y disponer de fuerza de trabajo en unas condiciones más favorables que las que tendría de acudir a una ETT ordinaria, siendo su propia naturaleza y objeto la base de la contravención de la libre competencia; no enmendable, según nuestro criterio, por la vía de la supuesta voluntariedad, en los términos antes expresados.

Nótese, en este sentido, que esta esencia mutualista subyace en todas las entidades o sociedades de gestión de la cesión de trabajadores portuarios que han existido en la historia (SEED – 1986, APIE -2003, SAGEP -2010), todas ellas, de participación obligatoria por parte de sus socios<sup>1462</sup>. Actualmente, y tras la creación de los CPE a través de la reforma de 2017, a pesar de reconocerse formalmente la libertad de participación de sus socios, materialmente ésta no habría cobrado virtualidad dados los limitados plazos de decisión concedidos por la Disposición transitoria única de la Ley 4/2022 a las empresas, que ya habían sido condicionados por las previas exigencias impuestas por la Disposición Adicional 7ª del IV Acuerdo Marco que fue declarada nula por la SAN núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021 y sancionada por la CNMC<sup>1463</sup>. Además, el plazo para tomar la decisión expiró, con carácter general y *ex* Disposición transitoria única de la Ley 4/2022, el 2 de mayo de 2022<sup>1464</sup>, y la Disposición transitoria del V Acuerdo Marco, que fijó un plazo de dos meses, supuestamente, «para asegurar el carácter voluntario de la asunción del mecanismo de subrogación o recolocación por las empresas estibadoras socias de los CPE(...)» se publicó el 18 de mayo de 2022<sup>1465</sup>; circunstancia que revelaría que las empresas que tomaron la decisión de permanecer

---

<sup>1462</sup> Véase la síntesis gráfica de la evolución de las figuras asociativas y empresas gestoras portuarias en España en GONZÁLEZ LAXE, F. «La complejidad del sector de la estiba: un análisis económico-jurídico para el caso español», *Temas Laborales* núm. 158/2021. Págs. 258-259.

<sup>1463</sup> *Vid.* 1229. Además, en relación con el borrador de V Acuerdo, el Informe de la CNMC de 28 de julio de 2020 (INF/CNMC/059/20) ya estableció que «(...) En cuanto a la justificación de estas medidas, el nuevo artículo 34 insiste expresamente en las eficiencias derivadas de este sistema de mutualización y de la asunción voluntaria de tales obligaciones, como la recolocación convencional. Sin embargo, debe mantenerse la llamada de atención sobre el hecho de que la sola voluntariedad de la asunción de esa obligación de recolocación por parte de la empresa no debe entenderse como sinónimo de la existencia de eficiencias, pues éstas deberán acreditarse y justificarse caso por caso, bajo la óptica de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE. No cabe, por tanto, entender que se da un automatismo entre la voluntariedad de las obligaciones y la existencia de eficiencias derivadas de las mismas».

<sup>1464</sup> El plazo de dos meses ha sido calificado de caducidad, con efectos extintivos de la facultad de adaptación, por YANES YANES, P. en «Informe sobre la adaptación de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) a las previsiones de la Ley 4/2022, de 25 de febrero (Disposiciones final primera y transitoria única) y el derecho de separación de los socios disconformes con la adaptación». Pág. 23.

<sup>1465</sup> La Disposición transitoria del V Acuerdo Marco establece que «Para asegurar el carácter voluntario de la asunción del mecanismo de subrogación o recolocación por las empresas estibadoras socias de los Centros Portuarios de Empleo constituidos con antelación a la firma del presente convenio colectivo, se conviene que los artículos 35 y 37 de este convenio no serán de aplicación a la empresa estibadora que adopte la decisión de salirse del CPE en el plazo de dos meses desde su publicación en el BOE, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 18.5 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. La decisión deberá ser comunicada fehacientemente al CPE y a la representación legal y sindical del

en los CPE desconocían las restricciones y cargas impuestas por la actual norma convencional. Además, una vez entrado en vigor el V Acuerdo, sólo podrían -en el plano teórico- separarse del CPE en caso de someterse al régimen restrictivo conferido por el texto convencional en su condición de socias del CPE el cual, durante el periodo transitorio concedido por la Ley 4/2022, no existía; pudiéndose generar situaciones de desigualdad derivadas de una eventual salida del CPE, en función de si ésta se materializara antes o después de la entrada en vigor del V Acuerdo Marco, aplicándose unas condiciones mucho más gravosas a las que lo hicieran a partir de la entrada en vigor del V Acuerdo Marco.

A propósito de la facultad de separación reconocida por la Disposición transitoria única de la Ley 4/2022 -pues la facultad de transmisión de la participación social *ex* artículo 18.5 LETT por parte de los socios de los CPE es de ocioso reconocimiento en el orden laboral dado su regulación en el ámbito mercantil<sup>1466</sup>-, la norma reconocería el derecho de separarse a aquellos socios del CPE que no votaran a favor de un acuerdo de modificación de los estatutos o no celebraran el contrato marco de prestación de servicios<sup>1467</sup>. En este sentido, para que pudiera nacer y ejercitarse el derecho de separación, la doctrina mercantilista consideraría necesaria la concurrencia de tres presupuestos, de forma inexcusable: (i) la concurrencia de una de las dos causas de separación exteriorizadas en un acuerdo social (no celebración de contrato marco o votación contraria al acuerdo de modificación de los estatutos); (ii) la manifestación por parte del socio de su voluntad contraria al acuerdo social (voto en contra) o la no celebración de un contrato marco de prestación de servicios (oposición fehaciente); (iii) la comunicación del socio dirigido a la sociedad en la que declarase su voluntad de desvincularse de la plantilla, formalizada en el plazo de un mes a contar desde la adopción del acuerdo. *De facto*, la exigencia de estos requisitos impediría que cualquier socio de un CPE pudiera separarse del mismo por la mera imposibilidad de que, en el breve plazo de dos meses establecido por la norma convencional en su Disposición Transitoria, previo cumplimiento de los requisitos indicados hubiera suficiente margen para la cuantificación y abono de cuota de liquidación del socio objeto de desvinculación<sup>1468</sup>. A este respecto, cabe significar que los agentes negociadores no

---

personal del citado Centro. No obstante, a solicitud de la empresa estibadora saliente comunicada en el plazo inicial de dos meses y siempre que se motiven con claridad las circunstancias objetivas concurrentes, un tercero independiente podrá ampliar el plazo de materialización de la salida hasta un máximo de 6 meses. La designación del tercero independiente se realizará por la CPSE de entre los mediadores o árbitros adscritos en el SIMA y tendrá lugar dentro del plazo máximo e improrrogable de 2 semanas desde que la empresa saliente comunique la solicitud referida en el párrafo anterior». Sobre la falta de cumplimiento de las observaciones efectuadas por la CNMC en los Informes emitidos durante el año 2020, *Vid.* Epígrafe 5.4.a), en la medida en que la limitación temporal impuesta por la norma convencional, carente de amparo legal, podría no resultar suficiente en orden a materializarse la desvinculación del CPE. La disposición transitoria, en los términos que consta formulada, anula cualquier atisbo de voluntariedad en la decisión empresarial, limitando la libertad de contratación *ex* artículo 2 RD-Ley 8/2017 y vulnerando el derecho a la libre competencia *ex* artículo 101 TFUE y 1.1 LDC.

<sup>1466</sup> Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>1467</sup> *Cf.* Disposición Transitoria Única de la Ley 4/2022, de 25 de febrero (BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2022), que concedía un plazo de dos meses para adaptarse los estatutos a la nueva redacción del artículo 18 de la LETT, al tiempo que se reconocía el derecho de separación del socio que no votara a favor del acuerdo de modificación de los estatutos o no celebrara el contrato marco de prestación de servicios.

<sup>1468</sup> YANES YANES, P. en relación con el artículo 348.2 LSC, según su *Informe sobre la adaptación de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) a las previsiones de la Ley 4/2022, de 25 de febrero...* *Op. Cit.* Págs. 23 y 24.

tendrían capacidad para atribuirse «prerrogativas en materia de legislación societaria para crear nuevas causas de separación de una sociedad mercantil, al margen de la legislación de sociedades de capital»<sup>1469</sup>.

Pues bien, es en clave de habilitación legal de dudoso amparo jurídico, susceptible de sancionarse por la Comisión Europea vía deducción de recurso por incumplimiento ante el TJUE, que procedemos a analizar los artículos 34 a 37 del V Acuerdo Marco dedicados a las instituciones de recolocación y subrogación del personal<sup>1470</sup>.

El Capítulo VIII, tras justificar conceptualmente -y en consonancia con el Preámbulo del V Acuerdo- la esencia del mutualismo (artículo 34), en su artículo 35 regula la «Recolocación convencional por continuidad de la actividad en casos de disolución parcial o total del CPE» y, en el artículo 37, los efectos, procedimiento y condiciones por disolución total o parcial del CPE. En puridad, a la luz del texto convencional existirían tres supuestos habilitadores de la recolocación: (i) La adopción de un acuerdo para la disolución total o para la extinción de un CPE por parte de sus socios, siempre que los antiguos siguieran desarrollando la actividad en el mercado (apartado 1º); (ii) La adopción de un acuerdo para la disolución parcial o separación de una empresa, siempre que el socio continuara prestando el servicio portuario de manipulación de mercancías en régimen de autoprestación y requiriera contratar a más personal del que tuviere en plantilla propia (apartado 2º); (iii) en caso de reducción sustancial de la demanda de empleo de trabajadores portuarios del CPE, de forma continuada (párrafo 2º del apartado 2º).

Por otro lado, el artículo 36 regularía la institución de la «subrogación convencional por sucesión de empresa», considerándose que operaría ésta cuando se transmitiera toda o parte de la actividad realizada por un titular del servicio portuario de manipulación de mercancías integrado en un CPE a otro operador del mismo puerto cuya actividad realizara sin solicitar al CPE la puesta a disposición de personal con el nivel de ocupación garantizado por el acuerdo marco, conceptuándose como «transmisión de la actividad económica», a tales efectos, la «cesión por cualquier modo de la empresa, terminales portuarias, transmisión de cartera de clientes o de operativas específicas o cualquier modo de suceder a una empresa estibadora en la realización de los servicios portuarios realizados por la misma».

Aunque la norma convencional diferencie los conceptos de «recolocación» y «subrogación» a los efectos del acuerdo, en puridad se articulan para describir una misma realidad fáctica, esto es, el traspaso de parte o toda la plantilla de personal de una empresa empleadora a otra. En

---

<sup>1469</sup> Véase el apartado 286 de la demanda formulada por la asociación empresarial ASOPORT en materia de impugnación del V Acuerdo Marco contra los firmantes del mismo.

<sup>1470</sup> En relación con el segundo borrador de V Acuerdo Marco, la CNMC advirtió, en sus observaciones III.2.8 de su Informe de 8 de mayo de 2020, que «Tales disposiciones pueden restringir la competencia entre empresas o afectar a la libertad de establecimiento y son contrarios al espíritu de plena liberalización previsto en el marco regulatorio vigente conformado tanto por el RDL 8/2017, de 12 de mayo, como el RDL 9/2019, de 29 de marzo. En efecto, recordemos que las referidas normas disponen la libertad de contratación de trabajadores portuarios para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías transcurrido el periodo transitorio de 3 años previsto en la disposición transitoria primera del RDL 8/2017.

torno a esta figura, la Audiencia Nacional ya tuvo ocasión de pronunciarse en su Sentencia núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021, reputando que ésta no constituía una garantía para un supuesto de transmisión de actividad, sino una garantía de empleo «absoluta, incondicionada y totalmente desligada de la actividad de las empresas afectadas», pudiéndose *inclusive* considerarse como una *condición sine qua non* para poder ejercer el derecho a la desvinculación societaria del CPE. Así, siguiendo la estela hermenéutica de la citada resolución judicial, el «hecho causante» de la subrogación se concretaría en la mera decisión de un socio del CPE de separarse del mismo, sin existir contrata alguna en la que se apoyara la actividad, ni tampoco residenciarse la causa de la transmisión en la actividad de la empresa (a pesar de disponerse como requisito que la empresa debería continuar con su actividad en el mercado), pues el desencadenante de la subrogación no sería éste sino la decisión del socio de separarse<sup>1471</sup>. Además, de la mera lectura del artículo 37.2.a) se podría colegir una contradicción conceptual consistente en apelar al artículo 44 ET, disposición que operaría *ope legis*, en el marco de una disposición que regula el carácter «voluntario» de la subrogación, nota inexistente en los supuestos de transmisión de plantillas subsumibles en el artículo 44 ET.

Prueba de que este precepto de la norma sustantiva básica resulta ajeno a la institución subrogatoria regulada, es que el apartado c) del artículo 37.2 exencione a la empresa estibadora de respetar las mejoras de las condiciones laborales como garantía «ad personam», a no ser que el acuerdo concorra con un convenio de ámbito empresarial, caso en el cual se indica deben respetarse algunos de los derechos adquiridos detallados en el apartado d) del citado artículo 37.2 del V Acuerdo Marco. Asimismo, tampoco traslada la garantía sobre la preservación del mandato de la representación unitaria en caso de conservarse la autonomía de la unidad representativa de referencia residenciada en el artículo 44.5 ET, en la medida en que el artículo 37.2.d.2 reconoce la conservación de la garantía con independencia de si la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de transmisión conserva su autonomía; burlando no sólo el citado precepto sustantivo sino también el artículo 6.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001<sup>1472</sup>.

Este mecanismo de protección limitaría, por un lado, la libertad y capacidad de contratación y organización de las empresas reconocida *ex* artículo 2 del RD-Ley 8/2017 y artículo 3 del RD-Ley 9/2019, vía imposición de un volumen de trabajadores no basados en criterios objetivo de necesidad y, por otro lado, desincentivaría el ejercicio del derecho de las empresas de separarse de los CPE (en análogos términos que se estableció por la Disposición Adicional 7ª del IV Acuerdo Marco para los socios de las SAGEP), situando a las empresas incluidas en el ámbito funcional del acuerdo marco en una posición de desigualdad y desventaja frente a los nuevos operadores que no deberían asumir una actividad de estiba preexistente, ni subrogarse personal -con el agravante de venir su participación en los CPE autoimpuesta por la derogada

---

<sup>1471</sup> Véase la página 86480 del BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021, que publica la SAN núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021.

<sup>1472</sup> Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE núm. 82, de 22 de marzo de 2001).

obligación legal de participar en las previas SAGEP-; sin concurrir motivo objetivo ni razonable alguno que pudiera justificar el diferencial, al depender del *statu quo* heredado del esquema regulador anterior a la STJUE de 2014. La clara desventaja competitiva frente a nuevos operadores provocada por esta situación no sólo sería contraria al artículo 101 TFUE y 1.1 LDC<sup>1473</sup>, sino también al principio de igualdad, garantizado en el derecho social de la Unión por el artículo 20 y 21 de la CDFUE y, en el plano interno, por la garantía constitucional del artículo 14 CE.

La situación desigual de la que partirían las empresas socias del CPE frente a las no socias, es reconocida por la SAN núm. 151/2022 de 17 de noviembre<sup>1474</sup>, a propósito del examen de legalidad de la Disposición Transitoria del V Acuerdo Marco, al considerar que las primeras quedan sujetas al cumplimiento de determinados presupuestos en su condición de miembros mutualistas de los CPE, a diferencia de las no socias, que no partirían de la misma situación ni estarían sujetas a los compromisos previstos en el V Acuerdo, si bien considerando que esta distinción no supondría la imposición de trabas al ejercicio del derecho de separación, al buscarse establecer un régimen de mantenimiento del empleo del personal del CPE afectado. Ahora bien, considero que más allá del eventual propósito subyacente en las cláusulas examinadas en orden a lograr un mayor garantía y mantenimiento del empleo de los estibadores contratados por empresas que ejercieran su derecho de separación, no puede obviarse que, vía convencional, se estaría instituyendo un modelo de subrogación que no se ajustaría en puridad en ninguno de los existentes en nuestro ordenamiento jurídico, al desvincularse de cualquier contrata o actividad (sucesión convencional) o de cualquier traspaso de una unidad económica que mantuviera su identidad, cuya esencia recayera en la mano de obra (sucesión de plantillas)<sup>1475</sup>, condicionándose su virtualidad a meras decisiones societarias o mercantiles, lo que obligaría a valorar su posible colisión con los derechos reconocidos por el derecho primario e interno.

El artículo 37 del V Acuerdo Marco se reserva al sistema o procedimiento para hacer efectiva la subrogación (llamada «recolocación») por el texto convencional. En su apartado 1º, se impone a la empresa saliente y a la dirección del CPE, a los efectos de determinar el personal del CPE afectado por la subrogación, la realización de una «autoevaluación de las eficiencias de la recolocación de personal y las necesidades de personal vinculadas directamente a tal actividad» -término que se introdujo para salvar los obstáculos que planteó la CNMC sobre las iniciales versiones del texto, como se ha visto anteriormente-, al tiempo que su párrafo 6º,

---

<sup>1473</sup> El Informe de la CNMC de 28 de julio de 2020, estableció que: «Las disposiciones que regulan el mecanismo de la recolocación convencional mantienen limitaciones a la libertad de contratación de las empresas, y dificultan la salida de una entidad de puesta a disposición de trabajadores, principios ambos consignados en el artículo 2 del Real Decreto-Ley de 2017, sin que exista precepto específico alguno en la regulación vigente que permita imponer restricciones a estas libertades, más allá de las ya previstas únicamente durante el período transitorio. Asimismo, la restricción de la libertad de contratación al imponer cargas de salida a las empresas, pone en riesgo la competencia en igualdad de condiciones entre los CPE y las empresas de trabajo temporal, a pesar de que es uno de los objetivos perseguidos por el Real Decreto-ley de 2019 y puede situar en desventaja competitiva a las empresas estibadoras integrantes de un CPE frente a empresas terceras que pueden operar sin someterse a las limitaciones señaladas» (Observación III.2.7 del INF/CNMC/059/20).

<sup>1474</sup> FJ 9º, apartado 18º.

<sup>1475</sup> *Id.* 1144.



condiciona la obligación de recolocación «a que los Informes de autoevaluación (...) acrediten suficientemente el cumplimiento de las cuatro condiciones acumulativas establecidas en el artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia<sup>1476</sup>», supeditación meramente formal y que podría carecer de efectividad, al no regularse ningún cauce o mecanismo encaminado a verificar o fiscalizar el cumplimiento de esas eficiencias y de la deseada neutralidad competitiva, en unos términos garantistas y que pudieran dotar el proceso de la seguridad jurídica necesaria, con carácter previo a la aplicación de una tan relevante obligación como es la de la subrogación.

Acogiendo los términos del Informe de 10 de noviembre de 2020 de la CNMC, la mera incorporación de una «autoevaluación de eficiencias» en la salida de una empresa del CPE no podía considerarse como la deseada ponderación de los efectos negativos y positivos en cada caso concreto, en virtud de la cual se deberían valorar «los potenciales efectos restrictivos del acuerdo y (...) 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»<sup>1477</sup>. Considero que, desde un plano teórico, sería muy complejo que se pudieran superar los requisitos exigidos por el artículo 1.3 LDC en concordancia con el artículo 101.3 del TFUE, en la medida en que las eficiencias no serían trasladables a los consumidores, que a la postre podrían ver encarecidos los servicios contratados por efecto de las mayores cargas económicas impuestas a las empresas prestatarias. Además, las restricciones difícilmente cumplirían el requisito de necesidad e indispensabilidad, en la medida en que existirían otros medios menos restrictivos para la regulación de la prestación de los servicios, como así lo entendió tanto la STJUE de 11 de diciembre de 2014 como la SAN núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021. Por último, se podría excluir del juego de la competencia a una parte del mercado pues, al obstaculizar su salida del CPE, en la prestación del servicio podría beneficiarse de unas condiciones no extensibles a otros operadores que quisieran incorporarse en el mercado de la estiba portuaria, los cuales, además, podrían tener que asumir un personal no necesario de forma obligatoria, *ex* artículo 36 del texto convencional, circunstancia que a su vez las desincentivaría, dada la dimensión del personal subrogado, de acudir a otros provisos de mano de obra (como las ETT) o a la contratación directa de otros trabajadores ajenos a la empresa saliente.

Muestra elocuente del carácter contrario a la libre competencia de estas medidas es el artículo 37.1, último párrafo, que obligaría a la empresa saliente a efectuar una aportación al CPE por

---

<sup>1476</sup> El apartado 3º del artículo 1 de la LDC establece que: «La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados».

<sup>1477</sup> Véase la observación III.2.5 del INF/CNMC/094/20, de 10 de noviembre de 2020.

importe equivalente a la indemnización que procediera en caso de despido colectivo por cada persona no subrogada o recolocada, en caso de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción susceptibles de justificar la extinción de contratos de trabajo o de incidir «negativamente» (concepto jurídico indeterminado) sobre los niveles de empleo y ocupación del personal del CPE. Ello, entendemos, haciendo uso de la obligación legal de «participación» impuesta por el artículo 18.4.c) de la LETT (disposición que podría generar dudas prácticas dada su genérica articulación, al referirse a la «puesta en práctica de las medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos colectivos») y, en una utilización extralimitada de tal facultad, la norma convencional fijaría una obligación de sufragar el pasivo de las indemnizaciones por los despidos a pesar de no llegarse éstos a materializar, esto es, por el simple hecho de reducirse el nivel de empleo y ocupación; aportación que revertiría en beneficio de los socios del CPE competidores directos de las empresas salientes.

La conculcación del derecho fundamental a la igualdad y prohibición de discriminación reconocido y garantizado por el artículo 14 CE, invocado en sucesivas ocasiones con ocasión del análisis de los precedentes artículos del texto convencional, adquiere su máxima expresión en sede de garantía para la estabilidad en el empleo. La doctrina constitucional ha venido exigiendo que, ante «iguales supuestos de hecho» deben serles de aplicación «iguales consecuencias jurídicas», concibiendo como iguales dos supuestos fácticos «cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional»<sup>1478</sup>, requisitos que son exigibles a los convenios colectivos, como acuerdo con eficacia normativa incardinado en el sistema de fuentes del Derecho<sup>1479</sup>. En su virtud, los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional en aras a determinar la licitud o ilicitud de las diferencias de trato introducidas en un convenio colectivo, serían: (i) la incorporación, directa o indirecta, de una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; (ii) la homogeneidad o equiparabilidad entre situaciones subjetivas objeto de comparación, esto es, que el término de comparación no sea arbitrario o caprichoso y (iii) la existencia o inexistencia de justificación objetiva y razonable que justifique el tratamiento desigual dado por la norma, término que debe ser enjuiciado por los Tribunales de Justicia<sup>1480</sup>.

La traslación de los anteriores criterios sobre el trato desigual conferido por la norma convencional a las empresas socias de los CPE que desearan separarse de éste con respecto a las empresas no socias del CPE -que se proveen de mano de obra a través de las ETI ordinarias o vía contratación directa-, como a determinados colectivos de estibadores portuarios, conduce a las siguientes reflexiones.

---

<sup>1478</sup> Véase, entre otras, SSTC 134/1996, de 22 de julio; FJ 5º; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8º; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2º; 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 3º y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4º). La aplicación del principio de igualdad a las personas jurídicas (en un plano de igualdad con respecto a las personas físicas) de nacionalidad española, como titulares del derecho garantizado por el artículo 14 CE, se reconoce, entre otras, en las SSTC 99/1983, de 16 de noviembre, 20 y 26/1985, de 14 y 22 de febrero, respectivamente, y 39/1986, de 31 de marzo.

<sup>1479</sup> SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4º, 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6º, o 27/2004, de 4 de marzo, FJ 4º; de las que se hacen eco las SSTC 280/2006, de 9 de octubre y 27/2004, de 4 de marzo.

<sup>1480</sup> SSTC 148/1986, de 25 de noviembre; 29/1987, de 6 de marzo; STC 181/2000, de 29 de junio; 1/2001, de 15 de enero; STC 200/2001, de 4 de octubre y 156/2014, de 25 de septiembre.

Partiendo de la premisa de diferencia de trato entre dos grupos de personas jurídicas, advertida *ut supra*, las empresas o personas jurídicas situadas en posición de desigualdad serían susceptibles de cumplir el requisito de homogeneidad, en la medida en que todas ellas deben ser titulares de una licencia de manipulación de mercancías para poder operar en el mercado, derivando la desigualdad en el trato de su condición de socias o no de los CPE en exclusiva, la cual vino impuesta por la previa obligación legal de pertenencia a las SAGEP, que fueron objeto de transformación tras la STJUE de 11 de diciembre de 2014. Así, los nuevos operadores incorporados en el mercado bajo la vigencia del RD-Ley 8/2017, sin condición de socios de los CPE, no estarían sujetos a las restricciones en materia de contratación, pudiendo libremente elegir el personal que deseen contratar. Contrariamente, las empresas estibadoras socias de los CPE, para poder liberarse de esta condición, por imposición convencional deberían subrogarse el número de trabajadores determinado, en última instancia, por una comisión en la que están representadas empresas competidoras del sector; circunstancias que dificultarían dotar de justificación objetiva y razonable el tratamiento desigual ocasionado por la norma reguladora de estas medidas.

Efecto reflejo de la discriminación derivada del trato desigual en las personas jurídicas, sería el generado para los colectivos de estibadores portuarios, toda vez que los pertenecientes a las plantillas de los CPE tendrían derecho (cuyo ejercicio sería, a diferencia de otros supuestos de subrogación convencional previstos para otros sectores<sup>1481</sup>, de naturaleza «voluntaria») a subrogarse en la empresa continuadora de la actividad prestada por la saliente. En cambio, los trabajadores de empresas no socias de CPE o de ETT ordinarias podrían ver extinguido su contrato por las causas válidamente previstas en la legalidad vigente, sin posibilidad de continuación de su actividad laboral salvo que se produjera una sucesión empresarial en los términos del artículo 44 ET. La posible inconstitucionalidad de un régimen de subrogación como el precedente, más allá de las demás contravenciones en las que incurriría en materia de libre competencia *ex* artículo 101 TFUE y 1.1 LDC y libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE y de contratación y autoorganización empresarial (artículos 2 RD-Ley 8/2017 y RD-Ley 9/2019), podría conducir a una vulneración del principio a la igualdad *ex* artículos 20 y 21 CDFUE y 14 CE, en los términos que ya lo decretó la SAN núm. 127/2021, de 31 de mayo de 2021, a propósito de la Disposición Adicional 7ª del IV Acuerdo Marco<sup>1482</sup>.

---

<sup>1481</sup> *Vid.* 1289.

<sup>1482</sup> Esta conclusión no se compartiría por la SAN núm. 151/2022, en el examen de la legalidad de los artículos 34, 35, 36 y 37 del V Acuerdo Marco (FJ 9º, apartado 18º).

## EPÍLOGO: GRANDES PROPOSICIONES Y REFLEXIONES CONCLUSIVAS EN CLAVE CRÍTICA

**1. Situación normativa.** El proceso de liberalización del sector de la estiba en el ordenamiento jurídico español ha conducido a una situación normativa que provoca importantes fricciones en distintos niveles de regulación (internacional, comunitario y nacional) y ámbitos, parcelas o disciplinas del ordenamiento jurídico (constitucional, mercantil y laboral).

**2. Sistema de fuentes, reserva de ley y estatus de trabajador.** La desaparición de la relación laboral de carácter especial de los estibadores portuarios provoca importantes problemas de conciliación con la reserva legal del artículo 35 de la Constitución Española, en la medida en que la práctica totalidad de su regulación queda en manos de la negociación colectiva y el producto de ésta que, en virtud del sistema de fuentes, debe quedar jerárquicamente subordinada a la Ley. En el caso de la estiba, los decretos leyes dictados no regulan el régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores y es la negociación colectiva, a través del V Acuerdo, la que regula el estatus de este colectivo de trabajadores sin habilitación legal a tal efecto, invirtiéndose el sentido de la subordinación jerárquica que rige en la relación entre Ley y Convenio Colectivo en el sistema de fuentes. La desaparición de su condición de «especial», vía derogación normativa, provoca, en principio, un decaimiento de la razón objetiva que permitiera justificar un régimen jurídico laboral específico. *A fortiori* debería descartarse que fuera, el convenio colectivo, el instrumento regulador de esta especialidad.

La regulación del estatus de los estibadores contenida en el V Acuerdo neutraliza los efectos derivados de la supresión legal de la catalogación de la relación laboral de los estibadores como especial (*ex* Disposición derogatoria única, apartado b, del RD-Ley 8/2017) en el caso de trabajadores contratados por un CPE o bien empresas estibadoras socias de éste, causada por las especificidades que les serían de aplicación en virtud del clausulado del V Acuerdo Marco y por la propia esencia mutualizada sobre la que se sustentaría su relación con su respectivo empresario.

### **3. Distorsión en la proyección de las notas de ajenidad y dependencia.**

***Sobre la ajenidad.*** Las notas de laboralidad proyectadas sobre la regulación del trabajo de la estiba portuaria tras la reforma legal y convencional articulada con ocasión de la Sentencia del TJUE dictada en el asunto C-576/2013 conducen a un panorama jurídico sin parangón alguno en el ordenamiento laboral español. A propósito de la nota de la ajenidad en el mercado, la primera distorsión apreciada del análisis de la relación laboral de la estiba portuaria derivaría del fuerte poder e intervencionismo ejercido tanto por el sindicato profesional o de franja (CETM, Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar) en la regulación del trabajo, como por la Comisión Paritaria Sectorial Estatal (CPSE), circunstancia que impactaría indefectiblemente en la utilidad patrimonial de la actividad objeto de

prestación por parte de las empresas estibadoras. En este sentido, la alteridad propia de cualquier relación por cuenta ajena no mantendría una directa y diáfana traducción en el campo de la ajenidad, en la medida en que la capacidad de control del mercado de un servicio público esencial, de carácter estratégico y constitucionalmente protegido, a través de medidas colectivas auspiciadas y controladas principalmente por un único órgano de representación sindical, con presencia en la CPSE, sería susceptible de despojar al titular de la actividad empresarial de la utilidad del fruto obtenido, por mor de la capacidad del mentado sindicato -con implantación en la mayoría de las empresas del sector y con presencia en la poderosa Comisión Paritaria Sectorial Estatal- de socavar la facultad de control del fin y destino último de las mercancías objeto de manipulación en las tareas de estiba y desestiba. Desde esta perspectiva, la distorsión en la nota de la ajenidad afectaría al entendimiento clásico de la ajenidad, pues la utilidad patrimonial se desplazaría hacia un tercero ajeno a la relación contractual.

***Sobre la dependencia.*** Como consecuencia de la compleja vertebración de la relación laboral de los estibadores portuarios plasmada en la regulación convencional con eficacia *erga omnes*, abundantes facultades de dirección y organización del personal serían cedidas a un organismo paritario (CPSE), desplazándose la nota de la *dependencia* propia de cualquier empresario titular de la relación laboral en favor de un tercero conformado por representantes sindicales (principalmente, de CETM) y representantes de la asociación empresarial ANESCO. La mentada comisión estaría facultada para imponer a empresas estibadoras, vía eficacia general de las disposiciones pactadas en las normas convencionales, *inclusive* en aquellas ajenas al ámbito de la representatividad ostentada por ANESCO, decisiones esenciales en materia de organización y estructura de la plantilla, modalidades de contratación, sistema de organización y distribución del trabajo; vulnerándose, a través de una fuente «autónoma», la libertad de contratación como manifestación de la libertad de empresa *ex* artículo 38 CE y expresamente reconocida por una fuente «heterónoma», cual sería la del artículo 2 RD-Ley 8/2017. Esta circunstancia convertiría la relación laboral de los estibadores portuarios en una relación laboral de esencia o base «cuadrúpeda» desde el prisma de la nota de la dependencia, al articularse sobre un esquema o modelo relacional fruto de la intervención de cuatro sujetos en la regulación de las condiciones de prestación del trabajo: el trabajador, la empresa estibadora, entidad o empresa de cesión (CPE o ETT) y, por último, la CPSE.

Al mismo tiempo, la nota de la dependencia podría desprender un impacto o efecto distinto sobre los trabajadores contratados por CPE -cedidos a sus empresas socias- que sobre aquellos trabajadores contratados en el libre mercado a través de ETT; en la medida en que las condiciones para el acceso al empleo y su mantenimiento en la prestación de los servicios de los estibadores portuarios se proyectarían en distinta forma sobre unos y otros, según el tenor del V Acuerdo Marco.

**4. Distorsión en el nivel de protección.** En el proceso de liberalización de la estiba portuaria se conduce a un exceso de protección de una bolsa de trabajo que resulta contrario a la figura inclusiva del «worker» concebida como fórmula para dotar de una mayor transversalidad las medidas de protección laboral, reducir la segmentación del mercado y

lograr un suelo mínimo de derechos para todos los trabajadores. Esta sobreprotección se produce en detrimento de otros trabajadores: los que no estaban contratados por las anteriores SAGEP -convertidas en CPE- o los nuevos estibadores que son contratados por ETT ordinarias o que acuden libremente al mercado de trabajo.

**5. Perspectiva de la «flexiseguridad» en el sector.** El V Acuerdo Marco, avalado parcialmente por la modificación del artículo 18 LETT llevada a cabo a través de la Ley 4/2022, plasma un modelo de regulación del trabajo que se erige en la antítesis de la «flexiseguridad». Partiendo de las máximas de la seguridad en el mercado en un contexto de adaptación de los procesos impuestos por las instituciones comunitarias, la proyección de los principios de flexibilidad y seguridad -delimitadores del concepto de la flexiseguridad- quiebran en su traslación en el mercado de la estiba. La limitación de la flexibilidad de las empresas estibadoras se erige en el mínimo común denominador presente en los distintos capítulos de la norma convencional. Al propio tiempo, las distintas situaciones de desigualdad -contrarias al artículo 14 CE- producidas, tanto entre empresas prestatarias del servicio de la estiba portuaria (en función de su condición de socias o no socias de los CPE) como entre los trabajadores que prestan servicios en el mercado en función de su vinculación a una u otra empresa, abocarían a una situación de inseguridad en el empleo contraria a los principios configuradores de esta concepción o disciplina jurídica. Por último, la vulneración de la libre competencia -más allá de las libertades de circulación de la UE- obstaculizaría la conversión del mercado portuario en más equitativo, reactivo e inclusivo, generando un contexto desfavorable en orden a alcanzarse el «decent work» en el marco del Mercado Único promovido por las instancias europeas.

**6. Proyectos de regulación comunitaria inacabados.** La imposibilidad de hacer prosperar la regulación de los servicios portuarios en el nivel comunitario a través de una norma de derecho derivado, el escaso efecto de las medidas de «soft law» y la exclusión de los servicios portuarios del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2017/352, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017 han condicionado, indefectiblemente, el contenido de la reforma legal española de la estiba portuaria llevada a cabo a partir del año 2017. El tenor ambiguo y, en ocasiones, confuso, de la modificación del artículo 18 de la LETT, en un contexto de ausencia de Derecho de la UE con efecto directo sobre el plano nacional, han favorecido los posibles excesos jurídicos apreciados sobre la norma convencional marco del sector. Así, el V Acuerdo de la estiba portuaria, se remite en distintas de sus disposiciones al Convenio núm. 137 de la OIT, que se encuentra en situación provisoria, tratando de prevalecerse del sistema de registro en éste regulado en orden a legitimar restrictivas medidas de gestión del trabajo de los estibadores portuarios, a sabiendas de que el contexto en el que se aprobó dicho instrumento internacional ha quedado superado. Evidencia inequívoca de ello es que, las dos propuestas de directiva de orden liberal que se sometieron al Parlamento Europeo, de haber prosperado, hubieran abocado a un escenario de contradicciones en el panorama multinivel, a propósito del sistema de registro preconizado por el Convenio núm. 137 de la OIT y la liberalización del trabajo en régimen de libre competencia defendida por ambas propuestas de norma derivada en el marco de la UE.

La probada dificultad de articular una norma de derecho derivado en esta materia en el ámbito de la UE aboca a los sistemas nacionales a acomodar el sistema de empleo portuario a las libertades y principios comunitarios a través de la vía judicial o de instauración del Mercado Único. Son exponentes de esta situación los casos comparados analizados en el cuerpo del presente estudio como botón de muestra de procesos de liberalización del sector de la estiba y desestiba, en el marco del Mercado Único, transitados a partir de pronunciamientos del TJUE o de procesos de integración de los modelos nacionales al derecho originario de la Unión.

**7. Segmentación en el acceso al mercado de trabajo.** Las condiciones de acceso al mercado de trabajo aplicables a trabajadores contratados a través de una ETT ordinaria, a los que les aplicaría la LETT (artículos 10 y 11), serían distintas a las aplicables a los trabajadores contratados a través de empresas estibadoras o de un CPE (artículo 29 V Acuerdo), en la medida en que la regla paridad o igualdad de condiciones esenciales reconocidas a los trabajadores cedidos por una ETT no harían referencia a las condiciones de selección y contratación, sino a la remuneración, duración de jornada, horas extraordinarias, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos.

En este sentido, el fruto del proceso negociador concretado en el V Acuerdo Marco provocaría el riesgo de la segmentación del mercado de trabajo de la estiba derivado de la distribución no equitativa u homogénea de los sacrificios derivados de la coexistencia de dos entidades de gestión (CPE – ETT) que, a pesar de instituirse y regularse a través de la misma norma legal (LETT), no permitirían aplicar a los respectivos trabajadores del sector las mismas condiciones en el desarrollo de la relación laboral, con riesgo de conculcación de la garantía constitucional a la igualdad y prohibición de discriminación.

**8. Transferencias de riesgos y «demutualization».** La creación de la figura de los CPE, como empresas de propiedad conjunta y base mutualista, en el marco del proceso de liberalización del sector de la estiba en España, ha provocado transferencias de riesgos atípicas o identificadas como anomalías desde la perspectiva del modelo de atribución de riesgos propio de la tesis de la «mutualization» defendida por Freedland, en la medida en que trasladaría los riesgos de este modelo empresarial al colectivo de trabajadores no empleados a través de CPE, creando desigualdades fruto de un mercado segmentado entre dos modelos de empleadores (los que buscarían la plena liberalización, desvinculados de los CPE, clientes de ETT ordinarias a las que acudirían para dotarse de personal y los que fueran socios de la sociedad CPE de base mutualista). En este contexto, no todos los trabajadores tendrían idénticas condiciones para acceder al mercado de trabajo portuario, pues los trabajadores contratados por ETT ordinarias no estarían sometidos a las reglas que disciplinan la contratación en el V Acuerdo. Tampoco tendrían las mismas condiciones para acceder a una oferta de empleo realizada por una empresa socia de un CPE, en la medida en que ésta forzosamente debería dirigirse al personal de las empresas socias del CPE.

En definitiva, las distintas transferencias de riesgos que se producirían en una relación laboral de la que fuera sujeto interviniente un CPE no serían las mismas que las que operarían en una relación laboral en la que interviniera una ETT ordinaria del mercado, en la medida en

que los roles de los respectivos empleadores intermediarios generarían distintos niveles de fragmentación -más acuciados, evidentemente, en el primer caso. No cabe duda de que nos enfrentamos a un panorama regulador que potencia el riesgo de la segmentación de los derechos laborales y de la contravención de las libertades comunitarias y del derecho de la competencia, en unos términos alejados de la taxonomía puesta al servicio de las nuevas ideas conceptuales asociadas a las relaciones de trabajo personales hábiles para constituir un suelo mínimo de derechos transversal para cualquier modelo o tipo de «worker» en un mercado globalizado como el actual.

### **9. Déficit analítico del recurso por incumplimiento deducido por la Comisión Europea ante el TJUE.**

El marco regulador previo a la STJUE hubiera justificado, además de la invocación de la vulneración de la libertad de establecimiento, la alegación de vulneración del derecho a la libre competencia *ex* artículo 101 TFUE, toda vez que el IV Acuerdo Marco del sector de la estiba, en conjunción con la regulación legal contenida en el TRLPEMM, cedía a los sindicatos y a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal (CPSE) el control sobre la gestión laboral de los estibadores en régimen de práctico monopolio, desincentivando el establecimiento y la libre competencia en el sector, a través de cláusulas que podían considerarse pactos entre empresas *ex* doctrina Albany, en unos términos de distorsión sobre el mercado susceptible, *inclusive*, de generar situaciones de desigualdad entre los trabajadores objeto de cesión a través de las SAGEP y los contratados, bien directamente por las empresas estibadoras, bajo régimen de autoprestación. Además, el análisis de las excepciones y la proyección del principio de proporcionalidad se hubiera podido llevar a cabo desde la perspectiva del principio de igualdad, revelándose elocuente, a este respecto, la Sentencia «Holship», dictada por el TJEFTA el 19 de abril de 2016 y que coadyuvó a que se dictara una crucial resolución por parte del Tribunal Supremo noruego de 25 de mayo de 2016, a propósito de un caso en el que se declaró contrario a la libertad de establecimiento un Acuerdo Marco de eficacia limitada que incorporaba prioridades de contratación para los estibadores registrados y admitía la participación de un sindicato de trabajadores en la gestión del trabajo, al excederse de los límites de la exención o inmunidad de la aplicación de las reglas de la competencia sobre la negociación colectiva, al tiempo de dotar de condiciones o privilegios distintos entre un mismo colectivo profesional. La tesis del Tribunal Supremo noruego ha sido avalada por el TEDH, en la Sentencia dictada el 10 de septiembre de 2021, Sol. N° 45487/17, en virtud de la cual se declaró que no se había vulnerado el derecho a la libertad de asociación reconocido por la CEDH.

### **10. Cumplimiento del fallo (C-576/13):**

El cumplimiento de la finalidad de la sentencia ha sido más formal que material. Se podría haber eludido la institución de una específica ETT para el sector (recuérdese que el distintivo tratamiento de esta singular ETT denominada CPE fue el que ha permitido crear un contexto favorecedor de la perpetuación del monopolio de gestión sancionado por el TJUE, a través de las ulteriores reformas de desarrollo de los CPE que han culminado con la llevada a cabo a través de la Ley 4/2022) y haberse optado por articular un procedimiento normativo, así como medidas transitorias que, preservando los derechos adquiridos de los trabajadores preexistentes al tiempo que potenciando la contratación indefinida, no supusieran restricciones a las libertades de



circulación y al derecho de competencia, en orden a lograr un cumplimiento real y material de la sentencia.

La fijación de un porcentaje mínimo de contratación indefinida por parte de las empresas estibadoras -sin exigirse en los CPE, como hizo el artículo 12 del V Acuerdo Marco, para evitar situaciones de desigualdad- sería uno de ellos y tendría encaje en el ET y en la libertad de contratación *ex* artículo 2 RD-Ley 8/2017 y, a pesar de impactar ello en un uso inferior de la contratación temporal, en perjuicio de la actividad de las ETT, su existencia podría entrar en los márgenes de las restricciones admitidas por la Directiva 2008/104/CE del Parlamento y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de ETT, además de mejorar las condiciones de empleo y quedar exenta de la aplicación de las reglas de la competencia. Esta posibilidad podría cohonestarse con los términos de la modificación del artículo 15.8 ET en la redacción dada por el RD-Ley 32/2021, en cuya virtud los convenios colectivos podrían establecer planes de reducción de la temporalidad, fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total, criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada a temporales o indefinidos, así como fijar porcentajes máximos de temporalidad.

Para asegurar la formación y capacitación de los estibadores para la prestación de un servicio público de interés general como es el de la estiba portuaria, se podría haber creado un sistema de capacitación más específico y más completo que el regulado a través de los certificados de profesionalidad, en el que pudieran colaborar las Autoridades Portuarias -para aportar los conocimientos técnicos necesarios de la maquinaria de cada Puerto- focalizado en dotar a los estibadores de una suficiencia de conocimiento que hiciera innecesaria la regulación de condiciones y mecanismos como los contenidos en el V Acuerdo Marco en materia de la selección y contratación.

**11. El Asunto C-576/13 como expresión del principio de subsidiariedad en el marco de la UE.** A través de la STJUE de 11.12.2014 dictada en el Asunto C-576/13, la Unión Europea ha intervenido en un mercado nacional en el cual los objetivos de la Unión no se habían alcanzado con la suficiencia pretendida por parte del Estado Español, en su condición de miembro de la UE. La fórmula en la que ha cobrado virtualidad este principio proclamado en el artículo 5.3 del TUE, ha sido la de la integración encubierta, vía recurso por incumplimiento, de las libertades comunitarias en el orden jurídico interno, detonante de una reforma legal sin mediación de Derecho derivado interpuesto. El máximo exponente en este proceso de acomodo o integración ha sido la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE y la operatividad de la prueba de justificación de las restricciones y el principio de proporcionalidad. Se aprecia un claro paralelismo entre las pretensiones liberalizadoras de la Comisión trazadas en las distintas Comunicaciones con naturaleza de «soft law» (Libro Verde de 1997 y Comunicaciones de 2007 y 2013) y el sustrato del recurso por incumplimiento deducido ante el TJUE, como instrumento para alcanzar los fines no logrados a través del Derecho derivado.

Ahora bien, al respecto del concreto modelo de gestión, solamente cabría una única interpretación de la resolución judicial que fuera respetuosa con el principio de subsidiariedad en el marco de la UE, esto es, la que conducía a la imposibilidad de exigir la aplicación de ninguno de los modelos de gestión sugeridos en el apartado 55º de la Sentencia hasta que éstos no se concretaran a través de una norma dictada en el ordenamiento jurídico interno.

En definitiva, la Comisión Europea ha logrado que, sin mediar norma derivada -que se había evidenciado de imposible aprobación en el Parlamento Europeo bajo la forma de Directiva, y tampoco se había plasmado a través de la inclusión de este sector en el Reglamento de 2017- se analizara el trabajo de la estiba y desestiba desde el prisma del Derecho originario de la Unión, valiéndose de la eficacia directa del artículo 49 TFUE que impactaría sobre el orden interno de un Estado miembro, sin previa intervención del legislador comunitario, para dotar de autoridad la eficacia interpretativa del pronunciamiento del Tribunal, llamada a satisfacerse a través de una norma interna.

**12. La imposición heterónoma de pertenencia de las empresas estibadoras al ente de gestión predecesor del actual.** El nacimiento de la figura de las Sociedades de Gestión de Estibadores Portuarios S.A. (SAGEP) con ocasión de la Ley 33/2010, que precedieron a los CPE, puso fin a la convivencia de los dos modelos mercantiles que existían en el mercado, así como sus eventuales y respectivas posiciones de dominio a resultas de los cambios practicados a nivel legislativo en las anteriores dos décadas, imponiendo a las empresas estibadoras la obligación de formar parte de éstas y participar en su capital. Así, los propios términos o denominación de este modelo de sociedad ya definían su propia naturaleza, cuya esencia, basada en la obligatoriedad de pertenencia en orden a la prestación del servicio, era heredada de las figuras precedentes. La función «gestora» ostentada por sus predecesores fue finalmente reconocida de forma explícita en la propia denominación de este último modelo de gestión previo al actualmente vigente y, junto con la matriz normativa del régimen de gestión que la sustentaba, basado, entre otras premisas, en la no voluntariedad de participación, fueron sancionadas por el TJUE, eliminándose la dualidad existente amén de las dos modalidades de relación laboral: especial y común.

**13. Mutualismo y naturaleza de los CPE.** Los CPE resultantes de la conversión de las anteriores SAGEP son sociedades de capital a los que se añade el matiz de mutualización para salvar obstáculos mercantiles que, de aplicarse LSC, serían ineludibles. En los CPE, la condición de los socios se superpone a la de usuarios (los socios son usuarios a la vez), circunstancia que no casaría con la configuración de una ETT. El concepto de mutualismo es el que vicia de base la posibilidad de encuadrar bajo la concepción de las ETT a los CPE. Nótese que el legislador huye de la tipología básica que define las sociedades mercantiles cuando el propio artículo 18.5 LETT se remite a las formas jurídicas preexistentes bajo las que se haya constituido, con remisión a la «normativa de desarrollo», con el fin de escapar la aplicación de la ley mercantil en el ejercicio del derecho de separación. Por su lado, en el artículo 18.1 de la misma norma sustantiva, se califica los CPE como «empresas» de base mutualista, en lugar de «sociedades de base mutualista». De haberse calificado como «sociedades de base mutualista», se podría haber aplicado la norma que regula las sociedades cooperativas, que no hubiera casado con los fines pretendidos con el mutualismo de los CPE.

En definitiva, la Ley 4/2022 no ha pretendido transformar tipo societario de los CPE, pues, de haber sido este el propósito, se hubieran definido como «sociedades» de base mutualista (cooperativas).

**14. La predeterminación del fin de la «contrarreforma» ex Ley 4/2022.** La modificación del artículo 18 de la LETT a través de la Ley 4/2022 se produjo a escasas semanas de publicarse el V Acuerdo Marco y la Dirección General de Trabajo manifestó, en el foro de debate del pasado 17 de noviembre de 2022, que se dictó para coadyuvar a que el V Acuerdo pudiera ser una realidad en el sector de la estiba. La «contrarreforma» a la que se alude en el cuerpo del Capítulo V pretende simplificar la valoración al respecto de su contenido, al significar un retroceso en el objetivo de liberalización plena de los servicios de estiba y desestiba marcado por la UE y del que, con mayor o menor fortuna, se impregnaron los RD-Ley 8/2017 y 9/2019. La esencia de esta retrocesión se sitúa en la propia conceptualización de los CPE, que se conciben como entidades de base mutualizada en el origen de cuya propia delimitación se sitúa el riesgo de perpetuación del monopolio de gestión del trabajo de la estiba, dado el reparto de beneficios y riesgos existente entre los socios de los CPE -con impacto en sus respectivos trabajadores- que discurrirían en paralelo con otras empresas estibadoras no socias de CPE que directamente o a través de ETT ordinarias emplearan a estibadores portuarios. Si la creación de una específica «ETT» para el sector ya podía generar ciertas reservas en torno al propósito liberalizador, la incorporación del concepto de «mutualismo», carente de definición legal propia en nuestro ordenamiento jurídico, conduciría los propósitos de logro de la libre competencia y mercado declarados en el artículo 18.1 LETT en falaces objetivos de muy complejo cumplimiento, dada la propia naturaleza genética del CPE, articulada como otra entidad sucesora de las muchas otras sociedades de gestión de la cesión de estibadores portuarios que le habrían precedido (SEED – APIE-SAGEP), para cuyo fin habría servido como instrumento la Ley 4/2022, en orden a conceder un aval jurídico al contenido de múltiples cláusulas del V Acuerdo Marco que podían reputarse lesivas al derecho de la competencia, libertades de circulación en el marco de la UE y derechos y libertades constitucionales; las cuales ya habían merecido reiteradas advertencias por parte de la CNMC.

**15. La silenciosa y latente diferencia de trato subyacente.** Gran parte de las disposiciones objeto de examen en el Capítulo V articulan mecanismos de regulación de la actividad laboral que comparten, como mínimo denominador común, la generación de un panorama de riesgo de vulneración del derecho fundamental a la igualdad y prohibición de discriminación *ex* artículo 14 ET, generando riesgos de sesgos comparativos, distribuciones no equitativas de riesgos entre personal considerado incluso homólogo por la propia norma convencional (como sería, por ejemplo, el personal «integrado», entendido como tal el contratado directamente por las empresas estibadoras, entendemos, socias o no socias del CPE), en un contexto favorecedor de situaciones de *dumping* social por efecto del juego de distintas reglas del mercado entre ETT-CPE o desigualdad negativa entre empresas y personas trabajadoras no amparadas por la doctrina constitucional. En orden a dotarse al colectivo de estibadores contratados a través de ETT ordinarias de mayores garantías de estabilidad y regularidad en el empleo, deberían articularse garantías adicionales a los convenios colectivos de las ETT que favorecieran la continuidad de los estibadores objeto

de cesión, los cuales deberían recogerse en acuerdos que difícilmente podrían alcanzarse en sede de convenio sectorial dadas las particularidades del trabajo de la estiba. Parece que a los estibadores objeto de cesión a través de ETI ordinarias sólo les quedaría la opción de invocar la aplicabilidad del instituto de la paridad o igualdad de condiciones esenciales en el juego de la puesta a disposición a empresas usuarias (léase estibadoras).

A mayor abundamiento, la derogación de la relación laboral de carácter especial anteriormente contenida en el artículo 2.h) ET desprendería virtualidad únicamente para aquellos estibadores portuarios que fueran contratados directamente por empresas no socias de CPE o bien a través de ETI ordinarias. Contrariamente, los trabajadores contratados a través de CPE o bien empresas socias de los CPE, gestoras de la actividad mutualizada, seguirían manteniendo, en el plano material, una relación laboral de naturaleza especial. Prueba o evidencia elocuente de ello es el artículo 15.2 del V Acuerdo Marco, que regula la suspensión del contrato con el CPE en unos términos que abocan a la extinta suspensión de la relación laboral de carácter especial que operaba cuando se contrataba a través de una relación laboral común a un estibador por parte de una empresa estibadora. En este caso, el contrato objeto de suspensión se produciría en favor de una relación concertada con la empresa estibadora que se desarrollaría en los términos que acordaran el trabajador y el CPE. Si el contrato suscrito con el CPE fuera objeto de suspensión y se activara otra relación con la empresa estibadora, que pactaría la persona trabajadora, sin embargo, con el respectivo CPE; ¿qué calificación sino la de especial cabría dar a la primera?

**16. Posible discriminación indirecta desde la perspectiva de género.** La segmentación en el acceso al mercado y la incorporación de pruebas de selección y contratación adicionales a las vinculadas a la obtención del certificado de profesionalidad por parte de los CPE o empresas estibadoras, podría provocar una discriminación indirecta para el colectivo de mujeres en el sector de la estiba, de exigirse condiciones físicas incompatibles con su constitución, ya de por sí infrarrepresentadas en este sector.

**17. Intencionada redundancia en el reconocimiento de las facultades de control y dirección de la actividad empresarial.** Los términos de la regulación de las facultades de control y dirección del empresario del V Acuerdo arrojan cierta luz a la aparente inocuidad del reconocimiento de éstas por parte del artículo 3 del RD-Ley 9/2019, que podía concebirse como redundante del genérico *ius variandi* reconocido por el artículo 20 ET. Únicamente en un contexto de riesgo de socavación puede comprenderse un reconocimiento como el contenido en el citado decreto ley. Como expresión de esta situación, se encuentran en el V Acuerdo constantes restricciones, desviaciones constantes del poder de contratación, dirección y autoorganización empresarial a favor de la CPSE, susceptibles de despojar la facultad de autoorganización empresarial atribuida a cualquier empresario en determinados ámbitos materiales. Este eventual desplazamiento del *ius variandi* se agravaría por la propia naturaleza de la composición de la CPSE, esto es, las partes firmantes del acuerdo, que pretenderían ejercer un control de la actividad empresarial con posible vulneración de derechos constitucionales garantizados por los artículos 28, 37.1 y 38 CE.

**18. El falaz triple principio rector de los mecanismos de subrogación.** El proceso de negociación que culminó con el V Acuerdo se desmarcó de los problemas de legalidad que habían existido en precedentes acuerdos marco vinculados al ámbito funcional para instituir, como uno de los núcleos duros, el de la «subrogación», a la que se le dio una nueva connotación y significación alejada tanto de las tradicionales concepciones patrimonialistas como también del concepto jurisprudencial de sucesión de plantillas enmarcado en el ámbito de la sucesión empresarial *ex* artículo 44 ET. Como inmediato precedente previo a la regulación que se recogió en el V Acuerdo Marco, que fue sancionado con la nulidad de pleno derecho por parte de la SAN núm. 127/2021, de 19 de julio de 2021, es de obligada alusión la Disposición adicional 7ª del IV Acuerdo Marco, que vinculó el nacimiento de la obligación de subrogar a los estibadores portuarios al ejercicio del derecho a separarse cualquier empresa de la entonces SAGEP. Se puede buscar una teórica base jurídica en el posterior artículo 4 del RD-Ley 9/2019, que todavía no había entrado en vigor cuando se acordó la modificación del IV Acuerdo en estos términos y que considero se incluyó en el RD-Ley 9/2019 en aras a coadyuvar a los agentes sociales a lograr un acuerdo en un contexto en el que se había incoado un procedimiento sancionador por la CNMC a propósito de esta cláusula, si bien, el mentado precepto legal que disciplinó la estabilidad y calidad en el empleo a través de las medidas de subrogación que fueran necesarias, a pesar de dejar al albur del resultado de la negociación colectiva su virtualidad aplicativa, debía ser transparente, objetivo y equitativo, de acuerdo con los principios y garantías que informan el artículo 44 del ET. Ni la regulación dada a la mentada Disposición adicional 7ª del IV Acuerdo Marco -previa a la entrada en vigor del RD-Ley 9/2019- ni las disposiciones que reglamentan la subrogación y recolocación en el actual V Acuerdo Marco, cumplirían con las premisas fijadas por esta matriz legal, dada la atipicidad de la cesión de atribuciones o competencias en orden a valorar los criterios de asignación de trabajadores a cada empresa a la CPSE, quien, a su vez, se erigiría en comisión encargada de la resolución de los conflictos derivados de todos los procesos de subrogación de todas las empresas incluidas en el ámbito funcional del acuerdo marco, dada su eficacia *erga omnes*.

**19. Nuevo modelo de subrogación *ex profeso*.** Los fenómenos de subrogación y recolocación que fueron convenidos en el extinto IV Acuerdo Marco y en el vigente V Acuerdo Marco se apartan del espíritu de la Directiva 2001/23/CE, residenciados en la identidad mantenida en la unidad económica objeto de transmisión, al tiempo que se desvinculan de la concepción tradicional patrimonialista sobre la sucesión de empresas, matizada con la integración de la hermenéutica del TJUE sobre sucesión de plantillas *ex* Asunto *Temco* por la Sala 4ª del Tribunal Supremo. Por último, tampoco se insertaría el hecho causante o habilitante en orden a la aplicación de la obligación de subrogación de los trabajadores en la esencia del instituto sobre la sucesión de contratas, en la medida en que su virtualidad únicamente dependería de decisiones mercantiles asociadas al ejercicio de un derecho legalmente reconocido a la separación o disolución, con independencia de la asunción o no de trabajadores por parte de la entidad o sociedad ejercitante de aquél. A este respecto, el desarrollo convencional del artículo 4 del RD-Ley 9/2019, así como la nueva redacción dada en el artículo 18 LETT por la Ley 4/2022 considero no podrían convertirse en el cauce para desvirtuar la esencia de la sucesión empresarial en su vertiente de sucesión de plantillas, así como tampoco la vía adecuada para articular una sucesión convencional

paralela y desconectada, en los sectores que, como este, residen en la mano de obra el núcleo de su actividad, de la actividad o proporción de plantilla -en términos cualitativos y cuantitativos- que fueran objeto de asunción por parte de los socios del CPE disuelto o bien por parte de la empresa que ejerciera su derecho de separación del CPE. De producirse, dicho desarrollo convencional debería reputarse, a la postre, contrario a la función de complementariedad propia de los convenios colectivos, susceptible de incurrir en un uso desproporcionado o extralimitado de la técnica de complementariedad que abocaría, inexorablemente, a posibles resultados espurios en el uso del instrumento de tutela del derecho a la negociación colectiva.

En definitiva, los escenarios regulados en el V Acuerdo Marco no serían subsumibles al instituto de la sucesión empresarial ni por la vía del artículo 44 ET ni por la figura de la sucesión de plantillas. La norma convencional crea un nuevo y *ad hoc* modelo de subrogación, enfocado a una discutible estabilidad en el empleo, que resulta contrario a la libre competencia. En su virtud se impone la subrogación a empresas nacionales o de otros Estados de la Unión que pretendan asumir la actividad de un socio de un CPE que le cede total o parcialmente la misma. La obligación de asunción, por parte de la nueva empresa, del personal del CPE hasta entonces utilizado por éste, es contraria al espíritu de la STJUE de 11.12.2014, por contravenir la libertad de establecimiento *ex* artículo 49 TFUE.

## **20. Mutación del concepto de «empresa saliente» en el nuevo modelo de subrogación.**

El V Acuerdo crea un nuevo y específico concepto de «empresa saliente» a los efectos del texto convencional. En el concepto tradicional de subrogación, la empresa «saliente» es la que abandona la actividad. Hasta tal punto es singular el instituto de subrogación reglado en el V Acuerdo Marco, que denomina o atribuye la condición y efectos de «empresa saliente» a la «empresa entrante» en sus artículos 35-37.

**21. Normativa de desarrollo de los Decretos Leyes de la estiba y asunción convencional.** La negociación colectiva asume una particular interpretación del concepto «normativa de desarrollo» que introduce el artículo 18.5 de la LETT en la redacción dada por la Ley 4/2022, que se aparta de la concepción clásica dada a éste por el Estatuto de los Trabajadores y la doctrina tradicional, referida al reglamento y no a la negociación colectiva. El desarrollo convencional de la materia supone dar el estatus de convenio colectivo a la norma de desarrollo referenciada por el legislador en el artículo 18.5 LETT.

Como consecuencia de ello, los agentes negociadores del V Acuerdo Marco instrumentalizan la nueva redacción dada al artículo 18 de la LETT para materializar determinados pactos susceptibles de considerarse acuerdos entre empresas *ex* doctrina *Albany* que atentaría a la tan preciada esencia del fruto de la negociación colectiva y su carácter tuitivo sobre las materias que constituyen su núcleo esencial, o bien cláusulas que no superarían los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en su relación con las libertades comunitarias, en los términos y márgenes valorados por las Conclusiones formuladas por la Abogada General en el Asunto C-271/08, a las que nos remitimos por rigor y claridad. Por la vía del ejercicio de un derecho constitucional, se obtiene como resultado un acuerdo marco que podría ser contrario al ordenamiento jurídico y que, más allá de poder quedar viciado de nulidad en gran

parte de sus cláusulas *ex* Disposición Adicional 1ª del RD-Ley 8/2017, limitaría el ejercicio a la autonomía negocial *ex* artículo 37.1 CE de las representaciones colectivas de trabajadores y empresarios de ámbito inferior o adscritas a un puerto, *ex* Disposición adicional 2ª del RD-Ley 8/2017; pudiendo conducir a la perpetuación de restricciones que recuerdan a pretéritas redacciones de extintos acuerdos marco de este sector. Esta visión no es compartida por la SAN núm. 151/2022, de 17 de noviembre, pendiente de firmeza, en cuyos razonamientos jurídicos se realizan recorridos discursivos que, en algunos aspectos, considero merecerían una mayor profundidad o disección a la luz de la doctrina comunitaria.

**22. Invasión mercantil de la norma laboral.** La norma laboral de la estiba marca condiciones de ejercicios de derechos de los socios de los CPE. El V Acuerdo Marco incide en el régimen mercantil de sociedades y la negociación colectiva regula condiciones de salida de los socios mercantiles, estableciéndose pactos de empresa *ex* doctrina Albany al fijarse desde la perspectiva de los socios y no de los trabajadores.

**23. Condición societaria impuesta.** Gran parte de los planteamientos de la regulación del derecho de separación consignada en el V Acuerdo parten de una inexistente o dudosa libertad de asunción de la condición de socio, cuando esta libertad, como se ha indicado anteriormente, no concurrió en su pertenencia en las extintas SAGEP ni, por extensión, en los CPE reconvertidos; exigencia que precisamente fue el núcleo de la sanción que impuso el TJUE en el Asunto C-576/13.

Desde la perspectiva de la libre competencia, difícilmente pueden convalidarse las previsiones sobre la subrogación y recolocación por la vía de incorporar un plazo temporal (de dos meses, susceptible de ampliación en determinados casos y condiciones) para materializar la disolución o separación del CPE correspondiente y exencionarse de la aplicación de las reglas del V Acuerdo, en la medida en que no puede obviarse el propio origen de la existencia de los CPE: las SAGEP que los precedieron, cuya esencia fue sancionada por el TJUE, dada la obligatoria participación en aquélla que se imponía a las empresas estibadoras como condición necesaria para poder prestar los servicios de estiba y desestiba. Su origen o procedencia, pues, neutralizaría, de base y *per se*, cualquier atisbo de voluntariedad, toda vez que atentaría a la lógica de dichas libertades obligar a las empresas a tomar una costosa y compleja decisión en tan reducido periodo temporal, minando su libertad a decidir desvincularse del CPE sin riesgo de asumir mayores consecuencias que las que asumiría cualquier empresario que decide separarse de sus socios, sometida a las reglas generales de la sucesión empresarial reglada en la norma sustantiva laboral básica y la jurisprudencia de aplicación.

**24. Control de legalidad unidireccional de los convenios colectivos.** A la luz del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del artículo 85.1 ET y del artículo 163.1 de la LRJS, en el examen de legalidad de las normas convencionales no podrían ser obviadas las reglas del derecho a la libre competencia. Ahora bien, desde un prisma procesal, observo que las autoridades de la competencia no tendrían reconocida expresamente la legitimación activa para la impugnación de convenios colectivos ante la jurisdicción social (no se incluyen entre los sujetos legitimados en el artículo 165.1 LRJS), circunstancia que les forzaría a discurrir en

paralelo en sus actuaciones, lo que, a la postre, solo acrecentaría los márgenes de inseguridad jurídica de cualquier norma colectiva, a pesar de haber sido ésta validada en el control de legalidad aplicado por la Dirección General de Trabajo en el trámite de registro ante el *Regcom*. La realidad de la estiba portuaria tras la STJUE dictada en el Asunto C-576/13, debería servir como un elocuente botón de muestra de que la inserción del estado español en las reglas del libre mercado europeo obligaría a revisar la legitimación de la CNMC en el orden social, en la medida en que, si bien el artículo 5.4 de la Ley 3/2014, de 4 de junio, le reconocería legitimación para impugnar «ante la jurisdicción competente» disposiciones de rango inferior a la ley -como serían los convenios colectivos- de los que se derivaran obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, esta legitimación no se compadecería con las reglas disciplinadas por el artículo 165.1 LRJS, debiendo ser la jurisdicción social la que asumiera su examen o control de legalidad. De este modo se podría colmar un sistema de revisión que pudiera verificar el cumplimiento del citado Reglamento comunitario como derecho originario vinculante que, a su vez, dotara a las partes de una mayor seguridad jurídica y evitara la imposición de sustanciosas sanciones económicas. Podría pensarse en el reconocimiento de un determinado plazo en orden a formalizar la eventual impugnación, que fuera concebida como una suerte de acción de «jactancia» que, de no verificarse, elevara a definitivo el acuerdo colectivo desde el prisma de la libre competencia y vetara su ulterior combate desde este prisma material.

**25. La sugestiva aplicación del V Acuerdo.** La disposición transitoria de la Ley 4/2022 incorpora una condición en orden al ejercicio del derecho de separación que es innecesaria para la adaptación de los CPE a las condiciones del artículo 18 y que únicamente pretende limitar la facultad de separación para controlar las decisiones que se tomen en el mercado por las empresas estibadoras y blindar con un plazo preclusivo la opción de que se desvinculen de los CPE. Lo mismo se pretende a través de la inclusión de la condición relativa al contrato marco de prestación, al vetar la posibilidad de salida en caso de no celebrarse en un plazo de dos meses. En definitiva, la disposición transitoria de la Ley 4/2022 aboca a que deba indefectiblemente ser aplicado el V Acuerdo y las condiciones de separación en éste regladas, en cuya virtud, en caso de discrepancia, se debe acabar resolviendo la cuestión por un tercero independiente designado por la propia CPSE de entre los mediadores o árbitros del SIMA.

**26. Conclusión de cierre.** Como conclusión de cierre a este complejo marco jurídico del que ha traído origen el presente estudio, no podemos más que apelar a la dificultad de establecer límites en las relaciones entre las distintas disciplinas jurídicas existentes a la que se aludía al inicio de esta investigación con cita de ilustres maestros del Derecho del Trabajo, al enfrentarnos a un ordenamiento unitario carente de diáfanas divisiones o fronteras, en las que las realidades sociales se impondrían a los elementos jurídicos. La estiba portuaria no se erige en excepción. Muestra de ello han sido las vacilantes reformas legales que, considero, lejos de priorizar el cumplimiento del mandato del juzgador comunitario, se han esforzado en contribuir, a través de preceptos que han incorporado excesivos conceptos jurídicos indeterminados, al uso de la técnica de la complementariedad -casi regulación *ex novo* en muchas ocasiones- en el desarrollo convencional susceptible de situarse extramuros de los límites del derecho de la competencia y de las libertades de circulación garantizados por el



derecho primario de la UE; abocando al Estado español a un riesgo de enfrentarse a potenciales nuevos recursos por incumplimiento. ¿Es pertinente y adecuado, en este contexto, sugerir que la creación de los «CPE» a través de su inserción en un paraguas legal dirigido a la regulación de ETT, lejos de dotar de certidumbre al sector de la estiba, podría generar una brecha de seguridad jurídica derivada de una modificación de la LETT articulada con un fin distinto al de dar estricto cumplimiento al fallo de la Sentencia del TJUE?. Puede parecer osado aseverarlo con carácter axiomático, pero sin duda no puede eludirse su alusión en clave de reflexión crítica en esta sede conclusiva.

En definitiva, el trasfondo que subyace en la reforma de la estiba parte de un firme compromiso hacia la satisfacción o cumplimiento formal de las obligaciones acompañada, a su vez, de la constante introducción de salvaguardas que permitan escapar materialmente en la práctica de esa realidad formal.

### ***A modo de reflexión ...***

Al trabajo de la estiba y su proyección sobre el libre mercado europeo todavía le quedan páginas por escribir. De no lograrse el pleno acomodo del sector de la estiba portuaria español a aquél, el mandato de abstención del artículo 4.3 TUE dirigido a los estados miembros de adoptar cualquier medida que pusiera en riesgo los objetivos de la Unión, en su vertiente doctrinal de «excepción por la acción del Estado» y la hermenéutica del TJUE sobre el «efecto útil», en virtud de la cual los Estados deberían abstenerse de dictar o mantener disposiciones normativas que avalen abusos de posición de dominio entre empresas, puede cobrar virtualidad. En la medida en que la STJUE dictada en el asunto C-576/2013 no entró a concretar el específico modelo de gestión que debía aplicar el Estado español, en cualquier eventual ulterior recurso por incumplimiento, los límites del principio de subsidiariedad *ex* artículo 5 TUE podrían erigirse en protagonistas en la culminación del propósito liberalizador marcado por la UE.

*Los puertos no son un espacio al margen de la ley'* (Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, de 10 de septiembre de 2020, Asuntos acumulados C-407/19 y C-471/19 *Kaoten Natie Bulk Terminals NV*).

## BIBLIOGRAFÍA

### A

ABELLÁN HONRUBIA, V. «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la C.E.E.», *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 84, N° 2 y 3, 1985.

AGUADO BLOISE, E. «Mujeres en la estiba. El caso de las estibadoras portuarias del puerto de Valencia», *Arxius de sociología*, N° 35, 2016, Págs. 123-137.

AGUILAR CALAHORRO, A. «La dimensión constitucional del principio de primacía», Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

AGUSTÍ JULIÁ, J. Y PUMAR BELTRÁN, N. «El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras», Editorial Bomarzo, Albacete (España), Ed. 2009. Págs. 7-10.

AHMED, I. «El trabajo decente y el desarrollo humano», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 2, N° 2, 2003/2.

ALAMEDA CASTILLO, M.T. «En torno a los conceptos de flexibilidad y seguridad: de la contraposición al encuentro». *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2007. Págs. 221-224.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. «Un concepto clásico de la relación entre Ley y convenio colectivo», en AA.VV. (Coord. Durán López, F.), «Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo», *Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba*, Córdoba, 1983.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. «La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo», Civitas. *Revista española del derecho del trabajo*, N° 28, 1986. Págs. 498-499, 500-503, 543-544.

ALBIOL MONTESINOS, I. «En torno a la polémica ajenidad-dependencia». *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, n° 1 Valencia, 1971. Pág. 41 y ss.

ALEXI, R. «Teoría de los derechos fundamentales (Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido)», Colección *El Derecho y la Justicia* (Dir. Díaz García, E. y Laporta San Miguel, J.), *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2ª Ed., 2012.

ALMANSA PASTOR, J.M. «La exclusión de los altos cargos del derecho del trabajo español», *Revista de Política Social*, N° 71, 1966. Págs. 25-36.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª. E. «Derecho del Trabajo», 26ª ed. Revisada, Madrid, Ed. Civitas, 2009.

ALONSO OLEA, E y CASAS BAAMONDE, M.E. «Sobre el contenido de la introducción a una Disciplina jurídica», *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7ª Ed., Thomson Reuters, 2013. Págs. 27, 43, 44, 53.

ALONSO OLEA, E y CASAS BELMONDE, M.E. «La atribución inicial de los frutos al ajeno», *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7ª Ed., Thomson Reuters. Pág. 83.

ALONSO OLEA, E y CASAS BELMONDE, M.E. «El Trabajo en cuanto objeto del Derecho del Trabajo», *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7ª Ed., Thomson Reuters. Págs. 91-92.

ALONSO OLEA, E y CASAS BELMONDE, M.E. «Sobre la Dependencia», *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7ª Ed., Thomson Reuters. Págs. 100-102.

ALONSO OLEA, E y CASAS BELMONDE, M.E. «La Generalización de la Ajenidad», *Introducción al Derecho del Trabajo*, 7ª Ed., Thomson Reuters. Págs. 137-142.

ALSTON, PHILIP. «Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda», *The European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 3, EJIL 2005.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. «Las relaciones laborales, especial y común de estiba portuaria», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N° 118, 2015, Ejemplar dedicado a *Derecho del Trabajo*. Págs. 267/314.

ARTHURS, H. «Labour Law After Labour». *The idea of Labour Law*, Oxford University Press; 2011. Págs. 13-28.

ÁLVAREZ ALONSO, D. «Libertad de establecimiento y gestión de trabajos portuarios de estiba y desestiba», en «Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (Coord. García Murcia, J. y García Torres, A.), 2016, Juruá. Págs. 133-164.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. «La regulación española del trabajo en la estiba portuaria y los Tratados de la Unión Europea», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° Extra 24, 1999 (Ejemplar dedicado a: Estudios de derechos del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea). Págs. 299-318.

DE LA ROSA, M. ÁLVAREZ. «El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13», *Trabajo y Derecho*, N° 4, abril 2015, La Ley Editorial Wolters Kluwer. Págs. 1-3, 12-22.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. «El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 37, 2018. Pág. 20.

ÁLVAREZ DE LA ROSA. «El Derecho del Trabajo en el principio de libertad de empresa», Wolters Kluwer, 2019. Págs. 8 a 13.

ALONSO UREBA, A. «El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas», VV. A.A, «Tratado de Derecho Comunitario», Madrid, 1986.

ATKINSON, J. y MEAGER, N. «New forms of work organization», *Institute for Employment Studies*, 1986.

ARRIBAS A. «Disposición adicional segunda», en MASSAGUER, J., SALA, J. M., FOLGUERA, J. y GUTIÉRREZ, A. (dir.), en *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, 2ª Ed., Madrid, Civitas, 2010. Págs. 939 y ss.

**B**

BACCARO, L. y HOWELL, C. «A Common Neoliberal Trajectory: The Transformation of Industrial Relations in Advanced Capitalism», *Politics & Society*, Vol. 39, Issue 4, 2011. Págs. 521-535.

BACCARO, L. y ARMINGEON, K. «Political Economy of the Sovereign Debt Crisis: The Limits of Internal Devaluation», *Industrial Law Journal*, Vol. 41, N° 3, 2012. Págs. 254-275.

BALAGUER CALLEJÓN, F. «La subsidiariedad de la Unión Europea», *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 31, 2019.

BALLESTER PASTOR, I. «La relación laboral especial de los estibadores portuarios», *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1994. Pág. 37, 62-64, 70, 101-102, 106, 122, 153, 155-156.

BALLESTER PASTOR, M.A. «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa», *Actualidad Laboral*, N° 15, 2009, Tomo 2.

BALLESTER PASTOR, I. «Las relaciones laborales en la estiba portuaria: su actual visión tras el IV Acuerdo Marco del Sector de 2014», *Anuario de derecho marítimo*, Vol. XXXI, 2014. Págs. 97-125.

BALLESTER PASTOR, I. «Incidencia de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 sobre la regulación española de colocación y contratación en la estiba portuaria», *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos* (Coord. Cabeza Pereiro, J y Rodríguez Rodríguez, E.), *Editorial Bomarzo*, 2015. Págs. 533-552.

BALLESTER PASTOR, I. «Colocación y contratación en la estiba portuaria», *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos* (Coord. Cabeza Pereiro, J y Rodríguez Rodríguez, E.), *Editorial Bomarzo*, 2015. Pág. 537, 538, 540 y ss.

BARASSI, L. «Il diritto del lavoro», Milano, 1949. Págs. 335 y ss.

BARNARD, C. «Using Procurement Law to Enforce Labour Standards», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 256-271.

BARNARD C. «The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms», *Oxford University Press*, octubre de 2019, 6a Ed. Págs. 190-191, 287 y ss., 405 y ss., 453-472.

BARNÉS, J. «La distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados», *Cuadernos de Derecho Público*, N° 13, 2001. Págs. 53-69.

BAQUERO CRUZ, «Entre competencia y libre circulación, el Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea», *Civitas*, Madrid, 2002.

BASTIANON, S. «L'Abuso di posizione dominante». Giuffrè, Milano, 2001. Pág. 21 y ss.

BAYÓN CHACÓN, G. «El concepto de dependencia en el derecho del trabajo ¿comienza una evolución jurisprudencial?», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, tomo XLV, 1961. Págs. 451-467.

BAYÓN CHACÓN, G. «Contratos especiales de trabajo. Concepto», *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Seminario de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1965. Pág. 12.

BAYÓN CHACÓN, G. Y PÉREZ BOTIJA, E. «Manual de Derecho del Trabajo», Vol. 1, 7ª Ed., D. Marcial Pons, Madrid, 1967-8. Pág. 15.

BLACKETT, A. y TREBILCOCK, A. «Research Handbook on Transnational Labour Law», *Edward Elgar*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA.

BENJAMIN, P. «A view from the South», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, Págs. 209-220.

BERG, J. «Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers», *Conditions of work and employment series*, nº 74, International Labour Office (ILO).

BORRAJO DACRUZ, E. «La nueva regulación de la relación especial del personal de alta dirección», *DL*, número monográfico, 1985, Págs. 17-20, reiterada en «El personal de alta dirección en la empresa», *Civitas, Revista Española de derecho del trabajo*, Nº 22, 1985. Págs. 157-180.

BOSKOVITS, K. «Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la communauté européenne et ses états membres», *Emile Bruylant*, 1999.

BRODIE, D. «The Dock Work Act 1989», *The Industrial Law Journal*, Vol. XVIII, 1989. Pág. 230 y ss.

BRUSCO. «Imprese e compagnie portuali alla luce delle norme comunitarie», *Foro it.*, 1992, IV. Pág. 226 y ss.

BULLEJOS CALVO, C., MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. (Dir.) y GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F. (Dir.). «La transposición de la directiva de servicios: Licencias, autorizaciones ambientales, comunicaciones previas y declaraciones responsables», CEMCI, 2015.

## C

CAAMAÑO ROJO, E. «Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico», *Revista de Derecho Vol. XVIII- Nº 1*, julio 2005. Págs. 25-53.

CAAMAÑO ROJO, E. «La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo», *Revista Laboral Chilena*, diciembre 2004, Pág. 61 (Parte I) y, enero de 2005. Pág. 68 y ss. (Parte 2).

CABEZA, J. «La relación laboral de estiba portuaria en el Reino Unido», *Civitas, Revista española de derecho del trabajo*, Nº 84, 1997. Págs. 557-568.

CABEZA PEREIRO, J. «Sobre la autoasistencia en la estiba portuaria: En torno a un cisma sobre el Proyecto de Directiva de acceso al mercado de los servicios portuarios», *Revista Doctrinal Aranzadi Social Nº 14/2003, parte Estudio*. Págs. 1-6, versión digital.

CABEZA PEREIRO, J. «La relación laboral especial de estiba portuaria tras las modificaciones introducidas por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre», *Actualidad Laboral*, N° 20, 2004.

CABEZA PEREIRO, J. «Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo», *Trabajo y Derecho*, N° 3, marzo 2015, Ed. Wolters Kluwer. Págs. 2-7 y 10.

CABEZA PEREIRO, J. «Algunos interrogantes acerca de los centros portuarios de empleo» en *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*, Bosch Editor, 2017, Capítulo 7. Págs. 201-208 y 214-218.

CABRERA BAZÁN. «Informe sobre la Organización de Trabajos Portuarios emitido a instancias de la Coordinadora Nacional de Estibadores Portuarios».

CAMPS RUIZ, L.M. «La reforma del mercado de trabajo. El nuevo régimen jurídico de la colocación y de los contratos de aprendizaje de trabajo en prácticas, a tiempo parcial y de relevo», Tirant Lo Blanch, 1994. Pág. 21 y ss.

CANALDA, S. «Normas y jurisprudencia en la formación de las relaciones laborales especiales», *Los Estatutos de los trabajadores: Papel de las normas y la jurisprudencia en su formulación*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2014. Pág. 161.

CANEDO ARRILLAGA, J.R. «Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano, Primacía y Subsidiariedad En La Unión Europea, CEPC, Madrid, 2011», *Estudios De Deusto*, 60 (2), noviembre 2014. Págs. 391-394.

CANEDO ARRILLAGA, M.P. «Poderes públicos y competencia. En busca del efecto útil del Derecho de competencia», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, N° 2, 2020. Págs. 226-253.

CANEDO ARRILLAGA, M.P. «El régimen jurídico de la estiba en España: una visión desde la perspectiva de competencia», *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (1), 2022. Págs. 436-467. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6506>

CALAHORRO A. «La dimensión constitucional del principio de primacía», *Thomson Reuters Aranzadi*, Cizar Menor, 2015.

CALVO CARAVACA, A. L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el Mercado Único Europeo», *Noticias de la Unión Europea*, N° 186, 2000. Págs. 87-102.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Mercado único y libre competencia en la Unión Europea», Ed. *Colex*, 2003. Págs. 87-241.

CALVO MORALES, D. «La subrogación de trabajadores de contratas vía convenio colectivo. Marco jurídico tras la sentencia Temco», *Revista Española de Derecho del Trabajo* N° 198, 2017. Pág. 135 y ss.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Mercado interior y libre competencia en la Unión Europea, COLEX, 2003. Pág. 29.

CARBONE, S.M. «Dalla riserva di lavoro portuale all'impresa terminalista tra diritto interno, diritto comunitario e diritto internazionale uniforme», *Il. Dir. Mar.*, II, 1992. Pág. 599 y ss.

CARBONE, S.M. y MUNARI, F. «Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia. Risultati e prospettive». *Il. Dir. Mar.*, I, 1994. Págs. 64-67.

CARRIL VÁZQUEZ, X. M. «El impacto de las normas de competencia sobre el iv acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria y el papel de la Comisión Nacional de Competencia en el control de legalidad de los convenios colectivos», *Estudios de derecho marítimo*, Cap. 6, [(Dir.) García-Pita y Lastres, (Coord./Editoras) Quintáns-Eiras, M<sup>a</sup> R. y Díaz de la Rosa, A.J. Págs. 511-521.

CARUSO, B. «New Trajectories of Labor Law in the European Crisis: The Italian Case», *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 36, N<sup>o</sup> 2, 2015. Págs.182-202.

CASAS BAAMONDE, M.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. «La ruptura del monopolio público de colocación. Colocación y fomento del empleo», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N<sup>o</sup> 1, 1994. Págs. 236-253.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C. «Trabajadores autónomos y trabajadores autónomos económicamente dependientes», *Los Estatutos de los trabajadores: Papel de las normas y la jurisprudencia en su formulación*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2014. Págs. 49-84.

CHAUMONT, C. «La Signification du principe de spécialité des organisations internationales», *Problèmes de droit des gens. Mélanges offerts à H. Rolin*, París, 1964. Pág. 5.

CHICHARRO LÁZARO, A. «El principio de subsidiariedad en la Unión Europea», Aranzadi Thomson Reuters, 2001. Págs. 41-44.

COLLINS, H. «Theories of Rights as Justifications for Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 140-153.

CORBINO M.<sup>a</sup> I. «Le operazioni portuali», Quaderni della rivista Trasporti, N<sup>o</sup> 6, Padova, 1979.

COSTAS COMESAÑA, J. «Los centros portuarios de empleo: una entidad mutualista», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, N<sup>o</sup> 40, 2022. Págs. 220-240. DOI: 10.7203/CIRIEC-JUR.40.24346

CRUZ VILLALÓN, J. «Diferencias de condiciones de trabajo entre los estibadores portuarios: la aplicación de los principios de igualdad, condición más beneficiosa y norma más favorable», *Relaciones Laborales N<sup>o</sup> 12*, Tomo I-1989. Pág. 1371 y ss.

CRUZ VILLALÓN, J. «Trabajadores y Trabajos en el Derecho de la Unión Europea», AA.VV., *Liber Amicorum Giuseppe Santoro-Passarelli, Giurista della contemporaneità Giappichelli editore*, Turín, 2018. Págs. 286-298.

CRUZ VILLALÓN, J. «El nuevo régimen de la colocación de trabajadores», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N<sup>o</sup> 32, 1994. Pág. 21.

CRUZ VILLALÓN, J. «Outsourcing y relaciones laborales», *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999, 2000. Pág. 253.

CRUZ VILLALÓN, J. «Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán», Tecnos, Madrid, 1999.

CRUZ VILLALÓN, J. «Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo», estudio en el marco del trabajo elaborado para el libro en recuerdo del profesor Manuel Ramón Alarcón Caracuel, AA. VV., «Los grandes debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social», Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016; insertado en el proyecto de investigación «Técnicas jurídicas y efectividad de la norma laboral en la gestión del cambio», Ministerio de Economía y Competitividad (DER2014-52649-C4-1-R).

CRUZ VILLALÓN, J. «Incidencia de la reforma laboral en la estructura y concurrencia de convenios colectivos», AA.VV., *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Ed. Cinca, Madrid, 2017. Págs. 20-21.

CRUZ VILLALÓN, J. «El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo», *Revista de derecho social*, N° 83, 2018, Págs. 13-44, en el marco del proyecto de investigación «Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía», DER2017-83488-C4-1-R, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Pág. 183.

CRUZ VILLALÓN, J. «Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba», *Temas Laborales* N° 142/2018. Pág. 120 y ss., 131, 134.

CRUZ VILLALÓN, P. «El papel de los tribunales constitucionales nacionales en el futuro constitucional de la Unión», *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias* (Coord. Colneric, N.; Jean-Pierre Puissechet, J.P. y Dámaso Ruiz-Jarabo y Colomer, D.V.). Edwards, 2003.

## D

DAVIDOV, G. «Re-Matching Labour Laws with Their Purpose», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 179-189.

DAVIDOV, G. y LANGILLE, B. «Understanding Labour Law: A Timeless Idea, a Timed-Out Idea, or an Idea Whose Time has Now Come?», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 1-2.

DAVIDOV, G. «Setting Labour Law Coverage: Between Universalism and Selectivity», Ponencia presentada en la Conferencia Inaugural de la *Labour Law Research Network*, Barcelona, 13-15 de junio de 2013.

DEAKIN, S. «The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 156-173.



DE AREILZA CARVAJAL, J.M. «El principio de subsidiariedad de la construcción de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 45, septiembre-diciembre 1995. Págs. 53-93.

DE BÚRCA, G. «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European Law*, 1993. Pág. 105 y 146.

DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, T. «TJCE -Sentencia de 18.12.2007, Laval, C-341/05- libre prestación de servicios – desplazamiento de trabajadores – la supuesta legalización del *dumping* social en el interior de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 31, Madrid, septiembre/diciembre (2007). Págs. 835-848.

DE LA VILLA GIL, L.E. «Contrato de trabajo a domicilio» en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad de Madrid –Facultad de Derecho, Seminario de Derecho del Trabajo, 1965. Págs. 263-287.

DE LA VILLA GIL, L.E. «La relación laboral del Servicio de Hogar Familiar», *Documentación Laboral*, Número Monográfico, 1985. Págs. 190 y ss.

DE LA VILLA GIL, L.E. «El concepto de trabajador (art. 1.1)». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 100, 1, 2000 (Ejemplar dedicado a: El estatuto de los trabajadores. Veinte años después). Pág. 40.

DE LA VILLA DE LA SERNA, L.E. «Algunas consideraciones sobre la Ley 20/2007, de Estatuto de Trabajo Autónomo». *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2007, N° 15 (www.iustel.com).

DE LA VILLA GIL, L.E. «La relación laboral del Servicio de Hogar Familiar», «Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique De la Villa Gil, Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, (Coord. García-Perrote, I. y Palomeque López, M. C.), *Centro de Estudios Financieros (CEF)*, junio 2016. Págs. 809-841.

DE LA VILLA GIL, L.E. «En torno al concepto del Derecho español del Trabajo», *Revista de Trabajo*, N° 26, Tomo I, núm. 2, 1969. Págs. 103-118.

DE LA VILLA GIL, L.E. en su artículo «Sobre la reforma del Derecho del Trabajo en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 72, 2007. Págs. 221-225, 230.

DEL REY GUANTER, S. «Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la ‘refundación’ de la teoría jurídica de los convenios colectivos», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 1, 1996. Págs. 178-210.

DEL REY GUANTER, S. «El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del art. 44 del TRET», *Temas Laborales* N° 61, 2001. Págs. 329-346.

DEL REY GUANTER, S. «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios», *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Dir. María Emilia Casas Baamonde y Román Gil Alburquerque (Coord. García-Perrote Escartín, I; Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, Antonio V.). *Ed. Francis & Taylor*, Madrid, 2019.

DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. «La relación laboral de los empleados de hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social», *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (23), 2011-I. Págs. 137-165.

DESDENTADO BONETE, A. «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (2002). Págs. 241-266.

DE VRIES, S.A. «Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice» *Utrecht Law Review*, Vol. 9, N° 1, 2013. Pág. 176.

DUKES, R. «Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law». *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 57-67.

DUQUE GONZÁLEZ, M. «El actual sistema de negociación colectiva ante la normativa comunitaria», *Revista de Información Laboral N° 4/2014, parte Art. Doctrinal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2014. Pág. 3.

D ZATZ, N. «The Impossibility of Work Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 234-253.

## E

ECHEVARRÍA TORTELLO, M. «Tiempo de trabajo, tiempo de sociedad», en «Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico», *Revista de Derecho Vol. XVIII- N° 1*, julio 2005.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. «Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 101, 2009. Págs. 243-253.

ESTEPA MONTERO, M. «La reforma de la estiba: la relevancia del complejo marco regulatorio», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, LII (2019). Págs. 205-226.

ESTEVE SEGARRA, A. «Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: la ordenación jurídico-laboral española de la actividad de los estibadores portuarios», *Trabajo y Derecho*, N° 7-8, Julio 2015, Ed. Wolters Kluwer. Págs. 7-11.

## F

FALGUERA I BARÓ, M. «El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa». *IUSLabor*, 2007, N° 2. Págs. 1-4.

FARGAS FERNÁNDEZ, J. «La abusiva normalidad de las relaciones laborales especiales» en AGUSTÍ JULIÀ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., «El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras», Editorial Bomarzo, Albacete (España), Ed.2009. Pág. 106.

FERNÁNDEZ ALLES, J. J. «La subsidiariedad y proporcionalidad como principios del sistema interparlamentario europeo», en «El sistema interparlamentario europeo», Ed. Dykinson, 2016, Madrid. Págs. 31-60.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. «La estiba sigue en conflicto: Liberalización de mercados vs. garantías sociales», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros (CEF)*, N° 409 (abril 2017). Págs. 7-13.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de las personas físicas en la CEE», *Documentación administrativa*, N° 185, 1980. Págs. 551-574; VARA DE PAZ, N. «La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios», *Revista de derecho mercantil*, N° 161-162 y 1981. Págs. 457-522.

FERNÁNDEZ PRIETO, M. «La relación laboral de la estiba tras la STJUE de 11 de diciembre de 2014», *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos* (Coord. Cabeza Pereiro, J y Rodríguez Rodríguez, E.), *Editorial Bomarzo*, 2015, Págs. 553 -556.

FERNÁNDEZ PROL, F. «Relación laboral de estiba portuaria y libertad de establecimiento: la respuesta en derecho interno», en *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*, Bosch Editor, 2017. Pág. 243-244.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S. «Apunte sobre el trabajo parasubordinado como vía flexibilizadora del derecho de trabajo en Italia». *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2007. Págs. 287-295.

FERNÁNDEZ, T. R. «Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Dir.) «La encrucijada constitucional de la Unión Europea», Civitas, Madrid, 2002. Pág. 105.

FERRARI, V. «El incierto futuro de los derechos en el trabajo humano», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 52, 2019. Págs. 15-23.

FREDMAN, S. «Labour Law in Flux: The Changing Composition of the Workforce», *Part III: Judging the differences: The Role of the Courts; Industrial Law Journal, Volume 26, Issue 4*, December 1997. Págs. 345-352.

FREDMAN, S. «Transformation or dilution: fundamental rights in the EU social space», *European Law Journal*, 2006.

FREEDLAND, M. «The Personal Employment Contract», *Oxford Monographs on labour law*, 2003. Págs 13-52, 55-56,

FREEDLAND, M. «From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus», *Industrial Law Journal, Vol. 35, N° 1*, Industrial Law Society, Annual Oxford Conference, 2006, publicado tras la Conferencia Anual de la «Industrial Law Society» celebrada en septiembre de 2005, bajo el título «From the Contract of Employment to the Personal Work Contract».

FREEDLAND, M. «From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus», *Industrial Law Journal, Vol. 35, N° 1*, Industrial Law Society, Annual Oxford Conference, 2006. Págs. 10-13.

FREEDLAND, M. «The Legal construction of personal work relations», *Oxford Monographs on Labour Law*, 2011. Págs. 267-371, 385-432, 434-446.

FREEDLAND, M. «The segmentation of workers' rights and the legal analysis of personal work relations: redefining a problem», *Comparative labor law and policy journal*. Vol. 36, N° 2, 2015. Págs. 241-256.

FREEDLAND, M. y KOUNTOURIS, N. «The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 190-206.

FUDGE, J. «Labour as a 'Fictive Commodity': Radically Reconceptualizing Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press; 2011. Págs. 120-135.

FREEDLAND, M. y PRASSL, J. «Employees, workers and the 'sharing economy'. Changing practices and changing concepts in The United Kingdom», *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, N° 1-2, Vol. 6, November 2017. Págs. 16-29.

## G

GALDUF J. M<sup>a</sup> (Coord.). «Economía de la Unión Europea», *Civitas*, 7<sup>a</sup> Ed., 2013. Pág. 69 y ss.

GARCÍA CACHAFEIRO, F. «Fundamentos del derecho de la libre competencia» en *Derecho de la libre competencia comunitario y español* (Coord. BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. Y GÓMEZ SEGADE, J. A.). Págs. 58-59.

GÁRATE CASTRO, J. «La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques. Algunas cuestiones sobre su estructura», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 7, 2004. Este estudio forma parte de los resultados del proyecto de investigación «El Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de organización de la producción de bienes y servicios» subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (referencia BJU2003-02519).

GÁRATE CASTRO, F. J. «Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios», *Tirant lo Blanch*, 2012.

GÁRATE CASTRO, F. J. «La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques», *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales N° 66; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2018. Págs. 27-29 y 37-38, 45 y ss.

GÁRATE CASTRO, F. J. «La modificación de la Directiva 96/71/CE por la Directiva (UE) 2018/957: una mejor solución al conflicto entre la libre prestación de servicios y la protección sustantiva del trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Derecho de las relaciones laborales*, N° 11, 2019. Págs. 1064 a 1078.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. Y MUÑOZ MACHADO, S. (dir). «Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español», Vol. I, *Civitas*, Madrid, 1986. Págs. 255 y 274-312.

GARCÍA MURCIA, J. (Coord.) y GARCÍA TORRES, A. «Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Juruá*, 2016.

GARRIDO FALLA, F. Y FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. «Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999), *Civitas*, 3ª Ed., 2000. Pág. 68.

GARRIGUES, J. «Tratado de Derecho Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1964, tomo III, Vol. 1º. Págs. 227 y ss.

GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. «La transmisión de empresas en la Ley 12/2001. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia» [Coord. García Perrote, I.], en *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2022. La Ley 12/2001 y el ANC 2002*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

GARCÍA PERROTE, I. Y PALOMEQUE, M.C. «Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique De la Villa Gil, Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros (CEF)*, junio 2016. Págs. 659-666, 675-676 y 863-864.

GARCÍA TORRES, A. «Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia», Juruá, 2016.

GARETH DAVIES, T. «Understanding market Access. Exploring the economic rationality of different conceptions of free movement law», *German Law Journal*, Vol. 11, N° 8, 2010, Págs. 671-703.

GELABERT, J. «La productividad en el trabajo en los puertos de España. Una aproximación a partir de las memorias de los Servicios de Trabajos Portuarios». 1957-1969. Año 2005. Págs. 1-12.

GOERLICH PESET, J.M.; y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «Ordenamiento laboral y disciplina de mercado», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, N° 5, 2009. Págs. 119-136.

GOERLICH PESET, J.M. (Coord. GUAMÁN, A.). «Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia», *Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Consejo Económico y Social de España, Resumen Ejecutivo, 2011. Págs. 13, 14, 19-26, 29-34, 41-64.

GOERLICH PESET, J. M. «Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (Social) de 13 de julio de 2012», *Revista Aranzadi Doctrinal N° 1/2013 parte Estudio*, Pamplona, 2013, Pág. 8 y ss.

GOERLICH PESET, J. M. «El control del convenio colectivo por las autoridades administrativas de defensa de la competencia», *Temas Laborales N° 147/2019*. Pág. 67 y ss.

GOERLICH PESET, J. M. «Sostenella y no enmendalla: el insólito final de las actuaciones de la autoridad de la competencia sobre el acuerdo estatal de la estiba», *El Foro de Labos*, 24 de septiembre de 2020.

GOERLICH PESET, J. M. «Más entropía en la regulación convencional de la estiba. A propósito de la SAN 127/2021, de 31 de mayo», *El Foro de Labos*, 17 de junio de 2021.

GÓMEZ MUÑOZ, J.M. «La Unión Europea y su Tratado Constitucional ante la encrucijada», en AA.VV., Estudios Jurídicos sobre la Constitución Europea, Monográfico de la Revista Crónica Jurídica Hispalense, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006. Págs. 87-94 y prólogo.

GÓMEZ MUÑOZ, J.M. «Derecho del trabajo, libre competencia y ayudas de estado», Mergablum. Edición y Comunicación, Sevilla, 2007.

GÓMEZ MUÑOZ, J.M. «Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 130, 2015 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el impacto de la Jurisprudencia Europea sobre las Relaciones Laborales en España). Págs. 51-54, 55-61, 73-79.

GÓMEZ MUÑOZ, J.M. «La libre circulación de trabajadores; retrospectiva y evoluciones en el contexto europeo actual», *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Análisis de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Coord. GORELLI HERNÁNDEZ, J.), 2017. Pág. 55 y ss.

GONDRA ROMERO, JOSÉ M. <sup>a</sup>. «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. Y MUÑOZ MACHADO, S. (dir), «Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español», Vol. I, *Civitas*, Madrid, 1986. Pág. 280.

GONZÁLEZ LAXE, F. «La complejidad del sector de la estiba: un análisis económico-jurídico para el caso español», *Temas Laborales* N° 158/2021. Págs. 258-259.

GONZÁLEZ DE LENA, F. «Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986, Págs. 112-119.

GOLDIN, A. «Global Conceptualizations and Local Constructions of the Idea of Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press; 2011. Págs. 69-87.

GÓMEZ MUÑOZ, J.M. «La libre circulación de trabajadores; retrospectiva y evoluciones en el contexto europeo actual», *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Análisis de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (Coord. GORELLI HERNÁNDEZ, J.), 2017. Pág. 55 y ss.

GÓMEZ MUÑOZ, J.M. «Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 130, 2015 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre el impacto de la Jurisprudencia Europea sobre las Relaciones Laborales en España). Págs. 51-54.

GONZÁLEZ DE LENA, F. «Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986. Págs. 112-113.

GRECO P. «Il contratto di lavoro», Torino, 1942. Pág. 45 y ss.

GRUNFELD, C. «The Law of Redundancy», Ed. *Sweet & Maxwell*, London, 1989.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia», Thomson Aranzadi, 2008. Pág. 75, 81.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos (Parte Tercera): el Caso *Riffert*», *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, Vol. 1, N° 5, Julio 2008. Págs. 47-59.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «La incidencia de las libertades de circulación comunitarias en el Derecho del Trabajo: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del TCE», *Revista Aranzadi Unión Europea*, N° 6, enero de 2008.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea», Madrid, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, versión publicada en *ResearchGate*, mayo de 2011, Págs. 10-11, 14-17, 24-28, 36-46, 59.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «¿Normas internacionales versus Normas de la UE? De nuevo a propósito del caso Laval», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 11, 2014. Págs. 105-132.

GUERRA, P. «¿Es necesariamente precaria la flexibilización? Notas sobre las amplias, controvertidas y difusas interpretaciones del concepto de flexibilidad», Seminario Latinoamericano sobre Precarización del Empleo y Desgaste de Salud de los Trabajadores, CLACSO-PET, Santiago, Chile, 1994.

GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, B. «La extensión del ámbito subjetivo del derecho del trabajo», *Cuadernos de relaciones laborales*, Vol. 25, N° 2, 2007 (Ejemplar dedicado a: La transformación del Derecho del Trabajo). Págs. 29-37.

## H

HARRIS S.D. y KRUEGER, A.B. «A proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The ‘Independent Worker’», *The Hamilton Project*, December 2015.

HEPPLE, B. «Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe». *The idea of Labour Law*, Oxford, University Press, 2011. Págs. 30-41.

HILL S. «New Economy, New Social Contract. A Plan for a safety net in a multiemployer world», *New America*, August 2015.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. «El Reparto de Competencias Entre la Unión Europea y sus Estados Miembros», Tirant lo Blanch, 2006. Pág. 28 y ss., 125-126, 136, 142.

HOWE J. «The rise of Crowdsourcing» *Wired*, junio 2006, Pág. 176-179 en TODOLÍ SIGNES, A., «El impacto de la «uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor* 3/2015, N° 3, 2015.

HUNT, A. «Law, Politics and the Social Sciences», en OWEN, D., ed., «Sociology after Postmodernism», Londres, 1997. Pág. 104.

HYDE, A. «The Idea of the Idea of Labour Law: A Parable», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Pág. 88.

**I**

IANUZZI, M. «Le compagnie portuali», Giuffrè, Milano, 1954. Págs. 102 y ss.

IGUARTA MIRO, M. T. «Visión Panorámica de las relaciones laborales de carácter especial», Ediciones Laborum, S.L., 2003. Pág. 10.

**J**

JACKSON, M. P. «The Decasualization of Dock Labour», *Department of Sociology, University of Stirling*, enero de 1972, Págs. 19-20 y «Labour relations on the docks», Saxon House, Hants, 1973.

JENSEN, V. H. «Decasualization and modernization of dock work in London», *ILR Paperback*, 9, 1971.

**K**

KALULA, E. (*University of Cape Town*) y LÓPEZ, J. (*Universitat Pompeu Fabra*). «The ILO Supervisory Bodies at a Crossroads: A Discussion», en las ponencias presentadas en el curso de *Transnational Futures of International Labour Law (La justice sociale dans le monde du travail)*, impartido en el marco del «Labour law and development research laboratory» de la Universidad McGill (Canadá), enero 2020. <https://www.mcgill.ca/ldrl/what-we-teach/tfill>.

KOK, W. «Jobs, Jobs, Jobs. Creating more Employment in Europe». *Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kom*, November 2003. Págs. 12-14, 30-35.

**L**

LANGUILLE, B. «Labour Law's Theory of Justice». *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 101-115.

LAURIA, F. «Le compagnie portuale nel diritto interno e comunitario», Giuffrè, Milano, 1981. Pág. 32.

LA HOVARY, C. «The ILO's supervisory bodies 'soft law jurisprudence'» en BLACKETT, A. y TREBILCOCK, A. «Research Handbook on Transnational Labour Law». *Edward Elgar*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA. Págs. 316-328.

LENAERTS, K. Y VAN YPERSELE, P. «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3 B du traité CE», *Cahiers de droit européen*, Vol. 30, N° 1, 1-2, 1994. Págs. 75-80.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J. «Le principe de subsidiarité», *XVI Congrès de la FIDE*, Roma, 1994. Págs. 188-199.

LOI, P. «La función del riesgo en el paso de la seguridad a la 'flexiseguridad'». *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n° 2, 2007. Págs. 181-182, 187-188.

LOMBARDI, G. «La disciplina giuridica del lavoro portuale», Genova, 1977. Págs. 28 y ss.



LOY, G. «Apuntes sobre el Libro Verde ‘Modernizar el derecho del trabajo para afrontar los retos del siglo XXI’», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. N° 2, 2007. Págs. 172, 221-224.

LÓPEZ LÓPEZ, J. «Libre prestación de servicios y reembolso de gastos médicos», *Revista de derecho social*, N° 4, 1998. Págs. 119-128.

LÓPEZ LÓPEZ, J. «La regulación del despido en el contexto europeo: sobre el proceso de des-contractualización de la relación laboral», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 12, 2007. Págs. 1221-1235.

LÓPEZ LÓPEZ, J. CHACARTEGUI, C. y COLÁS, E., «Undermining Spain’s Floor of Minimal Labor Rights: The Proliferation of Legal Codes and Status Outcomes», Ponencia presentada en la Conferencia inaugural de la *Labour Law Research Network*, Barcelona, 13-15 de junio de 2013.

LÓPEZ LÓPEZ, J. «Segmentation and the debate on labor laws», *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 36, N° 2, 2015. Págs. 177-180.

LÓPEZ LÓPEZ, J. «Formalizing the Segmentation of Workers’ Rights: Tensions among Regulatory Levels», *Comparative labor law and policy journal*, N°2, 2015. Pág. 281.

## M

MACARIO. «Autoproduzione di servizi e tramonto dei monopoli fra normativa comunitaria e disciplina ‘antitrust’: la vicenda delle compagnie portuali», *Foro it.*, 1992, IV. Pág. 229.

MANGAS MARTÍN, A. «La Declaración del TC sobre el art. 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLIV, 1992. Págs. 382-392.

MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, J. «El sistema de competencias de la Comunidad Europea», Madrid, 1997.

MARTÍN VALVERDE, A. «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo: Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea (coord. Montoya Melgar, A., Martín Valverde, A. y Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.)*, 1990.

MARTÍN VALVERDE, A. «Trabajo asalariado y trabajo autónomo en el derecho comunitario europeo», *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo*, Ed. Tecnos, S.A., 1999. Págs. 73-74.

MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.; «La reforma del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», V Jornada de Actualización Laboral, 2001.

MARTÍNEZ MORENO, C. «El trabajo de alta dirección. Evolución histórica y fuentes de regulación», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 36, 1995. Págs. 15-86.

MARTÍNEZ SIERRA, J.M., GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. «Fuentes del Derecho y acuerdos colectivos: en torno al contexto y texto del artículo II-88 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *Ágora*, N° 12, 2005. Págs. 119 y ss.

MARTINS DE LIMA, E. y REIS SANTOS, P. M. «Principio de Subsidiariedad y Democracia, factores clave en el debate sobre atribución de competencias a la Unión Europea», *Conpedi Law Review*, Vol. 1, N° 16, 2016. Págs. 161-180.

MATORRAS DIAZ/CANEJA, A. y GARCIA DE LA ROJA, C. «La relación laboral especial de los estibadores portuarios», VV.AA. (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO), *Relaciones laborales y contratos con particularidades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011. Págs. 385-394.

MARQUÉS RUIZ, C.A. «La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en la C.E.E.», *Revista general de derecho*, N° 490-491, 1985. Págs. 2245-2264.

MEDINA C. «Le norme del código della navigazione sul monopolio delle compagnie portuali e sull'esercizio da parte di imprese di operazioni portuali per conto terzi alla luce dei principii fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea: il giudizio della Corte del Lussemburgo», *Il. Dir. Mar.*, II, 1992. Pág. 677 y ss.

MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C. «La estiba y desestiba portuaria. Un estudio desde el Derecho Administrativo», *Tesis doctoral dirigida por Juan Francisco Mestre Delgado*, Universitat de València, 2016. Pág. 519.

MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C. «La Controvertida solución al modelo de la estiba y desestiba portuaria español. Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2017, relativa al procedimiento de condena al Reino de España», *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 47, 2018. Págs. 17 y ss.

MESTRE DELGADO, J. F. «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea», *Derecho privado y Constitución*, N° 11, 1997. Págs. 131-156.

MIRANDA BOTO, J.M. «Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social: panorama y perspectivas de futuro», Ministerio de Trabajo e Inmigración, N° 92, 2011. Págs. 75-195.

MOLINA NAVARRETE, C. «El último capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2001. Págs. 221-22.

MOLINA NAVARRETE, C. «Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no la Comisión 'por boca' del TJUE? La STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13 y el fallido RDL 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los estibadores portuarios», *Centro de Estudios Financieros, Revista de trabajo y seguridad social*, N° 409, 2017. Págs. 1-2, 6-9 y 11-12.

MOLINA NAVARRETE, C. «Libertad de empresa, seguridad en el empleo y 'subrogación adaptativa': a propósito del 'desregulador' nuevo régimen de la estiba», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros (CEF)*, N° 411 (junio 2017). Págs. 105-123.

MOLINA NAVARRETE, C. «Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no la Comisión ‘por boca’ del TJUE? La STJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-576/13 y el fallido RDL 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los estibadores portuarios», *Estudios Financieros, Revisa de trabajo y seguridad social*, N° 409, 2017. Págs. 1-14.

MOLINA NAVARRETE, C. «El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria», *Wolters Kluwer*, Madrid, 2017. Pág. 320.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. «La función de la autonomía colectiva en el escenario postindustrial», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 5, marzo 2004.

MONTERO PASCUAL, J. J. «La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de derecho de la Unión Europea*, N° 14, 2008 (Ejemplar dedicado a: La directiva relativa a los servicios en el mercado interior, la Directiva Bolkestein). Págs. 103-115.

MONTOYA MELGAR, A. «Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador», *Civitas, Revista Española del Derecho del Trabajo*, N° 109, 2002. Págs. 5-7.

MONTOYA MELGAR, A. «Sobre Derecho y Trabajo en la obra de Manuel Alonso Olea». *Liber Amicorum. Economía, Empresa y Trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Thomson Civitas, 2003. Págs. 34-8.

MONTOYA MELGAR, A. «Derecho del Trabajo», Cuadragésima Primera Ed., Tecnos, 2020. Pág. 301.

MONTOYA MELGAR, A. «Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador», *Civitas, Revista Española del Derecho del Trabajo*, N° 109, 2002. Págs. 5-7.

MORILLO-VELARDE DEL PESO, J.A. Jefe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, en el «Informe Jurídico de Instalaciones Náuticas adscritas a Puertos del Estado», Valencia, 2020, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, Puertos del Estado, Gobierno de España.

MUNIARI F. «Compagnie portuali, imprese concessionarie e operazioni di imbarco e sbarco: il diritto comunitario e la Corte di Giustizia», *Il Dir. Mar.*, IV, 1991. Pág. 1.129 y ss.

MURILLO GARCÍA, E. y BAREA MATEA, M. T. «Principio de subsidiariedad y déficit democrático, factores clave en el debate sobre atribución de competencias a la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, N° 182, 2000. Págs. 9-24.

## N

NOGUERA MOLL, R. (Dir. MIRANDA BOTO, J. M<sup>a</sup>). «La libertad de empresa laboral en el ordenamiento jurídico europeo», *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ed. Cinca, 2018. Págs. 196-205.

NOTTEBOOM, T. «Dock labour and port -related employment in the European seaport system. Key factors to port competitiveness and reform», Informe para ESPO (*European Sea Ports Organization*), ITMMA, *University of Antwerp*, 2010.

## O

OANTA G.A. «La libre prestación de servicios en la Unión Europea: ¿un proyecto de integración ya finalizado o todavía un proyecto en marcha?», *Unión Europea Aranzadi*, N° 10, 2012. Págs. 81-104.

ODRIONZOLA LANDERAS, M. A. «La especialidad en la relación laboral de los estibadores portuarios», Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Zarautz, 2001. Págs. 44 y ss.

ODRIOZOLA LANDERAS, M. A. «A propósito de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general: su incidencia en el sector de la estiba y desestiba», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros (CEF)*, N° 267, 2005. Págs. 3-18.

ODRIOZOLA LANDERAS, M.A. «Situación del sector de la estiba cinco años después de la aprobación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros (CEF)*, N° 304, 2008.

OJEDA AVILÉS, A. «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, 1988. Pág. 148.

OJEDA AVILÉS, A. «El procedimiento de colocación, revisitado», Civitas, *Revista española de derecho del trabajo*, N° 14. Págs. 203-234.

OJEDA AVILÉS, A. «El exótico anexo del Real Decreto-ley de reforma de la estiba», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* 424, 2018. Págs. 15-41.

OJEDA AVILÉS A. «La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019», *La Ley*, 2019. Pág. 29 y ss., 34, 42 y ss, 62-68, 72, 79, 81, 91, 95 y ss., 126 y ss, 140 y ss., 167 y ss., 175, 181-182, 209, 212-226.

OJEDA AVILÉS, A. «Crítica de la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 18 de septiembre de 2020, sobre el Acuerdo Marco de la Estiba», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros (CEF)*, 453, diciembre de 2020. Págs. 171-184.

OJEDA AVILÉS, A. en «La impugnación del IV Acuerdo Marco de la Estiba: un problema laboral con solución mercantil», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros (CEF)*, agosto-septiembre 2021. Págs. 43-46.

ORTIZ BAQUERO, I. S. «La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia», *La Ley*, Madrid, 2011.

P

PABA, S. «Organizzazione del lavoro e relazioni industriali nei porti italiani», *Nuove relazioni industriali per l'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 1992. Págs. 108 y ss.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. «El desarrollo reglamentario del Estatuto de los Trabajadores (1980-1982)», *Revista de Política Social*, N° 137, enero-marzo 1983.

PALOMEQUE, M.C. «La noción de trabajador y el ámbito de la norma laboral», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 53, 2019. Págs. 10-14.

PALOMEQUE LÓPEZ, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. «Derecho del Trabajo», 26ª Ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018. Págs. 656-659.

PÁRAMO MONTERO, P. «Economía de plataformas y digitalización del trabajo: «uberlitigación» y tensiones en la relación laboral clásica», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 57, 2019. Págs. 27-49.

PARRA SERRANO, M. P. «Mejora de la competitividad del sistema portuario español mediante la optimización del servicio de manipulación de mercancías», *Tesis doctoral dirigida por José Luis Almazán Gárate*, Universidad Politécnica de Madrid, 2012, Pág. 225.

PAZOS PÉREZ, A. «La estiba portuaria tras la aprobación del Real Decreto 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», *Retos presentes y futuros de la política integrada de la Unión Europea*, Bosch Editor, 2017. Págs. 257-258, 271.

PERULLI, A. «Trabajo económicamente dependiente (trabajo parasubordinado): aspectos jurídicos, sociales y económicos», Unidad D/3 de la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales del estudio, *PE 324.303*, de 19 de junio de 2003. Pág. 13.

PESCATORE, P. «The Doctrine of 'Direct effect': an infant disease of Community Law», *European Law Review*, 2015. Págs. 135-153.

PIERBATTISTI D. «France Télécom y la internacionalización del *management*. La privatización de las telecomunicaciones en Francia y la Argentina (1990-2011)», *Trabajo y sociedad: Indagaciones sobre el empleo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas*, N° 21, 2013.

POLITAKIS, G.P. «Deconstructing flexibility in international labour Conventions», en la Parte 4 (Constitutional Theory and Current Issues) de *Les Normes Internationales Du Travail: Un Patrimoine Pour l'Avenir* (Jean-Claude Javillier et Bernard Gernigon), Bureau international du Travail, Genève, 2004. Págs. 463-492.

POIARES MADURO, M. «Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU» *The EU and Human rights*, Vol. 466, Oxford University Press, 1999; HEPPLER, B.; «Social and Labour Rights in a Global Context: International and Comparative Perspective», Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

POIARES MADURO, M. «*The Judicial Model of the European Economic Constitution and Article 30: Majoritarian Activism*», de «We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution», Hart, Oxford, 2002. Pág. 61 y ss.

POSADA, A. «El Derecho y la Cuestión Social» Madrid, Estudio preliminar de la versión española de MENGUER, A. «El Derecho Civil y los Pobres» (*Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*), 1ª Ed. Viena, 1890, Madrid, 1898. Pág. 8.

## Q

QUADRA-SALCEDO JANINI, T. «TJCE- Sentencia de 18.12.2007, Laval, C-341/05- Libre prestación de servicios- Desplazamiento de trabajadores – La supuesta legalización del ‘dumping’ social en el interior de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año nº 12, Nº 31, 2008. Págs. 835-848.

## R

RACCIATI, O. «Las transformaciones en el Mundo del Trabajo y el Derecho Laboral», *Riesgo, Flexibilización Laboral, Transformaciones y Derecho Laboral*, Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Facultad de Derecho. Págs. 1-34.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T. «Dictamen solicitado por la Secretaría General de Empleo y Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social acerca de una serie de cuestiones relativas a la regulación del trabajo de los estibadores portuarios», Universidad de Valencia, octubre de 1987.

RICCOMAGNO. «La Corte di Giustizia CEE e la disciplina italiana del lavoro portuale», *Foro pad.*, 1992, I. Pág. 312 y ss.

RIVERO LAMAS, J. «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000. Pág. 77.

ROCA ZAMORA, A. (COORD. GALDUF J. M<sup>a</sup>). «El sistema institucional de la Unión Europea» y «La realidad del mercado interior», en «Economía de la Unión Europea», *Civitas*, 7ª Ed., 2013. Págs. 69-89 y 189-214; respectivamente.

RODRÍGUEZ, J. M. «Estibadores portuarios y derecho de la competencia», *Anuario de Derecho Marítimo* (Dir. Prof. Arroyo, I.), Vol. XXVII, 2010. Págs. 85-94.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A. «Antigüedad computable en el cálculo de la indemnización por despido: en particular, el tiempo de prestación de servicios para una ETT (1). Sentencia comentada: STS de 12-4-2018 (recurso 1309/2016)», *Derecho de las relaciones laborales*, Nº 7, 2019. Págs. 691-699.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. «La responsabilidad ‘empresarial’ de la Administración en los accidentes de trabajo acaecidos en obras públicas», AAVV (Coord. Ortiz Castillo, F.M.; Sánchez-Rodas Navarro, C.; Rodríguez Iniesta, G.), «La responsabilidad del empresario», Ediciones Laborum, 2012. Págs. 163-165.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. «La reforma del trabajo en la estiba por la Unión Europea en el caso español, entre el efecto directo y la integración encubierta». *TEMAS LABORALES Nº 142/2018*. Págs. 53-78.

RODRIGUEZ PIÑERO, M. «La dependencia y extensión del ámbito del derecho del trabajo». *Revista de Política Social*, nº 71, julio-septiembre 1966. Pág. 149.

RODRÍGUEZ PIÑERO, «Derecho del Trabajo y disciplina de mercado», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N° 2, 2001. Págs. 89-102.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. «Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores», *Relaciones Laborales N° 1*, 2002, laleydigital. Págs. 7-8, 14-15, 16-17.

RODRÍGUEZ PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. «La libertad de establecimiento ex art. 49 TFUE y el régimen español del trabajo portuario», *Derecho de las relaciones laborales*, N° 1, abril 2015. Pág. 28-32.

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M. «Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo», *Temas laborales: Revista andaluza de derecho y bienestar social*, N° 100, 2, 2009 (Ejemplar dedicado a: Las Relaciones Laborales en Andalucía). Págs. 517-550.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO-FERRER, M. «Contratación colectiva, derecho de la competencia y trabajo autónomo», *Diario La Ley*, N° 8462, 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. «Nuevo régimen legal de la prestación de servicios de manipulación portuaria», *Derecho de las relaciones laborales*, N° 8, 2017. Págs. 678-681.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992. Págs. 298 y 409-410.

RODRÍGUEZ RAMOS, P. «La relación laboral especial de los estibadores portuarios», Ed. Trotta, 1997. Págs. 25-45, 49-50, 67-79, 95, 136-138, 142-145, 148-149, 165-167, 174 y ss., 183-187, 192, 209-212, 221.

RODRÍGUEZ RAMOS, P. «El régimen jurídico de la relación laboral de los estibadores: pasado, presente, futuro». *Temas Laborales N° 142/2018*. Págs. 82-86, 84, 106-108, 138-146.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R. «La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales», *Tesis dirigida por Vicente Antonio Martínez Abascal*, Universitat Rovira i Virgili, 2004. Pág. 136.

ROJO TORRECILLA, E. «La sentencia Viking: algo más que un paso atrás en los derechos de los trabajadores europeos y del modelo social europeo», *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 14 de diciembre de 2007.

ROJO TORRECILLA, E. «Transmisión de centro de actividad y derechos de los trabajadores. Aplicación ‘estática’ o ‘dinámica’ de convenio colectivo aplicable en virtud de lo dispuesto en el contrato de trabajo. ¿Cambio de criterio del TJUE? Notas a la sentencia de 27 de abril (asuntos C-680/15 y 681/15) y recordatorio de las conclusiones del abogado general», en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada crítica a las nuevas realidades laborales*, 27 de abril de 2017.

RON LATAS, R.P. «La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales» (Coord. Martínez Girón, J.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003. Págs. 47-49.

RUIZ CASTILLO, M.M. Y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. «El trabajo no retribuido». El Trabajo Autónomo y otras Formas de Trabajo No Asalariado (García Murcia, J., Dir.), Thomson Aranzadi, 2007. Págs. 448-449, 521 y ss.

RUIZ CASTILLO M<sup>a</sup> M., «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo «parasubordinado», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, N<sup>o</sup> 2, 1991, Pág. 138.

## S

SÁEZ LARA, C. «El control de legalidad del convenio colectivo», *Temas Laborales* N<sup>o</sup> 76/2004.

SALA FRANCO, T. «Derecho del Trabajo», Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Pág. 311.

SALCEDO BELTRÁN, C. «Prioridad de las libertades económicas frente a los derechos sociales. (A propósito de la STJUE de 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13), La Ley 116618/2014, *Revista de derecho social*, N<sup>o</sup> 67, 2014, Págs. 135-143.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. «El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002. Págs. 37-38.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. «El artículo 93 CE y el bloque de constitucionalidad: algunos problemas», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al prof. E. García de Enterría*, Tomo I, Madrid, 1991. Págs. 233-235.

SANGUINETTI RAYMOND, W. «Redes empresariales y Derecho del Trabajo», Ed. Comares, Granada, 2016. Págs. 126.

SANKARAN, K. «Informal Employment and the Challenges of Labour Law», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 223-232.

SANTORO PASSARELLI, G. «Nozioni di diritto del lavoro», Napoli, 1959. Pág. 80 y ss.

SCOTTI, L. «Compagnie portuali, natura dell'attività esercitata e rapporti con i propri 'soci'», *Riv. Dir. Nav.*, 1959, II. Pág. 164 y ss.

SEMPERE NAVARRO, A. «Los acuerdos colectivos de trabajo y la libre competencia entre empresas», *Aranzadi Social*, N<sup>o</sup> 3, 2013.

SELWIN, N. M. «Law of Employment», 7<sup>a</sup> Ed., *Butterworths*, London, 1991. Págs. 36-37.

SERRANO GARCÍA, J. «Efectos del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en la constitución europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2005, N<sup>o</sup> 57.

SERVAIS, J-M. «International Labour Law», 6<sup>a</sup> Ed., junio 2020.



SYRPIS, P. «In Defense of Subsidiarity», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, N° 2, 2004.

STONE, K. y CUMMINGS, S. «Labor Activism in Local Politics: From CBAs to ‘CBAs’», *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 273-291.

SUPIOT, A. «Transformation of labour and future of labour law in Europe», *Final Report*, junio 1998.

## T

TAPIA HERMIDA, A. «Libertades fundamentales (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y medidas de conflicto colectivo», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, N° 301, 2008. Págs. 79 a 116.

TENDY, J. y NOVITZ, T. «The Holship Case», *Industrial Law Journal* 2, 2018. Pág. 316.

THAYER, W. y NOVOA, P. «Manual de Derecho del Trabajo», Tomo II, 3ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, 1998. Pág. 125.

TODOLÍ SIGNES, A. «El impacto de la «uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo», *IUSLabor* 3/2015, N° 3, 2015.

TODOLÍ, A. «El trabajo en la era de la economía colaborativa», *Ed. Tirant lo Blanch*, febrero 2017.

TODOLÍ SIGNES, A. «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales», *Labour & Law Issues*, Vol. 6, N° 2, 2020.

TORRENT, R. en «Dictamen sobre el mejor modo de dar 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 (sentencia sobre la estiba)», Barcelona, 2017.

## V

VALDÉS DAL-RÉ, F. «Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo», Madrid, 1977. Pág. 17 y ss.

VALDÉS DAL-RÉ, F.L. «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, N° 26, mayo-agosto 1989.

VALDÉS DAL-RÉ, F. «La transmisión de empresa y las relaciones laborales», *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 2001.

VALDÉS DAL-RÉ, F. «El modelo español de la negociación colectiva», en la obra «El régimen jurídico de la negociación colectiva» (Coord. PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH PESET, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VALTICOS, N. & VON POTOBOSKY, G. «International labour law», 2ª Ed., 1995.

VAN HOOYDONK, E. «Port labour in the EU», I, Estudio encomendado por la Unión Europea, Informe Final, Bruselas, 2013. Dieciséis Estados miembros tienen un mercado regulado en la estiba. *Study commissioned by the European Commission, Brussels Contract Number MOVE/C2/2010-81/SI2.588013*.

VARA DE PAZ, N. «La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios», *Revista de derecho mercantil*, N° 161-162 y 1981. Págs. 457-522.

VERHOEVEN, A. «The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory», Kluwer 38, La Haya, Ed. 1ª, 2002. Págs. 60-63.

VILLAR ROJAS, F. J. «La libertad europea de establecimiento: restricciones justificadas y no justificadas (A propósito de la STJUE sobre la estiba en los puertos españoles), *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*, (Coord. Laguna de Paz, J. C., Sanz Rubiales, I., De Los Mozos Touya, I.; Martínez López-Muñiz, J. L.), Vol. 1, Tomo 1, 2017. Págs. 328 y ss.

VOLLI. «Contributo all'esame dei rapporti tra la compagnia e la impresa portuali», *Riv. Dir. Nav.*; 1959, II. Pág. 29 y ss.

## W

WEBER, E. «Setting out for Digital Social Security», *Institute for Employment Research (IAB), Research Department Working Paper n° 34*, International Labour Office (ILO), September 2018.

WEILER, J. H. H. «The Reformation of European Constitutionalism», *Journal Common Market Studies*, Vol. 35, N° 1, 1997. Págs. 123-125.

WEISS M. «Re-Inventing Labour Law? », *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011. Págs. 43-56.

## Y

YANES YANES, P. en «Informe sobre la adaptación de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) a las previsiones de la Ley 4/2022, de 25 de febrero (Disposiciones final primera y transitoria única) y el derecho de separación de los socios disconformes con la adaptación». Págs. 23-24.

## W

WISH, R. «Competition Law», 4ª Ed., *Burthworths*, Londres, 2001. Pág. 71.

## Z

ZACHERT, U. «La negociación colectiva en Alemania», *La negociación colectiva en Europa*, 2004, Págs. 29-51.

## PRINCIPAL JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

### Tribunal de Justicia

Asunto 26/62, *Van Gend en Loos c. Administración Tributaria neerlandesa*.

Asunto 6/64, *Flaminio Costa/ENEL*.

Asunto 44/79, *Liselotte Haver*.

Asunto 2/73, *Riseria Luigi Geddo / Ente Nazionale Risi*.

Asunto 2/74, *Jean Reyners / Etat belge*.

Asunto 36/74, *Walrave*.

Asunto 43-75, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*.

Asunto 196/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato contra SpA Simmenthal*.

Asunto 115/78, *J. Knoors – Staatssecretaris van Economische Zaken*.

Asunto C-120/78, *Rewe-Zentral*.

Asunto 258/78, *Nungesser*.

(Asunto 44/79, *Liselotte Hauer*.

Asunto 102/79, *Comisión c. Bélgica*.

Asunto 193/80, *Comisión contra República Italiana*.

Asunto C-279/80, *Alfred John Webb*.

Asunto 8/81, *Becker*.

Asunto 53/81, *Levin*.

Asunto 15/81, *Gaston Schul Douane Expéditeur BV e Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*.

Asuntos acumulados C-62/81 y C-63/81, *Seco*.

Asuntos 115 y 116/81, *Adoui y Cornuaille*.

Asunto C-105/84, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark/Danmols Inventar*.

Asunto 107/83, *Ordre des avocats au barreau de Paris / Onno Klopp*.

Asuntos acumulados 60/84 y 61/84, *Cinéthèque*.

Asunto 81/87, *The Queen / HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*.

Asunto C-33/89, *Maria Kowalska c/ Freie und Hansestadt Hamburg*.

Asuntos acumulados C-100/89 y C-101/89, *Kaefer y Procacci c. Estado francés*.

Asunto C-113/89, *Rusch Portuguesa*.

Asunto C-184/89, *Helga Nimz c/ Freie und Hansestadt Hamburg*.

Asunto C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros / Commissariaat voor de Media*

Asunto C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v. Siderugica Gabrielli*.

Asuntos C-72 y C-73/91), *Sloman Neptun*.

Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, *Keck*.

Asunto C-19/92, *Dieter Kraus / Land Baden – Württemberg*.

Asunto C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL / Jean-Marc Bosman*.

Asunto C-55/94, *Reinhard Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.

Asunto C-150/94, *Reino Unido c. Consejo*.

Asunto C-233/94, *Alemania c. Parlamento y Consejo*.

Asunto C-265/95, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*.

Asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, *Comisión y Francia/Landbroke Racing*.

Asunto C-398/95, *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion / Ypourgos Ergasias*.

Asunto C-67/96, *Albany e Informe de las conclusiones del Abogado General Jacobs*

Asunto C-163/96, *Raso*.

Asuntos C-369/96 y C-376/96, *Arblade*.

Asunto C-7/97, *Bronner*.

Asunto C-115/97 a C-117/97, *Brentjen's*.

Asunto C-219/97, *Drijvende Bokken*.

Asunto C-22/98, *Becu*.

Asunto C-165/98, *Mazçoleni*.

Asuntos C-180 a 184/98, *Pavlov*.

Asunto C-222/98, *Van der Woude*.

Asunto C-377/98, *Países Bajos c. Parlamento Europeo y Consejo*

Asunto C-164/99, *Portugaia Construções Ld<sup>a</sup>*.

Asunto C-51/00, *Temco*.

Asunto C-112/00, *Schmidberger*.

Asunto C-279/00, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*.

Asunto C-491/01, *British American Tobacco*.

Asunto C-36/02, *Omega*.

Asunto C-60/03, *Wolff & Müller*.

Asunto C-140/03, *Comisión – República Helénica*.

Asunto C-54/05, *Comisión / Finlandia*

Asunto C-341/05, *Laval*.

Asunto C-438/05, *Viking*.

Asunto C-458/05, *Jouini*

Asunto C-319/06, *Comisión contra Luxemburgo*.

Asunto C-346/06, *Dirk Ruffert / Land Niedersachsen*.

Asunto C-116/06, *Kiiski*.

Asunto C-244/06, *Dynamic Medien*.

Asuntos acumulados C-501/06 P y otros, *GlaxoSmithKline*.

Asunto C-319/07, *Comisión c. Reino de Dinamarca y Reino de Noruega*.

Asunto C-271/08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*.

Asunto C-356/08, *Comisión / Austria*.

Asunto C-400/08, *Comisión / España*.

Asunto C-438/08, *Comisión / República Portuguesa*.

Asunto C-89/09, *Comisión / Francia*

Asunto C-428-09, *Union Syndicale Solidaires Isère*.

Asunto C-437/09, *AG2R Prévoyance*.

Asunto C-518/09, *Comisión / República Portuguesa*.

Asunto C-393/10, *Dermod Patricke O'Brien and Ministry of Justice*.

Asunto C-539/12, *Lock*.

Asunto C-396/13, *Sähköalojen ammattiliittory*.

Asunto C-396/13, *Sähköalojen ammattiliittory*.

Asunto C-413/13, *FNV Kunsten Informatie*.

Asunto C-576/13, *Comisión / Reino de España*.

Asuntos acumulados C-407/19 y 471/19, *Katoen Natie Bulk Terminals y General Services Antwerp*.

Asunto C-462/19, *ANESCO and others* (Petición prejudicial CNMC).

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 10 de septiembre de 2021, Sol. N° 45487/17

**Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio**

Sentencia del TJEFTA de 19 de abril de 2016, E-14/15.

## SENTENCIAS DE ÓRGANOS JUDICIALES ESPAÑOLES

### **Tribunal Constitucional**

Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1982 (BOE núm. 137, de 9 de junio de 1982).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 1983 (BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1983).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1983 (BOE núm.144, de 17 de junio de 1983).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1984 (BOE núm. 69, de 9 de marzo de 1984).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de marzo de 1988 (BOE núm. 89, de 13 de abril de 1988).

### **Tribunal Supremo**

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1983 [1983\1939].

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1983 [1983\3701].

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 1990 (Pte.: Excmo. Sr. Mariano Sampedro Corral).

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1990 (Pte.: Excmo. Sr. Leonardo Bris Montes).

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 1994, RCUUD núm. 615/1993.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 1995, Rec. 692/1991.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 29 de diciembre de 1999, RCUUD núm. 1093/1999.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2002, RCUUD núm. 2869/2001.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2003, RCUUD núm. 677/2003.



Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, RCUd núm. 5319/2003.

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2005, RCUd núm. 2109/2004.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2005, RCUd núm. 2606/2004.

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2007, RCUd núm. 5580/2005.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2008, RCUd núm. 3599/2008.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008, RCUd núm. 4301/2007.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009, RCUd núm. 1709/2007.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2009, RCUd núm. 170/2009.

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010, RCUd núm. 1443/2009.

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2010, RCUd núm. 2010/2009.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Rec. núm. 153/2009.

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2010, RCUd núm. 253/2010.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2010, Rec. núm. 153/2009.

Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012, Rec. núm. 4234/2010.

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012, RCUd núm. 536/2012.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2014, RCUd núm. 3205/2012.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015, RCUd núm. 5871/14.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2015, Rec. 64/2014.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2016, RCUD núm. 2269/2014.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2018, Rec. 47/2018.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2018, RCUD núm. 3394/2015.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018, RCUD núm. 2228/2015.

Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 2016, RCUD núm. 539/2015.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2018, RCUD núm. 3082/2015.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 2018, RCUD núm. 3394/2015.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 2018, RCUD núm. 3389/2015.

Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2016, Rec. núm. 1666/2013.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 20 de julio de 2022, RCUD núm. 1273/2019.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2020 RCUD núm. 4746/2019.

### **Audiencia Nacional**

Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2009, Procedimiento Núm. 1/2009.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2010, Rec. núm. 5/2009.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012, Rec. núm. 800/2009.

Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional núm. 127/2021, de 19 de julio de 2021, registrada y publicada por Resolución de 7 de julio de 2021 en el BOE núm. 171, de 19 de julio de 2021.

Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional núm. 151/2022, de 17 de noviembre.

### **Tribunales Superiores de Justicia**

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de febrero 1992 (Rec. núm. 4506/91).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de 19 de marzo de 2002 (Rec. núm. 3221/2001).

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sección 1ª, de 12 de julio de 2007 (Rec. 1481/2005).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Social, Sección 1ª, de 28 de mayo de 2009 (Rec. 251/2009).

Sentencia nº 1818/2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de julio de 2019 (Rec. 1143/2019).

Sentencia núm. 715/2019, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de septiembre de 2019 (Rec. 195/2019).

Sentencia nº 1155/2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2019 (*Glovo*), Rec. 588/2019.

Sentencia nº 1223/2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2019 (*Glovo*), Rec. 714/2019.

### **Juzgados de lo Social o de instancia**

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid nº 30/2017, de 2 de febrero de 2017.

Sentencia nº 213/2018 del Juzgado de lo Social nº 11 de Barcelona, de 29 de mayo de 2018 (*Take Eat Easy*).

Sentencia nº 53/2019 del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019 (*Glovo*).

Sentencia nº 61/2019 del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, de 20 de febrero de 2019 (*Glovo*).

Sentencia nº 193/2019 del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019  
(*Deliveroo*).

Sentencia nº 188/2019 del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019  
(*Deliveroo*).

## DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Actas de la 94ª reunión del Consejo de Administración de la OIT. Londres, 25-31 de enero de 1945.

Informe para el debate de la Reunión tripartita sobre los problemas de carácter social y laboral producidos por los ajustes estructurales en la industria portuaria», OIT, Ginebra, 1996.

Reunión tripartita sobre los problemas de carácter social y laboral producidos por los ajustes estructurales en la industria portuaria», Ginebra, 20-24 de mayo de 1996, *Nota sobre las labores*, documento TMPI/1996/10.

Documento GB.283/LILS/WP/PRS/1/2, de seguimiento de las recomendaciones del Grupo de Trabajo «Cartier».

CIT, 90.ª reunión, 2002; Informe III (Parte 1B), Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. «Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973.

«Diálogo social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa», Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión, 2013.

328.ª reunión Consejo Administración OIT. Informe de la segunda reunión del Grupo de Trabajo MEN (OIT), Ginebra, 27 de octubre – 10 de noviembre de 2016. GB.328/INS/3 (Add).

331.ª reunión Consejo Administración OIT. Informe de la tercera reunión del Grupo de Trabajo MEN (OIT), Ginebra, 26 de octubre – 9 de noviembre de 2017. GB.331/LILS/2.

334.ª reunión Consejo Administración OIT. Informe de la cuarta reunión del Grupo de Trabajo MEN (OIT), Ginebra, 25 de octubre – 8 de noviembre de 2018. GB.334/LILS/3.

337.ª reunión Consejo Administración OIT. Informe de la quinta reunión del Grupo de Trabajo MEN (OIT), Ginebra, 24 de octubre – 7 de noviembre de 2019. GB.337/LILS/1.

Informe sobre «Futuro del Trabajo» de 22 de enero de 2019, *Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo*, Organización Internacional del Trabajo (OIT).

343.ª reunión Consejo Administración OIT. Informe de la sexta reunión del Grupo de Trabajo MEN (OIT), Ginebra, 13-17 septiembre de 2021. GB.343/LILS/1.

346.ª reunión Consejo Administración OIT. Informe de la séptima reunión del Grupo de Trabajo MEN (OIT), Ginebra, octubre-noviembre 2022 (BG.346/LILS/1).

«Futuro del Trabajo» de 22 de enero de 2019, *Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo*, Organización Internacional del Trabajo (OIT).

«The key role of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Monitoring Compliance with International Labour Standards». International Labour Office, *Geneva*, ILO, 2019. *Centenary Edition*. 2019.

## DOCUMENTOS COMUNITARIOS

Libro Verde, de 10 de diciembre de 1997, sobre los puertos y las infraestructuras marítimas (COM (97) 678 final).

Documento GB.282/2/1, Parte II, 112. «Un enfoque integrado del trabajo en los puertos». Ginebra, 26 de octubre de 2001.

COM/2001/0035 final. Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Refuerzo de la calidad de los servicios en los puertos de mar: una clave para el transporte europeo».

COM/2001/0035 final – COD 2001/0047. Diario Oficial n° 154 E de 29/05/2001, p. 0290 – 0296. Propuesta de Directiva sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios.

Informe Jarzembowski (A5-0354/2001) - Acceso al mercado de los servicios portuarios sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios [COM (2001) 35 - C5-0078/2001 - 2001/0047(COD)]. Comisión de Política Regional, Transportes y Turismo.

Documento GB.283/LILS/WP/PRS/1/2, de seguimiento de las recomendaciones del Grupo de Trabajo «Cartier».

Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios (COM/2004/0654 final - COD 2004/0240).

«Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios [COM (2004)0654-C6-0147/2004-2004/0240(COD)]; Comisión de Transportes y Turismo. Ponente: Georg Jarzembowski.

Comunicación al Consejo Europeo de primavera de 2 de febrero de 2005 «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo - Relanzamiento de la estrategia de Lisboa. Comunicación del Presidente Barroso de común acuerdo con el Vicepresidente Verheugen» [COM(2005) 24 final – no publicado en el Diario Oficial].

«Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor» para la Comisión de Transportes y Turismo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios» [COM (2004)0654-C6-0147/2004-2004/0240(COD)], de 16 de septiembre de 2005. Ponente: Eva-Britt Svensson.

«Opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales» para la Comisión de Transportes y Turismo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios» [COM (2004)0654-C6-0147/2004-2004/0240(COD)], de 19 de septiembre de 2005. Ponente: Stephen Hughes.

Informe Anual sobre el Crecimiento y el Empleo (25.1.2006) de la Comisión Europea [COM (2006) 30 final]: «Ha llegado la hora de acelerar. La nueva asociación para el crecimiento y el empleo».

Libro Verde «Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI» de la Comisión de las Comunidades Europeas. COM (2006) 708 final, Bruselas, 22 de noviembre de 2006.

Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI [2007/2023(INI)].

«Comunicación sobre una política portuaria europea». Bruselas, 10 de octubre de 2007 (COM (2007) 616 final. Comisión de las Comunidades Europeas, que pretende poner en aplicación la previa Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Una política marítima integrada para la Unión Europea» [COM (2007)575 final].

COM (2011)897 final. Propuesta de Directiva sobre la adjudicación de contratos de concesión.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. «Acta del Mercado Único II. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. Juntos por un nuevo crecimiento». Bruselas, 3 de octubre de 2012 (COM (2011) 206 final).

Comunicación de la Comisión «Puertos: motor de crecimiento». Bruselas, 23 de mayo de 2013 (COM (2013) 295 final).

Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas», COM/2015/0550 final.

Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017 (2017/2003/INI).

Decisión (UE) 2020/135 del Consejo de 30 de enero de 2020, relativa a la celebración del Acuerdo sobre retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

«EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM/2010/2020 final)».



## DATOS SOBRE LA LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR DE LA ESTIBA EN ESPAÑA

La Disposición Adicional 1ª del RD-Ley 9/2019, de 29 de marzo, estableció que el Ministerio de Fomento (actualmente, de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana) debía remitir anualmente a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos un informe que recogiera la evolución de la liberalización del sector de la estiba.

El Ministerio asumió el encargo de proporcionar los indicadores necesarios para realizar el Informe a Puertos del Estado, el cual se ha apoyado en el Observatorio para la elaboración de los indicadores y para el desarrollo de un análisis de estos. Durante el año 2020, finalizó el desarrollo del Documento de Análisis de la evolución del sector de la estiba en España correspondiente al año 2019.

En la página web de Puertos del Estado, sección de «Observatorio de los servicios portuarios», no figuran Informes de Competitividad publicados tras la mentada norma legal. Únicamente consta la Memoria Anual de 2020<sup>1483</sup> en la cual se recoge la obligación contenida en el citado RD-Ley 9/2019.

Se ha podido acceder, sin embargo, a la síntesis del borrador de «Documento de Análisis de la Evolución de la Liberalización del Sector de la Estiba en España» correspondiente al año 2020, presentado en la última reunión del Observatorio Permanente del Mercado de los Servicios Portuarios.

### **Plantilla:**

En el mentado borrador, se indica que en el año 2020 los puertos españoles contaban con un total de 7.325 estibadores de media; si bien fue un año de caída de tráfico y que difícilmente podría servir como parámetro objetivo de referencia en orden al análisis de los efectos de la liberalización.

Siguiendo los datos compartidos en el informe, la media de trabajadores en plantilla en los CPE y SAGEP, respectivamente, ascendió a 6.289 estibadores portuarios (en el año 2019, fueron 6.382, descendiendo en 2020 un 1,45%<sup>1484</sup>). Por su lado, un total de 730 estibadores de media habrían estado contratados por empresas estibadoras con licencia para la manipulación de mercancías (en el año 2019 fueron 614, por lo que crecieron un 18,9%) y, a través de ETT, un total de 306 trabajadores. Con respecto al uso de las ETT, partiendo de un total de 293 en el año 2019, se habría incrementado la contratación a través de ETT un 4,4% (13 adicionales).

En términos globales, pues, el total de estibadores contratados en los puertos españoles en el año 2020 fue de 7.325.

---

<sup>1483</sup>

[https://observatorio.puertos.es/DOC\\_PUBLICOS/MEMORIA%20ANUAL%20OBSERVATORIO%202020.pdf](https://observatorio.puertos.es/DOC_PUBLICOS/MEMORIA%20ANUAL%20OBSERVATORIO%202020.pdf)

<sup>1484</sup> Del primer al cuarto trimestre del año 2020 la plantilla de estibadores de los CPE disminuyó, pasando de 6.352 a 6.184, produciéndose una reducción en las plantillas de los CPE de 168 (2,63%) entre los indicados trimestres.

### **Certificados de Profesionalidad:**

En el ámbito de la certificación de la profesionalidad, en julio de 2021, un total de doce centros de formación estarían acreditado en España para expedir certificados de profesionalidad para «Operaciones de carga, estiba, descarga, desestiba» según el Informe del Observatorio. A pesar de las dificultades intrínsecas a la pandemia por COVID-19, en el año 2020 se emitieron un total de 24 nuevos certificados. Para el año 2021, constaba una oferta total de 69 plazas para la obtención del referido certificado.

### **Temporalidad:**

En el año 2020, todos los estibadores portuarios de los CPE tenían suscrito un contrato de trabajo a tiempo indefinido. Los trabajadores de las ETT, tenían suscritos contratos temporales y, el 20,2% de los estibadores en plantilla de las empresas, estaban contratados a través de modalidades temporales. En ninguno de los cuatro momentos en que se testó el mercado laboral de la estiba a lo largo del año 2020 constaron suscritos contratos para la formación y el aprendizaje. Ni en los CPE, ni en las SAGEP, las ETT o las empresas estibadoras.

### **Creación de CPE**

De las 36 SAGEP existentes a mediados del año 2017 en el mercado de la estiba español, a fecha del informe, se habían extinguido o estaban en proceso de disolución un total de 4: A Coruña, Ferrol, Marín-Ría de Pontevedra y Vilagarcía. Un total de 32 sociedades optaron por transformarse en CPE.

En el año 2019, se habían creado un total de 21 CPE que, aunados a los 3 creados en el año 2018, totalizaban 24.

Durante el año 2020, se transformaron 8 SAGEP más, de modo que, a mayo de 2021, constaban un total de 32 CPE constituidos, un 89% sobre las 36 SAGEP existentes inicialmente.

El CPE con un mayor volumen de plantilla en el año 2020 fue el de Algeciras, con un total de 1.726 estibadores portuarios, seguido del CPE de Valencia, con 1.523 estibadores. En tercera posición, estuvo el CPE de Barcelona, con 903 estibadores. Finalmente, el de Las Palmas (331) y Bilbao (313).

### **Títulos habilitantes de las empresas estibadoras**

Según el borrador del informe realizado por el Observatorio Permanente del Mercado de los Servicios Portuarios -pues el definitivo no consta publicado- al cerrar el año 2020 constaban un total de 177 títulos habilitantes para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. La Autoridad Portuaria de Barcelona fue la que más títulos comprendía (14), seguida de Valencia (13), Cartagena y Las Palmas (11) y Bahía de Algeciras, Gijón y Santander (9).

### **ETT**

En el año 2020 un total de 9 ETT habrían puesto a disposición estibadores portuarios a empresas estibadoras, en hasta 13 puertos del sistema portuario de interés general. Ello

supone una empresa adicional con respecto a los datos del año 2019, así como la prestación del servicio en un total de 6 puertos nuevos.

---