

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia
D^a MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^o 151/2022

Fecha de Juicio: 4/10/2022

Fecha Sentencia: 17/11/2022

Fecha Auto Aclaración:

Tipo y núm. Procedimiento: IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000219 /2022

Ponente: ANA SANCHO ARANZASTI

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

Demandado/s: ASOC.NAC. DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES (ANESCO), COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR (COORDINADORA), FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS, FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UGT , CIG, LAB, ELA

Ministerio Fiscal

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia: *Se desestima la demanda interpuesta por la Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias (ASOPORT) impugnando el V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. La Sala, realizando un recorrido que analiza la evolución de la legislación nacional en el sector de la estiba, la incidencia que sobre la misma ha producido la jurisprudencia europea, así como las normas de competencia que pudieran ser aplicables, alcanza la conclusión de que el V Acuerdo Marco es acorde a la legislación vigente en materia de negociación colectiva, derecho de la competencia y libertad de empresa, desestimando asimismo la vulneración de derechos fundamentales (derecho a la igualdad, art. 14 CE) que se anudaba a la ilegalidad del convenio.*



AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-
GOYA 14 (MADRID)
Tfno: 914007258
Correo electrónico:
Equipo/usuario: MAD
NIG: 28079 24 4 2022 0000223
Modelo: ANS105 SENTENCIA

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000219 /2022

Procedimiento de origen: /
Sobre: IMPUG.CONVENIOS

Ponente Ilma. Sra.: ANA SANCHO ARANZASTI

SENTENCIA 151/2022

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

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

D. RAMÓN GALLO LLANOS
D^a ANA SANCHO ARANZASTI

En MADRID, a diecisiete de noviembre de dos mil veintidós.

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

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000219 /2022 seguido por demanda de ASOCIACION ESTATAL DE EMPRESAS OPERADORAS PORTUARIAS (ASOPORT) (Letrado D. Jordi Puigbó Oromí) contra la ASOC.NAC. DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES (ANESCO) (Letrado D. Mario Barros García), COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR (COORDINADORA) (Letrado D. Víctor Manuel Díaz Domínguez), FEDERACION DE SERVICIOS A LA CIUDADANIA DE COMISIONES OBRERAS (Letrada D^a Rosa González Rozas), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES (Letrado D. Desiderio J. Martín Jorredo), CIG (no comparece), LAB (no

comparece), ELA (no comparece), con intervención del MINISTERIO FISCAL sobre IMPUG.CONVENIOS. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dña. ANA SANCHO ARANZASTI.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 1-7-2022 fue interpuesta demanda por la Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias (ASOPORT) frente a la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (COORDINADORA), Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CC.OO.), en la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que en la misma se exponían, suplicaba se estimase la demanda, declarando “la nulidad de pleno derecho en los términos que resultan de las fundamentaciones jurídicas precedentes de los artículos 6, 11, 12, 13, 15, 17, 18, 19, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 44, 54, 55, 63, disposición adicional segunda y la disposición transitoria del V Acuerdo Marco” para la regulación de las condiciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 5 de julio de 2022, las partes fueron citadas, junto con el Ministerio Fiscal, a los actos de conciliación y juicio el día 4-10-2022. El 15-9-2022, por la representación letrada de ASOPORT se presentó escrito ampliando los hechos de la demanda, adicionando a los artículos impugnados en el escrito rector, el art. 23 del V Acuerdo Marco, solicitándose su declaración de nulidad. Asimismo, el 28-9-2022, por la representación letrada de ASOPORT se presentó escrito ampliando la demanda frente a todas las representaciones integrantes de la comisión negociadora del convenio/acuerdo, en concreto frente a Confederación Sindical Galega (CIG), Langile Avbertzaleen Bartzordeak (ELBA), Eusko Langileen Alkartasuna (LAB). De ambas ampliaciones se dio el oportuno traslado al resto de partes, citándose a las nuevas codemandadas a los actos de conciliación y juicio.

TERCERO.- Llegado el día 4-10-2022, las partes comparecieron a la Sala de vistas , celebrándose acto de conciliación sin avenencia para pasar a continuación a celebrarse el acto de juicio.

ASOPORT ratificó su escrito de demanda y ante las alegaciones atinentes a las discrepancias existentes entre la fundamentación de su demanda, que instaba la declaración de nulidad de determinados apartados de los preceptos impugnados, y el suplico de la demanda, que realizaba una referencia completa a dichos preceptos sin indicar apartado alguno, procedió a aclarar el mismo, manifestando que la nulidad de los preceptos debía articularse a la luz de lo expuesto en la fundamentación jurídica de la demanda, es decir, tomando en consideración sólo los apartados allí expuestos y no los preceptos completos.

ANESCO se opuso a la demanda y alegó la falta de legitimación activa de ASOPORT respecto a la acción de tutela de Derechos Fundamentales que se oponía en la demanda. Tras efectuar un recorrido por la legislación que entendía más relevante para la resolución del pleito, y que incidía directamente en su objeto, señaló que el V Acuerdo Marco ha sido revisado hasta en cuatro ocasiones por la CNMC y que fue siendo modificado conforme a sus indicaciones; que la sentencia dictada por esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 31-5-2021 y que tenía por objeto resolver la impugnación del IV Acuerdo Marco

fue dictada en un contexto legal distinto, sin que pueda vincular a la que ahora se dicte; y que la Sentencia Albany, dictada por el TJUE sobre la que sustenta su petición ASOPORT lo que declara es que los convenios colectivos cumplen un papel de protección y tutela y no están sometidos a normas de competencia, siempre que sean auténticos convenios colectivos y su objeto venga referido a la regulación de las condiciones de trabajo. Concluyó que por ende, si atendemos a los preceptos impugnados y a la naturaleza de convenio colectivo del V Acuerdo Marco, se comprueba que su objeto es la mejora de las condiciones de los trabajadores de la estiba. A continuación llevó a cabo una pormenorizada contestación a cada una de las peticiones de nulidad contenidas en la demanda (23 en total) y que se dan por reproducidas, dada su extensión, en los términos expuestos en la grabación de la vista.

COORDINADORA Se opuso a la demanda y se adhirió a los a los argumentos previos, realizando varias puntualizaciones: a) Convenio 137 OIT sobre la estiba portuaria. La norma internacional, aboga porque la negociación colectiva aborde los aspectos tratados en el V Acuerdo Marco; b) Las ETT no son empleadoras de los estibadores portuarios. Las empresas puede nutrirse eventualmente de una ETT, con carácter permanente de los CPE; c) La demanda establece una línea argumental muy parcializada ; y d) Se han pasado los filtros de la comisión nacional de la competencia. A continuación, realizó la puntualización respecto a la impugnación de ciertos preceptos del V Acuerdo Marco, a saber:

1.- Art. 6.5: La CPSE se le asignan funciones adicionales. La jurisprudencia permite esa posibilidad.

2.- Art. 12: Otros convenios colectivos hacen lo mismo (los aportará).

3.- Art. 13.2.d): movilidad profesional. Lo que quieren las empresas es ocupar a los trabajadores que están en sus empresas o en los CPES. Art. 39.2 ET.

4.- Art. 17: Clasificación profesional: Servicio de manipulación de mercancías: es de la empresa, no del trabajador como se dice en la demanda.

5.- Superación pruebas de ingreso y capacitación profesional: se dice que se establecen condiciones adicionales que restringen el acceso a la profesión. Eso no es cierto, para ello se tiene que obtener el certificado de profesionalidad, y lo que prevé el CC no modifica esto ni restringe el acceso al empleo. Cuestión distinta es el proceso selectivo y valoración de méritos.

6.- Art. 38: Jornada máxima. Sentencias que permiten la distinción, dependiendo de las circunstancias.

UGT se opuso a la demanda y alegó la excepción de falta de legitimación activa por entender que ASOPORT se había arrogado la representación de las ETTS y sus empleados. Apuntó que en diversos apartados de la demanda, se entraba en cuestiones de lesividad, afirmándose que las ETTS reciben un trato discriminatorio. Y que no puede afirmarse que el V Acuerdo Marco regule las condiciones de las ETT en el sector. (Ejemplos de lo anterior: párrafos 9 y 10, 231 y 232, 234, 240, 250-251 y 254 de la demanda).

Respecto al fondo del asunto, se centró en la impugnación del art. 6.3.c), art. 28: párrafo 261 de la demanda (Información sensible. La información no se remite a las empresas competidoras); art. 54. 2 e) y f): Copia literal art.10 del acuerdo nacional de formación entre gobierno y sindicatos y art. 55: Información de prevención. Ley de formación profesional.

CCOO se opuso a la demanda, adhiriéndose a las consideraciones anteriores. Puntualizó respecto a la pretensión de la demanda contenida en su párrafo 169 que las obligaciones impuestas a CPES se apoyan en la reforma de la LETT.

ASOPORT contestó a las excepciones opuestas, entendiendo que no debían ser estimadas, pues: a) respecto a la falta de legitimación activa por vulneración de Derechos Fundamentales, no se alega la vulneración de la libertad sindical sino de la libertad de empresa y el art. 14 CE (igualdad); b) y en relación con la falta de legitimación activa respecto a las ETTs, apuntó que estas últimas resultan afectadas, estableciéndose restricciones de acceso al empleo.

Practicada la prueba, que se circunscribió a la documental aportada a las actuaciones, emitiendo las partes y el Ministerio Fiscal sus conclusiones. Este último interesó la estimación de la demanda, así como la desestimación de las excepciones planteadas, alegando que:

- 1.- La totalidad de los preceptos impugnados integran un complejo sistemático que es contrario a los arts. 101 TFUE, art. 38 Ce y art. 1.1 LDC, restringiendo la libre competencia.
- 2.- En cuanto a la vulneración del art. 14 CE, sostuvo el Ministerio Público que se producen desigualdades dependiendo si las empresas estibadoras son miembros o no de los CPES.
- 3.- Asimismo, argumentó que los preceptos impugnados son una continuación de los previstos en el IV Acuerdo Marco, que fue impugnado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y anulados en su sentencia de 31-5-2021.
- 4.- La interpretación constitucional del art. 38 CE aboga por una proporcionalidad entre la libertad de empresa y la parte social, pudiendo la negociación colectiva abordar relaciones de trabajo y productividad (art. 82.2 ET) pero no relaciones de mercado.

Los autos quedaron conclusos para dictar sentencia, si bien en fecha 11-10-2022 fue solicitada por ASOPOT la práctica de diligencia final, que fue denegada por providencia de 18-10-2022.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han cumplido todas las previsiones legales, excepto el plazo para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El 30-9-2017 fue publicada en el BOE Resolución de la Dirección General de Empleo por la que se anuncia la constitución de la asociación empresarial denominada "Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias", en siglas ASOPORT, con número de depósito 99105728. Su actividad se rige por sus propios estatutos.

A fecha 28-9-2022 los miembros de ASOPORT son 47 licencias de servicio portuario de estiba para la manipulación de mercancías, comprendidas en 15 grupos empresariales. En el sistema portuario español hay 187 licencias de estiba, 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 realizados en el sistema portuario español, y ASOPORT, a través de sus asociados, representa en cada puerto:

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

El Comité Ejecutivo de la asociación acordó en fecha 1-7-2022 la interposición de demanda de impugnación del V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba.

Descriptores 16, 17, 45, 51 y 142.

SEGUNDO.- El Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. En su redacción original, su capítulo VI regulaba el régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, en el que se enmarcaba el funcionamiento de las denominadas “SAGEP”, Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios, encargadas de poner a disposición de sus accionistas, aquéllos trabajadores que demandaren 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. Todas las empresas que desearan prestar el servicio portuario de manipulación de mercancías y obtuvieran la correspondiente licencia deberían, en su caso, integrarse como partícipes en el capital de la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios, exceptuándose de esta exigencia las empresas con licencia para autoprestación.

Hecho no controvertido

TERCERO.- El IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria fue aprobado mediante Resolución de 17-1-2014, publicada en el BOE de 30-1-2014. Su artículo 19 (Comisión Paritaria Sectorial Estatal) fue modificado por Resolución de fecha 7-3-2018, publicada en el BOE de 13-3-2018. El citado acuerdo fue derogado por resolución de 4 de mayo de 2022, publicada en el BOE el 18-5-2022 por el que se aprobó el V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

Hechos no controvertidos, descriptor 30

CUARTO.- El 11-12-2014, fue dictada sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en asunto C-576/13 en recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea frente al Reino de España, declarándose en su fundamento 58 lo siguiente:

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

Descriptor 22.

QUINTO.- En el BOE de 25-2-2017 fue publicado el Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modificaba el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías 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). Dicho Real Decreto fue derogado por Resolución de 16-3-2017, publicada en el BOE de 24-3-2017.

Hecho no controvertido.

SEXTO.- El 29-3-2017, por los integrantes de la Comisión negociadora de ANESCO y los integrantes de la Comisión Negociadora de Coordinadora, U.G.T y CC.OO, en el seno del procedimiento de negociación desarrollado como consecuencia de la STJUE de 11-12-14 se alcanzó un principio de acuerdo que abordaba aspectos relativos a mejoras organizativas y productivas en el sector, concesión de ayudas, continuidad en el empleo de los trabajadores del sector, y constitución de una Comisión de Seguimiento vigilancia y control de las medidas adoptadas y entrada en vigor al día siguiente de la publicación en el BOE del instrumento legislativo procedente.

Su contenido obra al descriptor 24, que damos por reproducido.

SÉPTIMO.- Consecuencia de todo lo anterior, el 13-5-2017 fue publicado en el BOE Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modificaba 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).

Dicho Real Decreto Ley derogó el Capítulo VI (arts. 142 a 155) de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y regulaba: a) En su Sección 1ª, las Sociedades de gestión de la puesta a disposición de trabajadores; b) en su sección 2ª, el régimen laboral aplicable a los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías; c) en su sección 3ª, los requisitos de capacitación de los trabajadores que realicen actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías; y d) en su sección 4ª la utilización de los servicios de la SAGEP por las empresas autorizadas a la realización de actividades comerciales previstas en la Ley.

Hecho no controvertido.

OCTAVO.- Tras la publicación del RD Ley 8/2017, de 12 de mayo, el día 13 de mayo, se remitió al Ministerio de Fomento preaviso de huelga general instada por el Sindicato Marítimo Portuario de la Federación Estatal de Servicios, Movilidad y Consumo de la Unión General de Trabajadores (FESMC-UGT), Comisiones Obreras (CC.OO), Confederación Intersindical Galega (CIG) y CGT que afectaría a la totalidad de las empresas estibadoras que realicen servicios portuarios de manipulación de mercancías y/o servicios comerciales vinculados a los anteriores, realizados por estibadores portuarios, y a las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP), Sociedades Estatales de Estiba, organizaciones de Empresas de Estiba (OEE) y entidades constituidas con igual función en las Comunidades Autónomas.

En el preaviso se realizaban las siguientes peticiones:

“PRIMERA.- Que se restablezca el diálogo en la negociación de la modificación legal del régimen jurídico de prestación del servicio de manipulación de mercancías y la relación jurídica laboral de los estibadores portuarios, sin que ello suponga disminución del ámbito

funcional del servicio o pérdida de puestos de trabajo en actividades comerciales complementarias.

SEGUNDA.- *Que se establezca un sistema para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Reino de España en el Convenio nº 137 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para la garantía y regularidad del empleo y retribuciones mínimas.*

TERCERA.- *Que las entidades intervinientes en los CPE que gestionen la mano de obra portuaria, sean empresas estibadoras con licencia para el servicio portuario de manipulación de mercancías de la Autoridad Portuaria competente en el puerto.*

CUARTA.- *Que las empresas estibadoras, por sí o por medio de ANESCO, acuerden suscribir un compromiso de mantenimiento del empleo de la totalidad de las trabajadoras y trabajadores portuarios que prestan actualmente servicios en las SAGEP y la subrogación convencional del personal en proporción a su participación accionarial en las SAGEP en los supuestos de separación en las mismas, así como el acuerdo sobre los procesos de formación, selección y contratación de personal”.*

No consta la fecha de desconvocatoria de la citada huelga.

Descriptor 25.

NOVENO.- El 13-7-2017 fue dictada sentencia por el TJUE en el asunto C-388/16 que tuvo por objeto recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea frente al Reino de España, en la que el Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

“1) Declarar 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, no publicada, EU:C:2014:2430).

2) Condenar al Reino de España a pagar a la Comisión Europea una cantidad a tanto alzado de 3 millones de euros.

3) Condenar en costas al Reino de España”.

Descriptor 23.

DÉCIMO.- En el BOE de fecha 18-7-2017 fue publicada Resolución de 7-7-2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acta de modificación del IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria, introduciendo en su texto una Disposición Adicional Séptima por la que aquéllas empresas que decidieran su separación de la SAGEP, subrogarían al personal de la estiba portuaria que a fecha de entrada en vigor del Real Decreto, integrara la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad.

Dicha Disposición Adicional fue ulteriormente modificada por Resolución de 7 de marzo de 2018, publicada en el BOE el 13-3-2018 introduciéndose un segundo apartado por el que se regulaba el sistema de asignación de los trabajadores de la SAGEP. En segunda Resolución de 7 de marzo de 2018 publicada en el BOE de la misma fecha, se modificó igualmente el art. 19 del IV Acuerdo Marco.

Descriptor 28.

UNDÉCIMO.- El 3 de noviembre de 2017 la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia acordó la incoación de expediente sancionador contra la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (C.C.O.O.), Confederación Intersindical Galega (CIG), Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB) y Eusko Langileen Alkartasuna (ELA) por la adopción, en fecha 6 de julio de 2017, del Acuerdo de modificación del IV Acuerdo, que supondría la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE consistente en una restricción de la libertad de contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y de la libertad de las empresas titulares de la licencia para la prestación de dicho servicio de participar o no en sociedades cuyo objeto social sea la puesta a disposición de los citados trabajadores.

El citado expediente fue suspendido el 15-3-2019, planteándose cuestión prejudicial ante el TJUE el 12-06-2019 acerca de la interpretación del art. 101 TFUE, que fue inadmitida por Sentencia del citado Tribunal de Justicia de fecha 16-9-2020.

Descriptores 31 (folio 2, en relación al inicio del expediente sancionador), 32, 33 y 34.

DUODÉCIMO.- El expediente sancionador S/DC/0619/17 culminó por Resolución de 18-09-2020 en la que se concluía lo siguiente:

“Primero. Declarar acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del TFUE en los términos establecidos en el FD 3º.

Segundo. Declarar responsables de dichas infracciones a las siguientes entidades:

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

Tercero. Imponer a las entidades declaradas responsables las multas simbólicas siguientes en atención a las consideraciones efectuadas en el FD 5º:

- 1. Asociación nacional de empresas estibadoras y consignatarias de buques (ANESCO), 66.000 euros,*
- 2. Comisiones Obreras (CCOO), 2.000 euros,*
- 3. Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM), 4.000 euros,*
- 4. Confederación Intersindical Galega (CIG), 1.000 euros,*
- 5. Eusko Langileen Alkartasuna (ELA), 1.000 euros,*
- 6. Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB), 1.000 euros,*
- 7. Unión General de Trabajadores (UGT), 2.000 euros.*

Cuarto. Intimar a las entidades infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución.

Quinto. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Sexto. Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las entidades de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 6, de esta resolución”.

La Resolución obra al descriptor 35 y se da por reproducida en su integridad.

DÉCIMOTERCERO.- Por Real Decreto Ley 9/2019, de 29 de marzo publicado en el BOE el 30-3-2019 se modificó 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 concluyó la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.

Dicho Real Decreto derogó el apartado 2º de la Disposición Adicional Tercera y el Anexo I del RD Ley 8/2017, de 12 de mayo así como la Disposición Final 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, por la que se fijaba un plazo de seis meses para la adaptación de las normas convencionales vigentes a la normativa reglamentaria y al art. 49 del TFUE

Hecho no controvertido.

DÉCIMOCUARTO.- La Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, modificó a través de su Disposición final primera el art. 18 de la Ley 14/1994 de ETT regulador de los centros portuarios de empleo, así como su Disposición Adicional Séptima. En su Disposición Transitoria Única se reconocía plazo para la adaptación de los estatutos sociales y concertación de los contratos marco y participación de la representación legal de las personas trabajadoras de los centros portuarios de empleo.

Hecho no controvertido.

DÉCIMOQUINTO.- Acciones legales frente al IV Acuerdo Marco: El 28 de febrero de 2020 se interpuso demanda por la Asociación Estatal de Empresas Operadoras Portuarias (ASOPOINT), frente a la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (FESMC-UGT), Confederación Intersindical Galega (CIG), Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB), Eusko Langileen Alkartasuna (ELA), Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), siendo parte, el Ministerio Fiscal, sobre, Impugnación de Convenio Colectivo.

El 31-5-2021 fue dictada sentencia por esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, publicada en el BOE el 19-7-2021, por la que se estimaba parcialmente la demanda interpuesta, declarando nulas de pleno derecho, las siguientes disposiciones del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria: artículo 6, apartados 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 11, 12 y 13 ; -artículo 7 ; -artículo 8; -artículo 9 ; -artículo 10, apartados 1, 4, 5 y 6 ; artículo 11 , en sus referencias a la relación laboral especial; -artículo 12, apartado 2 ; -artículo 18, apartado 1 ; -artículo 19, apartado 1.e), del IV Acuerdo Marco (modificado por acta de 20-12-2017 (BOE 13-3-2018)) y de la -disposición adicional séptima del IV Acuerdo Marco -que fue introducida por acuerdo suscrito por los codemandados y cuya publicación se ordena por Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, y, posteriormente, modificada parcialmente por nuevo acuerdo suscrito por las mismas partes publicado por Resolución de 7 de marzo de 2018.

Frente a la citada resolución se ha interpuesto recurso de casación ordinario ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal, sin que haya recaído aún sentencia resolviendo el citado recurso.

Descriptores 36, 37, 38, 107, 108, 113 y 114.

DÉCIMOSEXTO.- V Acuerdo Marco Estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la Estiba Portuaria: El 1 de junio de 2017 se constituyó la Comisión Negociadora del V Acuerdo Marco Estatal para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, compareciendo por la representación de las empresas, la asociación profesional ANESCO y por la representación de los trabajadores los sindicatos CETM, UGT, CCOO, CIG, LAB y ELA. En la reunión celebrada 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 plenarias como técnicas, facultándose a los asesores don Pedro García y don José Luis Cebrián para presentar las comunicaciones oportunas ante la Autoridad Laboral.

La asociación profesional ANESCO remitió burofax a ASOPORT que consta entregado el 4-10-2018 proponiéndole, si fuera de su interés, su inclusión en la comisión negociadora y posterior comunicación al resto de miembros de la misma, no constando contestación alguna por parte de la asociación demandante.

Descriptores 98 y 99.

DÉCIMOSÉPTIMO.- Redactado el borrador del V Acuerdo Marco, el 20-12-2019 fue emitido informe por doña Beatriz de Guindos Talavera, directora de competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia dando respuesta a 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 competencia, antes de su tramitación como convenio colectivo. El contenido del informe, que obra a los descriptores 40 y 94 se da por reproducido, si bien por lo que aquí interesa, conviene resaltar que el informe concluye en su penúltimo párrafo lo siguiente:

“En estas circunstancias, la obligación de recolocación prevista en los supuestos de 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 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”

Descriptor 26 (borrador V Acuerdo); Descriptores 40 y 94, informe Directora de Competencia, por reproducido.

DECIMO-OCTAVO.- La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha emitido tres informes acerca del borrador del V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria:

1º.- El primero, el 8-5-2020, tras indicarse los antecedentes relevantes con expresión del contenido del borrador del V Acuerdo Marco, se reseña un apartado denominado “Valoración” en el que tras la exposición de unas observaciones generales, se introducen las denominadas “Observaciones Particulares” atinentes a los siguientes artículos del Acuerdo Marco:

- a) Intervención de la Comisión paritaria sectorial estatal (CPSE) en la contratación de nuevos trabajadores (artículos 6.3 d, 15.1 y 28).
- b) Limitaciones a la contratación temporal de trabajadores (artículo 12)
- c) Sistemas de organización y distribución del trabajo (artículo 13).
- d) Oferta de empleo al personal de los CPE (artículo 15.1)
- e) Promoción profesional (artículos 18 y 19)
- f) Condiciones de contratación y calidad en el empleo (artículo 29)
- g) Adecuación dinámica de la plantilla a las necesidades operativas (artículo 31)
- h) Medidas de recolocación y subrogación convencional (artículos 35 a 37 y disposición transitoria única)
- i) Jubilación forzosa y tasa de reposición (disposición adicional 2ª)
- j) Formación y prácticas no laborales (capítulo XI, artículos 53 a 55)

El contenido de este primer informe obra a los descriptores 41 y 95 y se da por reproducido en su integridad.

2º.- El segundo, el 28 de julio de 2020, con idéntica estructura que el anterior (antecedentes, contenido, valoración, observaciones generales y particulares), realiza un análisis de los siguientes aspectos del borrador, una vez introducidos los cambios pertinentes para adaptar el mismo a las consideraciones de la Comisión en el informe previo:

- a) Intervención de la Comisión paritaria sectorial estatal (CPSE) en la contratación de nuevos trabajadores (artículos 6.3 d, 15.1 y 28)
- b) Limitaciones a la contratación temporal de trabajadores (artículo 12)
- c) Sistemas de organización y distribución del trabajo (artículo 13)
- d) Oferta de empleo al personal de los CPE (artículo 15.1)
- e) Promoción profesional (artículos 18 y 19)
- f) Adecuación dinámica de la plantilla a las necesidades operativas (artículo 31)
- g) Medidas convencionales para la garantía y la estabilidad en el empleo (artículos 34 a 37 y disposición transitoria única)
- h) Formación y prácticas no laborales (capítulo XI, artículos 53 a 55)

El contenido de este segundo informe obra a los descriptores 42 y 96 y se da por reproducido en su integridad.

3º.- El tercero, el 10 de noviembre de 2020, con idéntica estructura que el anterior (antecedentes, contenido, valoración, observaciones generales y particulares), realiza un análisis de los siguientes aspectos del borrador, una vez introducidos los cambios pertinentes para adaptar el mismo a las consideraciones de la Comisión en los informes previos:

- a) Intervención de la Comisión paritaria sectorial estatal (CPSE) en la contratación de nuevos trabajadores (artículo 6)
- b) Limitaciones a la contratación temporal de trabajadores (artículo 12)
- c) Sistemas de organización y distribución del trabajo (artículo 13)
- d) Formación y promoción profesional (artículo 18)

- e) Medidas convencionales para la garantía y la estabilidad en el empleo (artículos 34 a 37 y disposición transitoria única)
- f) Formación y prácticas no laborales (capítulo XI, artículos 53 a 55)

El contenido de este tercer informe obra a los descriptores 43 y 97 y se da por reproducido en su integridad.

DÉCIMONOVENO.- Por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 4 de mayo de 2022, fue registrado y publicado el V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE 18-5-2022).

Hecho no controvertido.

VIGÉSIMO.- EL 8 de julio de 2022, por las sociedades “Consignaciones y Estibas Motril S.L”, “Sociedad Anónima López Guillem” y “Terminal Marítima Granada S.L”, todas ellas socias del CPE de Motril (Granada), se remitieron sendas comunicaciones dirigidas a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal poniendo de manifiesto su decisión de separarse del centro portuario de empleo, solicitando que conforme a la Disposición Transitoria Única del V Acuerdo Marco, se designe tercero independiente para ampliar en 6 meses el plazo para materializar la salida del CPE de Motril.

Descriptores 100, 101 y 102.

VIGÉSIMOPRIMERO.- Idénticas comunicaciones fueron remitidas a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal en fecha 12 de julio de 2022, por las empresas “J. Ronco y Cía S.L”, “Sociedad Anónima López Guillén”, socias del CPE de Almería; y el 18 de julio de 2022 por la empresas “Terminales Marítimas del Sureste”, “CESA Alicante S.A”, socias del CPE de Alicante.

Descriptores 103 a 106.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2 h) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 97.2 LRJS, los hechos declarados probados se sustentan en cada una de las pruebas que se hacen constar en los ordinales que conforman el relato fáctico, con expresión concreta de su situación en autos.

TERCERO.- La demanda interpuesta por la asociación ASOPORT tiene por objeto la impugnación del V Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (en adelante V Acuerdo Marco), por entender la asociación demandante, y así expresa en el hecho 11º de su demanda, que aquél contraviene lo dispuesto en el Real Decreto Ley 9/2019, de 29 de marzo, el Real Decreto Ley 8/2017, de 12 de mayo, el art. 49 del TFUE, y las Sentencias del TJUE de 11-12-2014 y de 11-2-2021.

Ejercita así dos acciones acumuladas, la de impugnación de convenio colectivo por ilegalidad y tutela de Derechos Fundamentales, por vulneración del art. 14 CE, entendiendo

también conculcado el derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 38 del Texto Constitucional.

Con carácter previo a abordar las concretas cuestiones de fondo que se aducen en la demanda, debe este tribunal resolver las dos excepciones procesales que se opusieron en el acto de la vista por la representación legal de ANESCO y UGT, atinentes a la falta de legitimación activa de ASOPORT, si bien en relación a dos aspectos diferenciados que pasamos a analizar a continuación.

1º.- Falta de legitimación activa opuesta por ANESCO: Opuso en primer término la representación letrada de ANESCO la falta de legitimación activa de ASOPORT para ejercitar la acción de tutela de derechos fundamentales, pues alegó que los arts. 177 y ss. de la LRJS únicamente postulan a trabajadores y sindicatos como sujetos legitimados para el ejercicio de dicha acción. A dicha excepción se opuso ASOPORT manifestando que el ejercicio de la acción no se vinculó en ningún caso al derecho de libertad sindical, invocándose en demanda la conculcación del art. 14 CE así como el derecho a la libertad de empresa.

Debe partirse de una premisa previa: no nos encontramos ante un procedimiento del art. 177 de la LRJS, sino ante la acción de impugnación de convenio colectivo previsto en la modalidad procesal recogida en los arts. 163 y ss. de la LRJS a la que se anuda la acción de vulneración de derechos fundamentales. La impugnación del convenio, prevista en el art. 163.1 de la norma procesal prevé que la impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores podrá producirse por dos causas fundamentales, a saber, por conculcar la legalidad vigente o lesionar intereses de terceros.

Es la primera causa la que sustenta la demanda que ahora examinamos, ostentando legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del conflicto colectivo, ex art. 165.1 LRJS, los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito.

En relación a la expresión "asociaciones empresariales interesadas" la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha construido una doctrina ya consolidada, ratificada entre otras, en Sentencia de 6-4-2022, rco. 119/2020 (ROJ: STS 1430/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1430) por la que tal expresión comporta, según expresa que dichas asociaciones "*tengan una relación directa con el objeto del conflicto*" (STC 70/1982). *Nuestra jurisprudencia ha reiterado (Por todas: STS de 27 de septiembre de 2016, Rec. 203/2015) que para constatar la existencia de dicha relación directa, esto es, para obtener la condición de interesado resulta necesario que la demandante ostente un interés legítimo en el pleito o, lo que es lo mismo, que el órgano de representación colectivo se vea afectado por el convenio que se trata de impugnar, al existir representados que se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del convenio cuestionado (SSTS de 14 de abril de 2000, Rec. 982/1999, de 20 de marzo de 2007, Rec. 30/2006 y de 11 de noviembre de 2009, Rec. 38/2008). Existe, por tanto, una reserva de legitimación a los sujetos colectivos que fue tempranamente avalada por el Tribunal Constitucional que consideró que tal legitimación restringida es acorde con la CE y no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto que esta reserva no cierra la posibilidad de que los sujetos individuales (trabajadores o empresarios) acudan al procedimiento ordinario o al proceso de conflicto colectivo para conseguir del órgano judicial la inaplicación de la cláusula del convenio que se considere ilegal, si bien no se podrá*

declarar en la sentencia la nulidad erga omnes del convenio en estos casos (SSTC 4/1987; 47/1988 y 145/1991, entre otras). Y es que la lista del precepto legal (artículo 165.1.a LRJS) es cerrada, hasta el punto de que ningún otro sujeto, aunque acreditara interés en ello, podría promover este tipo de procesos”.

Es evidente que la asociación demandante ostenta un interés legítimo sobre el objeto del procedimiento, pues:

- a) Representa a 47 licencias de servicios portuarios de las 187 existentes en el sistema portuario español que se encuentran integradas en 15 grupos empresariales, desplegando la siguiente representatividad en cada uno de los puertos que operan en el Estado español: • 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%. (hecho probado primero).
- b) Dichas licencias se encuentran incluidas dentro del ámbito personal y funcional del V Acuerdo Marco, aplicándose éste a las empresas titulares de la licencia del servicio portuario de manipulación de mercancías (las «Empresas Estibadoras») y en las actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías, definido en el artículo 130 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

La directa aplicación del V Acuerdo Marco a la asociación demandante, que ostenta la condición de convenio colectivo sectorial estatal de eficacia general (art. 2), hace que la posible ilegalidad de los preceptos que se apuntan en el escrito rector, permita que aquélla pueda impugnar aquéllos que a su juicio, conculcan la legalidad vigente, y no impide que al ejercicio de dicha acción, para la que se ostenta legitimación plena, pueda anudarse acción de vulneración de derechos fundamentales, pues como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 19-1-2022 (rco. 205/2021, ROJ: STS 363/2022-ECLI:ES:TS:2022:363), *“(l)a modalidad de tutela de derechos fundamentales no impide que la vulneración de un derecho fundamental pueda ser invocada, junto con cuestiones de legalidad ordinaria, en un proceso ordinario o, como es el caso, en un proceso de conflicto colectivo, proceso en el que no regirán las especialidades propias del proceso especial de tutela de derechos fundamentales”.*

Por todo lo anterior, la primera de las excepciones ha de ser desestimada.

2ª.- Falta de legitimación activa opuesta por UGT: Se opuso también por el sindicato UGT la excepción de falta de legitimación activa de la asociación ASOPORT pero no ya por los motivos invocados por ANESCO, sino por una cuestión diferenciada, que pasamos a exponer a continuación. En concreto, adujo UGT que ASOPORT se había arrogado la representación de las Empresas de Trabajo Temporal y sus empleados, al defender sus intereses en la demanda, pues en diversos apartados de la misma, se abordaban cuestiones de lesividad, argumentándose que la Empresas de Trabajo Temporal reciben un trato discriminatorio. Como ejemplo de su alegato, citó los párrafos 231, 232, 234, 240, 250, 251 y 254 de la demanda, y que ello debería avocar a acoger la excepción alegada pues no se prevé que el V Acuerdo Marco regule las condiciones de las Empresas de Trabajo Temporal en el sector de la estiba.

Comprobados los apartados descritos, en ellos se indica:

- 231: *“Asimismo, el art. 18 confiere al personal del CPE con contrato suspendido derecho a obtener la reincorporación al mismo cuando la empresa usuaria para la cual trabaje no tenga puesto de trabajo del grupo profesional cuya acreditación ostente el trabajador (penúltimo párrafo). Y por otro lado, obliga a realizar un proceso de promoción profesional con carácter previo a la contratación de personal al que tendrá acceso el personal propio y el del CPE (último párrafo).*
- 232: *“Como puede apreciarse, se está ante un privilegio injustificado para el personal del CPE en detrimento del personal de sistemas alternativos de suministro de mano de obra -ETT- o de personal directamente contratado por las empresas estibadoras.*
- 234: *“El art. 19 establece que “se garantizará la plena igualdad de oportunidades para acceder a todas las promociones y ascensos que se efectúen en su respectivo ámbito entre las personas trabajadoras de las propias empresas y las de los CPE de los que sean socias”, lo cual supone atribuir al personal de los CPE una ventaja competitiva frente al personal de las ETT.*
- 240: *“En segundo lugar, el precepto exige cubrir las necesidades de personal de la empresa estibadora con la ocupación del personal del CPE del que sea socia, lo cual contraviene la libertad de contratación reconocida por el RD-ley 8/2017, ya no solo porque obligue a acudir al personal del CPE, sino porque una interpretación literal conduce a entender que la empresa socia del CPE deberá acudir al personal de ésta para atender todas sus necesidades de mano de obra, lo cual atenta contra la libre contratación y restringe el acceso a mano de obra procedente de ETT. Supone además un claro privilegio del CPE frente al resto de ETTs, con clara vulneración de lo establecido en la sentencia del TJUE de constante referencia (...).*
- 250: *“El art. 27 otorga preferencia al personal de los CPE y de las empresas estibadoras frente al personal de las ETT, pues reconoce expresamente que el artículo tiene por finalidad “favorecer la capacitación profesional plena como estibadores portuarios del personal de los CPE y de las empresas estibadoras”. Los trabajadores del resto de ETT son simplemente ignorados”.*
- 251: *“Un agravio comparativo como el señalado infringe la libre competencia a la que deben someterse los CPE, al otorgarles a estos unas ventajas competitivas sobre el personal de las ETT que realizan las mismas actividades. Debe invocarse de nuevo el art. 14 de la Constitución en su vertiente de igualdad en la ley”.*
- 254: *“Esta regulación introduce un agravio para la empresa estibadora no socia del CPE y para las ETT, que de facto supone imposibilitar la libre competencia de los CPE que vino impuesta por el RD-ley 8/2017, así como la libertad de permanecer o no a un CPE. Es notorio que la sentencia del TJUE no permite tal privilegio para los CPEs.*

Esta excepción conecta directamente con lo expuesto en la argumentación anterior respecto a la legitimación empresarial para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad, que difiere sustancialmente de la expresada por “lesividad”, otorgándose la condición de terceros perjudicados a quienes no están dentro del campo de aplicación del convenio, en tanto que destinatarios de las normas o regulaciones contenidas en aquél (SSTS 20/12/96 -rc 3492/95 -; 11/03/97 -rc 1483/96 -; 06/06/01 -rc 4769/00 -).

Es cierto que el ámbito personal del V Acuerdo Marco no incluye entre sus destinatarios a las ETTs ni a los trabajadores eventualmente cedidos por aquellas; pero no compartimos la argumentación opuesta por UGT respecto a la atribución por parte de ASOPORT de la representatividad de ambos sujetos. Cierto es que los pasajes de la demanda antes expuestos invocan un trato diferenciado entre el personal de los Centros Portuarios de

Empleo (CPEs) respecto al puesto a disposición en su caso por ETTs. Pero dicha argumentación se enmarca en una posición clara que no es otra que la impugnación del convenio por ilegalidad, por contravenir las disposiciones legales y doctrina del TJUE que se invoca en el escrito rector. La petición de ASOPORT no persigue ni busca defender los intereses de las ETTs ni del personal que pone a disposición de las empresas estibadoras, sino sancionar determinados preceptos del convenio que restringen a su juicio la libre competencia y conculcan el derecho fundamental a la igualdad que proclama. Cuestión distinta es que la proyección de tales aspectos, incida en terceros participantes dentro del juego empresarial respecto a los que nada se solicita y cuya mención sirve de apoyo a la pretensión principal de refutar los preceptos que a juicio de la demandante, son ilegales. Lo que a nuestro juicio es claramente distinto a la atribución de representatividad anudada a una impugnación del convenio por lesividad de un tercero, que es lo que parece desprenderse del argumento del sindicato demandado y que no puede prosperar. En consecuencia, la excepción opuesta por UGT ha de ser desestimada.

CUARTO.- Consideraciones previas: Esta Sala ha de realizar unas consideraciones previas antes de abordar las concretas impugnaciones que se expresan en el escrito de demanda interpuesta por ASOPORT. Coincidimos con el Ministerio Fiscal que para llevar a cabo el análisis de las cuestiones controvertidas, debemos partir del estudio de un conjunto normativo, que parte del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, que fue aprobado mediante Resolución de 17-1-2014, publicada en el BOE de 30-1-2014 y que constituye el antecedente lógico del V Acuerdo Marco que ahora se impugna, que fue adoptado en condiciones legislativas muy diferentes a las que concurren al momento de aprobarse el instrumento colectivo que se impugna en el presente procedimiento. El contexto normativo en el que este último ha sido dictado, unido a que el producto negocial ha variado en aspectos sustanciales hacen que esta Sala no deba partir necesariamente, como así se pretende por la demandante, de la Sentencia dictada por esta Sala el 31-5-2021 dictada en el procedimiento 73/2020 y pendiente de resolución de recurso de casación ordinario ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Cierto es que constituye un antecedente cronológico y a tomar en consideración, pero las circunstancias anteriores, unido al hecho de que ni siquiera el tribunal que ahora enjuicia la presente impugnación es el mismo que el que abordó la del IV Acuerdo Marco, hace que no pueda adoptarse una posición idéntica o mimética, por concurrir elementos diferenciadores entre ambos procedimientos, sin perjuicio de que, del análisis que llevemos a término en la presente resolución, puedan adoptarse conclusiones coincidentes en aspectos que pudieran ser similares a los ya abordados por la resolución previa.

Se ha de añadir asimismo que ASOPORT, en varias de sus impugnaciones, realiza una remisión específica a los informes emitidos por la CNMC, si bien a este respecto debemos indicar:

1ª.- En primer lugar, que el carácter de Organismo Público de carácter administrativo, creado por la Ley 3/2013, de 4 de junio, hace que sus informes y resoluciones, sujetas a control parlamentario y judicial no resulten vinculantes para este tribunal.

2ª.- Que los informes emitidos por la CMMC antes de la aprobación del V Acuerdo Marco, y que se detallan en el ordinal 18º de la presente resolución, se enmarcaron en el convenio de colaboración con el Ministerio de Trabajo, que no ha realizado actuación alguna frente al mentado acuerdo, lo que por sí ya atisba una presunción de legalidad, aunque pueda ser desvirtuada.

3ª.- La propia CNMC tampoco ha iniciado o resuelto procedimiento sancionador alguno respecto al V Acuerdo Marco, a diferencia de lo que ocurrió con su predecesor cuando en Resolución de 18-09-2020 impuso a las asociaciones empresariales y sindicales previstas en la misma, multas pecuniarias al declarar acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del TFUE. Esta circunstancia, refuerza si cabe la presunción de legalidad del V Acuerdo Marco a la que aludíamos anteriormente.

QUINTO.- Dicho lo anterior, debemos considerar los siguientes hitos normativos y jurisprudenciales que son relevantes para la resolución del presente procedimiento y que constituyen la base para entender el contexto del que partimos, al objeto de abordar las cuestiones jurídicas que se nos plantean.

1º.- La Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobada por Real Decreto legislativo 2/2011, de 11 de septiembre: La raíz del conflicto que ahora nos ocupa parte de la introducción en la Ley de Puertos del Estado de una figura específica, regulada en el art. 142, denominada Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP), sociedad mercantil privada cuyo objeto social sería la gestión de la puesta a disposición de sus accionistas de los trabajadores, por ella contratados, que aquéllos demandasen 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, como consecuencia de la irregularidad de la mano de obra necesaria para la realización de las actividades incluidas en dicho servicio portuario. Además, podría poner a disposición de los accionistas, trabajadores para desarrollar actividades comerciales sujetas a autorización en la zona de servicio de los puertos, siempre que dichos socios estuvieran debidamente autorizados para realizarlas.

El art. 143 de la citada norma, obligaba con carácter preceptivo a todas las empresas que desearan prestar servicios portuarios de manipulación de mercancías y que obtuvieran la correspondiente licencia, a integrarse como partícipes en el capital social de la SAGEP, exceptuándose a aquéllas empresas con licencia para la autoprestación. Caso de que un titular de licencia de servicio portuario quedase exento de participar en la SAGEP, debería contratar en régimen laboral común a un número de trabajadores de la citada sociedad que se correspondiera con el número de jornadas trabajadas en el último año para dicho titular en las actividades de manipulación de mercancías. La norma además preveía que ningún titular de licencia de prestación de servicio portuario de manipulación de mercancías podría separarse de la SAGEP, excepto en los supuestos expresamente previstos en el apartado 1º.

Asimismo, la relación laboral de los trabajadores que desarrollaban su actividad en el servicio portuario de manipulación de mercancías podría establecerse tanto con las SAGEP, en la entonces vigente relación laboral especial contemplada en el artículo 2.1.h) del derogado Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), como directamente con las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías, en relación laboral común (art. 149 a 151).

Los arts. 152 a 154 regulaban los requisitos de formación continua y capacitación de los trabajadores que realizan servicios portuarios de manipulación de mercancías y su art. 155 la utilización de los servicios de la SAGEP por las empresas autorizadas a la realización de actividades comerciales.

2º.- Es en el marco de la anterior normativa, cuando se alcanza el **IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria**, aprobado mediante resolución de 17-1-2014, publicada en el BOE el 30-1-2014. Dicho acuerdo, por lo que atañía a su ámbito personal, afectaba como empresas a las denominadas “SAGEP”, identificadas en el texto genéricamente como “Organizaciones de Empresas de Estiba (OEE)”, a las empresas estibadoras que realizaran actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías y a los trabajadores que realizaran las actividades descritas en el ámbito funcional, en régimen de relación laboral especial o común, contratados por las OEE o por las empresas estibadoras incluidas en el ámbito personal.

El citado acuerdo, con naturaleza de Convenio Colectivo, contenía una regulación acorde con las previsiones de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, ocupándose expresamente de aspectos atinentes a las SAGEP, abordando aspectos relevantes como los niveles de empleo y ocupación o nuevos ingresos en las plantillas de dichas organizaciones (art. 6) y el procedimiento de selección de personal (art. 7), junto con otros aspectos no menos relevantes como los modos de adscripción a las tareas portuarias, condiciones de trabajo; clasificación profesional, formación profesional, prevención de riesgos laborales y promoción de la igualdad. A ello se unía la regulación de la representatividad sindical, el régimen disciplinario y la denominada “Comisión Paritaria Sectorial Estatal”, con especificación de sus funciones de interpretación del Acuerdo y solución de conflictos.

3º.- La Sentencia dictada por el TJUE el 11-12-2014 en asunto C-576/2013 supuso un antes y un después en la realidad de la normativa expuesta con anterioridad, pues decidiendo sobre el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea frente al Reino de España, previo análisis de los preceptos ya indicados de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en relación con la posible existencia de una vulneración del art. 49 del TFUE, el Alto Tribunal comunitario razonó en el fundamento 37 de la citada resolución que *“en el caso de autos, aun cuando las obligaciones que impone el régimen portuario español se aplican de modo idéntico tanto a los operadores establecidos en España como a aquellos que provienen de otros Estados miembros, tales obligaciones pueden tener como resultado impedir a esta última categoría de operadores establecerse en los puertos españoles de interés general para desarrollar en ellos una actividad de manipulación de mercancías. En particular, según ha puesto de relieve la Comisión, tanto la obligación de inscribirse en una SAGEP y, en su caso, de participar en el capital de ésta, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha sociedad y contratar a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, compelen a las empresas estibadoras extranjeras a llevar a cabo una adaptación que puede tener consecuencias financieras y producir perturbaciones en su funcionamiento, hasta el punto de disuadir a las empresas de otros Estados miembros de establecerse en los puertos españoles de interés general”*.

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

4º.- Lejos de producirse una pronta respuesta a la citada resolución del TJUE, el Estado dejó transcurrir dos años y dos meses hasta la publicación del **RD Ley 4/2017, de 24 de febrero**, publicado en el BOE al día siguiente, cuyo objeto no era otro que la modificación del 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). Según su exposición de motivos, la modificación legislativa suponía suprimir, en su mayor parte, el régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías que se recogía en el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, derogando expresamente una serie de artículos del citado texto refundido, y modificando algunos otros adaptándolos a la nueva situación.

Continuaba explicando la exposición que motivos que aunque el texto consagraba el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías, era necesario establecer un proceso transitorio de tres años que permitiera un tránsito ordenado, facilitando que los trabajadores de las SAGEP conservasen sus derechos laborales preexistentes en el nuevo escenario de libertad competitiva. Durante el periodo transitorio, podrían subsistir las SAGEP y a fin de que pudieran financiarse en la medida necesaria en cada caso y momento, se establecía la obligación para las empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías de requerir el concurso de los trabajadores procedentes de aquellas en un porcentaje decreciente con el transcurso del tiempo, que comenzaba con un setenta y cinco por ciento, para las actividades que hasta el momento se venían realizando con dicho personal. Concluido el periodo transitorio, las SAGEP podrían continuar desarrollando su actividad, en régimen de libre competencia, siempre que cumplieran los requisitos establecidos con carácter general para las empresas de trabajo temporal.

Asimismo, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto Ley preveía que en el plazo máximo de un año desde su entrada en vigor, las normas convencionales vigentes en dicho momento deberían adaptarse a lo dispuesto en el mismo y al art. 49 TFUE. Caso contrario, las disposiciones convencionales serían nulas de pleno derecho.

Las previsiones anteriores poco efecto produjeron, al derogarse el Real Decreto Ley en virtud de Resolución de 16-3-2017, publicada en el BOE de 24-3-2017.

5º.- Por el legislador se dio nueva respuesta a la sentencia dictada por el TJUE, a la vista de la derogación del RD Ley 4/2017, de 24 de febrero, a través de la aprobación del **Real Decreto-Ley 8/2017, de 12 de mayo (BOE 13-5-2017)**, por el que se abordaba un nuevo intento de modificación del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la sentencia del TJUE.

El nuevo texto reglamentario introducía reformas respecto al anterior en lo referente a los requisitos de capacitación de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (en el nuevo texto, certificado de profesionalidad establecido en el Anejo VIII del RD 988/2013, de 13 de diciembre); mantenía la creación de los “Centros Portuarios de Empleo”, constituidos por personas naturales o jurídicas o uniones y entidades sin personalidad jurídica cuyo objeto es el 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; y mantenía el plazo transitorio de un año

para la adaptación de la normativa convencional así como el de tres años para la continuidad o no de las SAGEP existentes, adaptando su actividad a la normativa prevista en la Ley 14/1994 de 1 de junio, caso de subsistir. Asimismo, el texto conservaba en su Disposición Transitoria Segunda los porcentajes de utilización del personal de la SAGEP durante el citado periodo transitorio, que debía alcanzar como mínimo el 75% de las actividades de la empresa durante el primer año, para luego descender al 50% en el segundo año y al 25% en el tercer año.

Además, el Real Decreto derogaba expresamente las disposiciones contenidas en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante atinentes a la SAGEP, modificando otros preceptos del Texto y derogaba asimismo el art. 2.1.h) del ET que calificaba como relación laboral de carácter especial la de los estibadores portuarios. Merece la pena ahondar en el art. 2 de la citada norma reglamentaria que consagraba, la libertad de contratación de trabajadores portuarios para la prestación del servicio de manipulación de mercancías, previo cumplimiento de los requisitos que se establecieran para garantizar la profesionalidad de los trabajadores y se consagraba una consecuencia, que rompía con el régimen previsto con anterioridad, al disponer el apartado 2º del art. 2 que para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías no era necesario que los titulares de la correspondiente licencia participaran en ninguna empresa cuyo objeto social fuera la puesta a disposición de trabajadores portuarios, fijándose un periodo transitorio en orden a la desaparición de las SAGEP y la posibilidad de constitución de los Centros Portuarios de Empleo.

6º.- La lenta respuesta del legislador a la Sentencia del TJUE provocó que la Comisión Europea volviera a intervenir, planteando recurso por incumplimiento de la citada resolución por parte del Reino de España, dictándose **Sentencia del TJUE de 13-7-2017, en asunto C-388/16** por la que se impuso al Estado una multa de 3 millones de euros, al declarar 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, no publicada, EU:C:2014:2430)”*.

7º.- Véase que hasta este momento, el IV Acuerdo Marco permanecía incólume a las vicisitudes relatadas con anterioridad, hasta que el 18-7-2017, se produce la publicación en el BOE de **Resolución de 7 de julio de 2017 por la que se publicó el Acta de modificación del IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria**. La citada resolución, adoptada con el voto favorable de ANESCO por la parte empresarial y por los sindicatos CETM, UGT, CCOO, LAB, CIG Y ELA por la parte social, introdujo en el Texto del IV Acuerdo Marco una Disposición Adicional Séptima del siguiente tenor literal:

“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”.

A fecha de la publicación de la citada Resolución, que imponía como puede observarse una subrogación obligatoria del personal de las SAGEP, ya se había constituido la Comisión Negociadora del V Acuerdo Marco (1-6-2017), ahora impugnado en el presente procedimiento.

Dicha Disposición adicional fue ulteriormente modificada por **Resolución de 7 de marzo de 2018, publicada en el BOE el 13-3-2018**, añadiendo a su apartado primero, que se mantenía idéntico en su redactado, un posterior apartado segundo que disponía lo siguiente:

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

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

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

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

La información sobre la distribución por categorías y especialidades de trabajadores empleada por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación se considerará estrictamente confidencial para el

resto de empresas y solo será conocida por los gestores de la SAGEP, que asumirán un compromiso de reserva sobre la información facilitada.

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

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

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

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

En nueva Resolución también de 7-3-2018 (BOE 13-3-2018) se modificó el art. 19 del IV Acuerdo Marco atinente a las funciones y composición de la Comisión Paritaria Sectorial.

8º.- Entre tanto, ya había transcurrido el plazo de un año conferido por la DA 1ª del RD Ley 8/2017 para la adaptación de la normativa convencional, modificándose dicha Disposición por la **Disposición Final 43ª de la LPGE para 2018** en el sentido siguiente:

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

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

9º.- La introducción de una obligación de subrogación del personal de la SAGEP motivó la intervención de la **Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia** (en adelante CNMC) que abrió expediente sancionador culminando con **Resolución de 18-9-2020** que apreció la infracción del art. 1 LDC y del art. 101 del TFUE. Se planteó asimismo cuestión prejudicial al TJUE sobre interpretación de este último precepto que fue inadmitida por el Tribunal.

A grandes rasgos y por lo que aquí nos interesa, la CNMC partió esencialmente de la doctrina sentada por el TJUE en Sentencia de 21-9-1999 (asunto C- 67/96. Albany

International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Arnhem - Países Bajos (en adelante Sentencia Albany) y precedentes de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), analizando el concepto de empresa en relación con el derecho de la competencia y la intervención de los sindicatos, concluyendo en su fundamentación que: *“Las exigencias y condicionantes procedimentales establecidos en el régimen de subrogación establecido en la modificación del IV Acuerdo y la práctica que del mismo se ha realizado, resultan, además, en una discriminación de los operadores que pretenden separarse de las SAGEP respecto de los que se mantienen en el sistema precedente que no puede considerarse amparado por la normativa y resulta por tanto contrario a la competencia.*

Existe por tanto un acuerdo entre operadores del que forman parte empresas y representantes sindicales que cumple los requisitos típicos de los artículos 1 LDC y 101 TFUE en la medida en que hay conjunción de voluntades entre al menos dos empresas y puede producir una restricción de la competencia en el mercado.

También existe acreditación de que el mismo ha producido efectos en el caso de IST. Esta conducta va más allá del ámbito propio de la negociación colectiva y constituye por tanto un acuerdo entre operadores con clara incidencia en la competencia. Se trata de un acuerdo entre operadores que excede de las cuestiones nucleares de la negociación colectiva y “afecta directamente a las relaciones entre empresarios y terceros, como los clientes, los proveedores, los empresarios competidores o los consumidores”

De cuanto antecede se deduce que la modificación del IV Acuerdo persigue obstaculizar la finalidad liberalizadora prevista en el propio Real Decreto-ley 8/2017 y, en última instancia, en la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014. En consecuencia, las conductas investigadas resultan típicas desde la perspectiva de los artículos 1 LDC y 101 TFUE”.

Todo ello motivó que la CNMC resolviera en los términos expresados en el hecho probado undécimo que damos por reproducidos.

10º.- A partir de aquí, solo dos apuntes respecto a la normativa aprobada antes de la entrada en vigor del V Acuerdo Marco:

- a) El Real Decreto Ley 9/2019, de 29 de marzo publicado en el BOE el 30-3-2019 que modificó 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. Se añade a dicha Ley un Capítulo V, regulador de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) comprensivo de cuatro preceptos: a) art. 18: Centros Portuarios de Empleo; b) art. 19: Contratos de puesta a disposición de trabajadores portuarios; c) art. 20: Relaciones laborales en los centros portuarios de empleo; d) art. 21: Relación del trabajador portuario con las empresas usuarias.

Dicho Real Decreto derogó el apartado 2º de la Disposición Adicional Tercera y el Anexo I del RD Ley 8/2017, de 12 de mayo así como la Disposición Final 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, por la que se fijaba un plazo de seis meses para la adaptación de las normas convencionales vigentes a la normativa reglamentaria y al art. 49 del TFUE.

- b) La Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, modificó a través de su

Disposición final primera el art. 18 de la Ley 14/1994 de ETT regulador de los centros portuarios de empleo, así como su Disposición Adicional Séptima.

SEXTO.- El IV Acuerdo Marco fue impugnado ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la misma asociación demandante, que ahora trae de nuevo la impugnación del V Acuerdo Marco y del que no es firmante, por haberse constituido con posterioridad a la constitución de la Comisión Negociadora. Llama la atención no obstante que pese a la invitación por parte de ANESCO de participar en la citada Comisión, pudiendo en su caso contribuir a la negociación del texto que ahora se trae a esta Sala, no se ofreciera respuesta alguna por parte de ASOPORT, tal y como corrobora el descriptor 99. La impugnación del citado IV Acuerdo Marco se fundamentó, según expresa la Sentencia dictada por esta Sala en procedimiento 73/2020 en fecha 31-5-2021, en la contravención del texto convencional del RD Ley 9/2019, RD Ley 8/2017, art. 49 TFUE y Sentencia del TJUE de 11-12-2014. En este punto debemos realizar una puntualización relevante, pues los contextos normativos en los que fueron aprobados cada uno de los Acuerdos, no son idénticos: véase que el V acuerdo ya entra en vigor bajo el paraguas de la regulación ofrecida por los Reales Decretos citados, así como de la normativa incluida en el apartado 10º que acabamos de exponer en el fundamento de derecho anterior, además de constituir un acto posterior a las sanciones e incumplimientos imputados con anterioridad que se han reproducido, lo que a nuestro juicio, condiciona tanto la negociación del texto como el proceso ulterior de aprobación al que se ha visto sometido y cuyo filtro no pudo pasar el anterior Acuerdo Marco, por una mera cuestión temporal y de cronología.

Dicho lo anterior, debe ahora analizarse el contexto en el que dicho V Acuerdo se enmarca, para poner en valor las distintas interconexiones que desde un punto de vista interno, comunitario, jurisprudencial y legal, puedan tener interferencia en la resolución de la impugnación que se nos plantea, partiendo como no podía ser de otro modo de la confrontación entre la negociación colectiva versus libertad de empresa y libre competencia.

El art. 49 TFUE expresa que *“En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.*

Conforme a STJUE de 11-12-2007 (asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union vs. Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti,), *“(d)e la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si ésta persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. También es necesario, en tal caso, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse, en especial, las sentencias de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y Bosman, antes citada, apartado 104).*

El art. 152 TFUE dispone que *“(l)a 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. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social*", norma que coexiste con el art. 37 CE por el que *"(l)a ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios"*, reconociendo el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. Asimismo y en línea con lo anterior, el art. 38 del Texto Constitucional, reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación.

En relación con la negociación colectiva ha manifestado el Tribunal Constitucional que la determinación del contenido de la relación laboral, junto con la regulación mínima del legislador, *"se deja a la responsabilidad de la autonomía colectiva de las partes sociales"*, esto es, *"a la autonomía de los trabajadores y empresarios mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE "* (STC 119/2002, de 20 de mayo , FJ 6), *siendo tal tipo de negociación "un valor constitucionalmente protegido" (SSTC 39/1986, de 31 de marzo, FJ 6 y 184/1991, de 30 de septiembre , FJ 6). Ese derecho "presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual" (SSTC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6 ; y 225/2001, de 26 de noviembre , FJ 4), siendo los convenios colectivos fruto de su ejercicio, "fuentes de regulación de las condiciones de trabajo" a las que constitucionalmente se reconocen fuerza vinculante (STC 151/1994, de 23 de mayo , FJ 2). La negociación colectiva no sólo contribuye, entonces, "a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores", sino que se erige en un "instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo" (STC 208/1993, de 28 de junio , FJ 4).*

Puede añadirse además lo previsto en STC de 28 de mayo de 2015 (ROJ: STC 104/2015 - ECLI:ES:TC:2015:104), recurso inconstitucionalidad 2063/2012 que reza como sigue:

"Ahora bien, en cuanto a este derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios, hemos declarado también en el citado ATC 85/2011 (FJ 8) y en los que le siguen, que no puede confundirse ni identificarse ésta con una pretendida intangibilidad o inalterabilidad del convenio, toda vez que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal "del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevinida (STC 210/1990 , de 20 de diciembre , FFJJ 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario (en el mismo sentido, SSTC 177/1988 , de 10 de octubre, FJ 4 ; 171/1989 , de 19 de octubre, FJ 2 ; 92/1994 , de 21 de marzo, FJ 2 ; y 62/2001 , de 1 de marzo , FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero , FJ 5)."

Además de lo anterior, no pueden obviarse las previsiones que sobre negociación colectiva se incluyen en Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 y ratificada por España (BOE 11-6-2021), cuya Parte I se dice que *"(l)as Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes: (...)*

6. Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a la negociación colectiva

Art. 6: Derecho de negociación colectiva.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las Partes se comprometen:

- 1. a favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y empleadores;*
- 2. a promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores, por otra parte, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos;*
- 3. a fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales;*

y reconocen:

- 4. el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor.*

Asimismo, el Pilar Europeo de Derechos Sociales elaborado por el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo consagra en su "*Punto 6 Diálogo social y participación de los trabajadores*" lo siguiente:

- a. Se deberá consultar a los interlocutores sociales sobre el diseño y la aplicación de políticas sociales, económicas y de empleo, de acuerdo con las prácticas nacionales. Deberá animárseles a que negocien y celebren convenios colectivos en asuntos de su incumbencia, respetando su autonomía y su derecho a la acción colectiva. En su caso, los acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales deberán aplicarse a nivel de la Unión y de sus Estados miembros.
- b. Los trabajadores o sus representantes tienen derecho a ser informados y consultados oportunamente sobre asuntos de interés para ellos, en particular sobre la transferencia, reestructuración y fusión de empresas y sobre despidos colectivos.
- c. Deberá fomentarse el apoyo para aumentar la capacidad de los interlocutores sociales para promover el diálogo social.

En relación con la libertad de empresa del art. 38 CE, afirma también el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 13-5-2021 (rec. inconstitucionalidad 5178/2020, ROJ: STC 112/2021 - ECLI:ES:TC:2021:112) que aquélla "*implica, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial*" (STC 135/2012, de 19 de junio, FJ 5, con cita de otras), pero "*no es un derecho absoluto e incondicionado*" y por lo tanto "*su vigencia no resulta comprometida por el hecho de que existan limitaciones a su ejercicio derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado [...] [p]orque del art. 38 CE no puede derivarse sin más el derecho a acometer cualquier empresa o a ejercerla sin traba ni limitación de ningún tipo, sino solo el derecho de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden [...] o lo que es lo mismo, a ejercer esa actividad con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general*" (STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 3, citas y comillas interiores suprimidas).

En cuanto a la aplicación del derecho de competencia, debe preguntarse este tribunal en qué medida puede conjugarse el producto de la negociación colectiva, fruto del acuerdo de voluntades entre los interlocutores sociales, y en los que la vinculación a los pactos y la legitimación de las partes firmantes dotan de legalidad a los acuerdos alcanzados, con las normas internas y comunitarias sobre competencia, alejadas en cierto modo del ámbito social del derecho, pero subsumidas en el ámbito mercantil tan interconectado con el anterior. Para ello, debe acudir en primer término, a la normativa interna, que no puede ser ajena a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, núcleo central en materia de competencia, cuyo art. 1.1 recoge las denominadas “Conductas colusorias” prohibiéndose *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

Son nulos de pleno derecho, según indica el precepto, los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la Ley.

La norma nacional coexiste con las disposiciones comunitarias en la materia, en concreto con el art. 101 del TFUE que prohíbe los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Los acuerdos o decisiones prohibidos por el precepto serán nulos de pleno derecho.

Por su parte, el art. 102 TFUE prohíbe la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Es en este punto cuando debemos apuntar a la Sentencia dictada por el entonces TJCE el 21 de septiembre de 1999, y que expresamente invoca la asociación ASOPORT como fundamento de su impugnación (véase el párrafo 139 de la demanda), asunto Albany C-67/96 resolviendo tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los arts. 85, 86 y 90 del Tratado CE (actualmente arts. 81, 82 y 86 CE). La argumentación empleada en el asunto Albany, sirvió asimismo como base para resolver los asuntos Brentjen's (asuntos acumulados-115/97, C-116/97, C-117/97) y Drijvende Bokken (C-219/97), en sentencias de la misma fecha.

El Tribunal de Justicia, analizó en primer lugar si la decisión adoptada en el marco de un convenio colectivo por las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores de un sector, estableciendo un único fondo encargado de la gestión de un sistema complementario de pensiones solicitando a las autoridades públicas que hagan obligatoria la afiliación al mismo, era o no contraria al art. 85 del Tratado, resolviendo tal cuestión en el siguiente sentido:

“59 Bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo.

60 De una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto, se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado”

61 Es preciso, pues, examinar si la naturaleza y el objeto del acuerdo controvertido en el procedimiento principal justifican que se excluya del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

62 En el presente caso, hay que señalar, por una parte, que, al igual que los acuerdos a los que se ha hecho referencia anteriormente, generados a través del diálogo social, el acuerdo controvertido en el procedimiento principal ha sido celebrado con la forma de un convenio colectivo y constituye el resultado de una negociación colectiva entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores.

63 Por otra parte, en lo que atañe a su objeto, el acuerdo controvertido en el procedimiento principal instaura, en un sector determinado, un régimen de pensiones complementarias gestionado por un fondo de pensiones que puede ser declarado de afiliación obligatoria. Un régimen de esta naturaleza persigue, en conjunto, la finalidad de garantizar un determinado nivel de pensiones a todos los trabajadores de dicho sector y, por consiguiente, contribuye directamente a la mejora de uno de los elementos constitutivos de las condiciones laborales de los trabajadores, su remuneración.

64 Procede, pues, concluir que el acuerdo controvertido en el procedimiento principal no está comprendido, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado”.

De lo anterior se desprende, por lo que respecta a la relación convenio colectivo-derecho de la competencia, es que el Tribunal Comunitario entiende que dicho instrumento negocial no está afectado por las normas de competencia, siempre que aquél esté destinado a mejorar las condiciones de trabajo y empleo, sin especificar nada más ni definir qué concretas materias pudieran resultar exentas del control de las normas sobre competencia. Sí realiza un análisis en su ulterior Sentencia de 4-12-2014, en asunto C-413/2013 sobre cuestión prejudicial interpretativa del art. 101 TFUE. En dicha resolución, el Tribunal realiza unas consideraciones que deben traerse a la presente resolución. Se dice por el TJUE lo siguiente:

“22 A este respecto, es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada, si bien determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 101 TFUE, apartado 1, en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo (véanse las sentencias Albany, EU:C:1999:430 apartado 59; International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union, C-438/05, EU:C:2007:772, apartado 49, y 3F/Comisión, C-319/07 P, EU:C:2009:435, apartado 50).

23 Así pues, el Tribunal de Justicia tiene declarado que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1 (véanse las sentencias Albany, EU:C:1999:430 apartado 60; Brentjens', EU:C:1999:434, apartado 57; Drijvende Bokken, EU:C:1999:437, apartado 47; Pavlov y otros, C-180/98 a C-184/98, EU:C:2000:428, apartado 67; van der Woude, EU:C:2000:475, apartado 22, y AG2R Prévoyance, C-437/09, EU:C:2011:112, apartado 29).

Por ello, en caso de convenios cuyo objeto no sea la mejora de los derechos de los trabajadores, como ocurre en el caso analizado por la STJUE aludida (convenio colectivo que establece honorarios mínimos para el prestador autónomo de servicios afiliado a una organización de trabajadores que celebra el convenio y que realiza con un contrato por obra o servicio la misma actividad que los trabajadores por cuenta ajena de éste, salvo que se trate de un “falso autónomo”), la norma convencional queda sujeta a las normas de competencia.

SÉPTIMO.- En resumen y visto todo lo anterior, a la hora de abordar la impugnación que a continuación examinaremos, la Sala debe tomar en consideración de forma inexcusable:

1.- El carácter primordial de la negociación colectiva como fuente de producción del V Acuerdo que ahora se discute, y su conexión con los derechos de competencia y libertad de establecimiento previstos y regulados tanto por la normativa nacional como la comunitaria, así como la interpretación que hasta la fecha se ha realizado de tales extremos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Nacionales.

2.- El texto de los Reales Decretos Ley 8/2017 y 9/2019 y el espíritu que los conforma, dejando atrás los condicionantes impuestos por la Ley de puertos del Estado y de la Marina

Mercante, imponiendo la adscripción preceptiva a la SAGEP y la contratación de sus trabajadores.

3.- La propia conexión entre el Texto del V Acuerdo Marco y las disposiciones legales a las que viene vinculado, expresadas en el fundamento de derecho quinto con análisis del valor que pudiera otorgarse a los informes emitidos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y su carácter o no vinculante para este Tribunal.

4.- Las previsiones del art. 82.1 y 3 ET que prevé que los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva así como que los convenios obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante el tiempo de su vigencia, recordando que ASOPORT es asociación incluida en el ámbito de aplicación del V Acuerdo Marco, que impugna por ilegalidad y no lesividad, así como la regla general del consentimiento previsto en el art. 1258 CC a efectos de dotar de virtualidad a los acuerdos que puedan alcanzarse entre las partes negociadoras.

5.- La concreta impugnación efectuada por la asociación demandante recordando que, al encontrarnos ante la impugnación del V Acuerdo por ilegalidad, deviene a nuestro juicio imprescindible, la concreción expresa de los preceptos normativos que se digan conculcados, sin que pueda suplirse tal circunstancia con una referencia ambigua o general a los textos normativos que se entiendan infringidos.

Y no puede dejar de hacerse una reflexión final, antes de pronunciarnos sobre los concretos aspectos reseñados en la demanda: la libertad de empresa no puede verse constreñida cuando se alcanzan libremente pactos o acuerdos colectivos, con los efectos que estos últimos producen en las partes a las que afectan, siendo que estas últimas, desde su firma, quedan vinculadas por sus términos y desde entonces no cabe admitir como dogma general que la negociación limita y transgrede dicha libertad.

Procede por tanto, pronunciarnos sobre las concretas impugnaciones expresadas en el escrito de demanda así como en la ampliación del escrito rector se hizo con posterioridad:

1.- Art. 6. Comisión paritaria sectorial estatal: apartado 2º, sección b); apartado 3º, secciones c) y d); apartado 5º: dispone el precepto lo siguiente, atinente a la Comisión Paritaria Sectorial:

“6.2 Competencias generales:

b. Mediación y arbitraje para resolver los conflictos interpretativos o aplicativos originados entre este Acuerdo y los convenios de ámbito inferior, así como para resolver los conflictos de interpretación y aplicación de los convenios de ámbito inferior cuando el conflicto no haya sido resuelto por la comisión paritaria del propio convenio y cualquiera de las partes solicite la intervención de esta CPSE.

6.3 Funciones específicas.

c. 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.

d. Conocer la contratación del personal incluido en el ámbito personal del presente Acuerdo. A estos efectos, los CPE y las empresas estibadoras informarán a la CPSE de los nuevos trabajadores que hayan incorporado a sus plantillas. Esta información se remitirá semestralmente y de forma agregada, para salvaguardar la información comercialmente sensible de estas empresas. Asimismo, 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 conforme a lo previsto en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores mediante la remisión de una copia de la correspondiente demanda, eliminando los datos personales que figuren en ella, dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación.

Se dice en la demanda que las facultades de resolución, mediación y arbitraje y conocimiento de conflictos individuales previo a la vía judicial, constituye una traba desproporcionada al acceso a la jurisdicción social, atribuyéndose a la CPSE una posición prioritaria en la resolución de conflictos. Y que dicha posición de privilegio se ve acentuada por el conocimiento de la contratación de trabajadores así como de las demandas individuales y colectivas que se pudieran interponer frente a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio.

Este tribunal, no comparte esta primera argumentación de la asociación demandante. El hecho de que el V Convenio otorgue facultades interpretativas o de resolución de conflictos a la CPSE previo a la vía jurisdiccional, no condiciona ni restringe la posibilidad de acudir a esta última caso de no obtenerse respuesta por parte de la CPSE o cuando esta última no sea satisfactoria para alguna de las partes. El V Acuerdo no paraliza la reclamación más allá de la decisión que pudiera adoptarse por la CPSE. De hecho, esta solución se plantea de ordinario en la interpretación o aplicación de otros instrumentos convencionales, a través de las consultas a la Comisión paritaria del convenio, sin que se adviertan mayores vicisitudes en la resolución de las controversias y su posterior canalización ante los órganos de la jurisdicción social.

De hecho no puede obviarse que conforme a STS de 3-2- 2015- rec. 64/2.014 (ROJ: STS 407/2015 - ECLI:ES:TS:2015:407), "*El artículo 91.4 ET dispone que las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en la presente Ley.*

Tanto la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, STC 184/1991, de 30 septiembre) cuanto la ordinaria (así, SSTS 30 OCTUBRE 2001 (REC. 2070/2000) y 16 marzo 2005 (rec. 118/2003) han explicado que mediante este precepto y otros concordantes el legislador atribuye a tales Comisiones funciones que corresponden a la administración del Convenio, incluidas las de cooperación y colaboración en la ejecución del mismo; en modo alguno les asigna competencias cuyo ejercicio implica una acción normativa típica en la medida en que suponen una modificación de las condiciones de trabajo pactado o el establecimiento de nuevas normas. "

En cuanto al conocimiento de los trabajadores contratados, tampoco considera esta Sala que tal circunstancia sea contraria a precepto legal alguno ni disposición comunitaria. La demandante, se apoya en las aseveraciones efectuadas en el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la competencia de 8-5-2020, debiendo remitirnos a lo ya expuesto en las consideraciones previas de esta resolución respecto a dichos informes.

Ha de añadirse que parte la asociación demandante del informe de la CNMC de 8-5-2020, obviando que tras este último, fueron emitidos dos informes más con posterioridad, corrigiéndose las apreciaciones realizadas en el primero. De hecho, el apartado 6.3.d) ya no se objeta en el último de los informes y nada puede reprocharse respecto a la posible difusión de información comercial confidencial cuando el propio apartado 7º del art. 6 impone a los miembros de la CPSE un deber de sigilo con relación a la información y documentación que les haya sido facilitada por tal condición, imponiéndose dicho deber también a los expertos que les asistan.

6.5 Financiación. Cuotas mensuales.

Se dice por el precepto: “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. A estos efectos, la CPSE fijará con la periodicidad que estime oportuna la cuota con cargo a las empresas estibadoras del ámbito personal del Acuerdo tomando como referencia el número de trabajadores a tiempo completo. La cuota del personal a tiempo parcial será proporcional al tiempo de servicios computándose como tiempo completo cada doscientos turnos trabajados.

La CPSE liquidará trimestralmente las cuotas de las Empresas Estibadoras y les comunicará la cantidad que deben ingresar en este concepto, así como la cuenta bancaria en la que deben hacerlo. Desde su notificación, las Empresas Estibadoras tendrán 60 días naturales para realizar el pago a la CPSE. El incumplimiento de esta obligación supondrá vulneración del presente acuerdo y podrá ser exigido judicialmente por la CPSE.

Las Empresas Estibadoras podrán delegar, total o parcialmente, el pago de sus cuotas 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. Cuando una Empresa Estibadora delegue el pago en un CPE, lo comunicará previamente y a efectos informativos a la CPSE. Sin perjuicio de lo anterior, la Empresa Estibadora continuará siendo el sujeto obligado frente a la CPSE por el ingreso de sus cuotas.

Sostiene ASOPORT que la imposición de una obligación de financiación del CPSE por parte de asociaciones o empresas que no formaron parte del acuerdo alcanzado es contraria a derecho, citando en apoyo de su tesis SAN Sala Social de 5-6-2006 (proceso 97/2005, ROJ: SAN 2367/2006 - ECLI:ES:AN:2006:2367) y STS de 30-6-2016. Sin embargo, estas resoluciones no abordan un supuesto idéntico al que ahora nos trae aquí, por cuanto que la obligación de financiación de la Comisión de Vigilancia y Seguimiento del Convenio se imponía a los trabajadores o empleados afectados por la norma convencional en cuestión.

En nuestro caso, la financiación se aplica a las “empresas estibadoras” mediante el pago de cuotas que serán proporcionales al número de trabajadores empleados por ellas directamente o puestos a su disposición, dentro del ámbito de aplicación del convenio. A nuestro juicio, el supuesto de hecho es bien distinto al examinado por la Sentencia de esta Sala de lo Social que aduce ASOPORT, pues el pago de las cuotas se impone únicamente a las empresas del sector afectadas por el convenio, quienes obtienen también un resultado de la actuación concreta de la CPSE y abonan sus cuotas de forma proporcional, siguiéndose así un reparto de la financiación de la CPSE acorde con la implantación en el sector de sus trabajadores, lo que no es contrario a las disposiciones legales ni jurisprudenciales invocadas.

Y si bien es cierto que la obligación de financiación se impone únicamente a las empresas estibadoras que empleen trabajadores a través de los CPEs parece lógico pensar que aquéllas contribuyan a sufragar los gastos devengados, en contraposición al beneficio obtenido por la puesta a disposición de personal cualificado.

2.- Art. 11: Potestad de dirección y organización del trabajo.

Estipula este precepto: *“La organización y dirección del trabajo es facultad exclusiva de la dirección de las empresas, que se ejercerá 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.*

Son potestades propias de las empresas estibadoras el ejercicio de las facultades de dirección, organización y control de la actividad laboral de las personas trabajadoras portuarias en los términos previstos en el artículo 20 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. 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. Entre las facultades de dirección y organización se entiende incluida la de designar al personal necesario para realizar cada una de las actividades portuarias. Sin perjuicio de todo ello, 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. Bajo el ejercicio del poder de dirección, las personas trabajadoras realizarán las tareas que se les encomienden de entre las indicadas en el artículo 17 del presente acuerdo.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 3.3. del Real Decreto-ley 9/2019 para garantizar una regulación eficiente y favorecedora de la competencia y en orden a procurar la estabilidad y calidad en el empleo de las personas trabajadoras afectadas por el Acuerdo, la ocupación efectiva del personal se realizará en los términos establecidos en el Acuerdo”.

Se dice por ASOPORT que el párrafo subrayado anteriormente del art. 11 infringe lo dispuesto en el art. 3 del RD 9/2019, así como el art. 20 ET y el art. 18 de la LETT, pues la modificación de las “manos” se supedita a lo dispuesto en las disposiciones del V Acuerdo y contradice la facultad de autoorganización del trabajo de las empresas estibadoras, privando a las mismas de la posibilidad de decidir cuántos y qué categorías de personas se necesitan para organizar el trabajo.

Esta pretensión ha de ser desestimada. Decimos esto porque si acudimos a la literalidad el art. 3 del RD 9/2019, en ella no se establece una autoorganización omnímoda por parte de las empresas titulares de licencia de servicios portuarios, sino que su apartado 2º, después de indicar que entre las facultades de dirección y organización a que se refiere el apartado anterior, se entiende incluida la de designar al personal necesario para realizar cada una de las actividades portuarias, permite que a través de la negociación colectiva se establezcan medidas orientadas a lograr una mayor flexibilidad y que permitan garantizar la mejora de la productividad y de la calidad del empleo en el sector. Asimismo, el apartado tercero habilita a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales para 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.

Esto es precisamente lo que se ha articulado a través del art. 11 del V Acuerdo Marco, que mantiene las facultades de organización y dirección del trabajo de las empresas estibadoras, y permite la modificación de los equipos de trabajo conforme a lo pactado en negociación colectiva, siempre con los límites previstos en el art. 41 ET, lo que permite un control específico de las causas que motivan la revisión de los equipos. A nuestro juicio, la alusión a las disposiciones del V Acuerdo, no elimina las facultades de autoorganización, como así parece desprenderse a la argumentación de la asociación demandante, máxime cuando el propio art.3 del Real Decreto que se dice conculcado, es el que permite acudir a la negociación colectiva para adoptar medidas complementarias para la mejora de la competitividad y alcanzar un mayor flexibilidad, sin que se prevea una lista cerrada de supuestos.

Además no puede obviarse que la negociación colectiva puede establecer límites y procedimientos en el ejercicio del poder de dirección, si así se ha asumido voluntariamente por los empresarios que formen parte de la misma.

3.- Art. 12: Estructura de la plantilla y modalidades de contratación del personal.

“Las Empresas Estibadoras ocuparán, mediante contratación directa (a los efectos de este Acuerdo, personal «integrado») o por cualquier otro medio admitido por la legislación vigente, al personal afectado por el presente convenio en las actividades del ámbito funcional considerando la capacitación profesional legalmente exigida y el procedimiento de selección y de encuadramiento profesional pactado en este Acuerdo.

Dos terceras partes de la plantilla de los CPE y de las Empresas Estibadoras incluidas en el ámbito funcional del presente acuerdo deberá estar contratada bajo contratos laborales indefinidos a tiempo completo. Mediante los instrumentos de negociación de ámbito inferior se determinará el porcentaje, sin exceder de un máximo de un tercio, de contratación laboral de modalidad distinta a la indefinida a tiempo completo para atender las necesidades operativas en función de la causa legalmente establecida. Se computará en el citado tercio los contratos formativos y los contratos a tiempo parcial con jornada inferior al 70% a la jornada ordinaria.

Las personas trabajadoras con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida a tiempo completo, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán disfrutados de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

Para computar el número contratos indefinidos a tiempo completo se tomarán, también, los turnos realizados mediante contrato indefinido a tiempo parcial divididos por 200”.

ASOPORT sostiene en esta impugnación que la obligatoriedad de que las dos terceras partes de la plantilla de los CPE y de las empresas estibadoras debe estar contratada en la modalidad de contrato indefinido es contrario tanto al RD Ley 8/2017 como al RD Ley 9/2019, al restringir la libertad de contratación y organización de dichas empresas, obligando a alcanzar un porcentaje concreto de contratación indefinida, que no casa con las particularidades de la actividad de la estiba, con cargas de trabajo imprevisibles e intermitentes.

Varias son las razones que permiten desestimar esta impugnación. La primera de ellas, que como ya adelantamos anteriormente, la referencia genérica a los Reales Decretos Ley 8/2017 y 9/2019 no se considera bastante por este Tribunal para colmar la argumentación de una impugnación por ilegalidad de los preceptos del acuerdo marco, teniendo en cuenta que la asociación demandante no cita ni uno sólo de los preceptos de las citadas normas reglamentarias que ampararían la ilegalidad del apartado del art. 12 reseñado.

En segundo lugar, ASOPORT reseña que también hay que valorar las previsiones contenidas en el informe de la CNMC de 8-5-2020 que sobre el precepto en cuestión señala: *“Si bien el establecimiento de porcentajes de este tipo en los convenios es bastante frecuente y tiene el objetivo de promover la contratación fija(12), la exigencia de un porcentaje elevado de personal fijo en esta actividad podría suponer una limitación significativa a la capacidad de autoorganización de las empresas estibadoras, que puede restarles flexibilidad y dificultar estrategias comerciales de crecimiento, pudiendo afectar proporcionalmente más a las empresas pequeñas. La posibilidad de cumplir la obligación por las empresas estibadoras mediante el empleo de recursos del CPE podría suponer una ventaja para estos en detrimento de las ETT generalistas o de otros modelos de prestación del servicio que no parece justificada. A la vista de lo anterior, se aconseja evitar que la exigencia de un mínimo de personal fijo afecte a la competencia entre las empresas estibadoras, y equiparar a CPE y ETT a efectos de poder acreditar el cumplimiento de las obligaciones de empleo fijo a través del personal de estas”*.

Las conclusiones anteriores, fueron revisadas por informe ulterior de 28-7-2020 en el que se advierten los cambios introducidos respecto a la versión del V Acuerdo analizado en el informe anterior, concluyendo lo siguiente: *“En relación con la versión anterior del Acuerdo Marco examinada por esta Comisión, si bien se ha producido una equiparación entre los CPE y resto de empresas estibadoras a efectos de poder acreditar el cumplimiento de las obligaciones de empleo fijo establecidas, se mantiene en cambio inalterado el porcentaje del 75% de personal fijo, lo que puede suponer una limitación significativa a la capacidad de autoorganización de las empresas estibadoras, pudiendo afectar proporcionalmente más a las empresas de menor tamaño”*. Y en informe ulterior de 10-11-2020, se mantienen las consideraciones efectuadas en informes anteriores.

De lo expuesto anteriormente, y reiterando que este tribunal no está vinculado con las conclusiones de la CNMC, lo que se desprende es una disconformidad con la fijación de un porcentaje elevado, que afecta a las dos terceras partes de las plantillas de las empresas estibadoras y los CPEs, que deban ser contratados de forma indefinida, alegando la posible afectación a empresas de menor tamaño, que verían limitada su capacidad de organización. Sin embargo, olvida la asociación demandada que conforme al art. 15.8 ET, los convenios colectivos podrán establecer planes de reducción de la temporalidad, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como fijar porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos.

Conforme a STC de 28 de junio de 1993 (rec. amparo 232/90, ROJ: STC 208/1993 - ECLI:ES:TC:1993:208), *“la negociación colectiva contribuye decididamente a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, como instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo que justifica el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos*

que la componente, limitando incluso algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos. Pero ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 C.E ., y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual "pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes" (STC 58/1985)".

La fijación de un porcentaje de plantilla a ocupar por personal indefinido, deviene de la autonomía colectiva expresada en el V Acuerdo Marco, que no persigue sino establecer un nivel óptimo de contratación fija dentro del personal de la estiba, atendiendo a las previsiones que el propio art. 3.3 del RDLey 9/2019 de 29 de marzo, que permite a las organizaciones empresariales y sindicales, la adopción de medidas atinentes a mejorar la estabilidad en el empleo. Estabilidad que de forma efectiva, se consigue con la determinación de un porcentaje de contratación fija, ajena a los avatares de la contratación temporal y amparada por el carácter de convenio colectivo de eficacia general que el V Acuerdo Marco ostenta, estando los sujetos incluidos dentro de su ámbito de aplicación, sujetos a sus previsiones.

Podrá estarse o no conforme con el porcentaje fijado, pero ello no convierte en ilegal el precepto impugnado, por las razones expuestas anteriormente.

4.- Art. 13 apartado 2 a, b y d) y 6: Sistema de organización y distribución del trabajo.

"El trabajo originado como consecuencia de la actividad de las empresas estibadoras se distribuirá diariamente mediante rotación del personal disponible por grupos profesionales y las especialidades establecidas en el artículo 17 y concordantes del presente acuerdo, con las particularidades establecidas en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior.

Los nombramientos se realizarán por rotación y, salvo pacto en contrario dispuesto en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior, conforme a los siguientes criterios:

a) La empresa estibadora deberá dar ocupación efectiva a su personal. Al efecto, deberá ocupar al personal contratado directamente mediante su nombramiento en el primer turno de cada día en el que la empresa tenga actividad. Cumplida la obligación el citado personal no podrá realizar otro turno de trabajo en el mismo día.

b) Asimismo, 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 para las que no haya sido nombrado el personal de la empresa estibadora. El nombramiento del citado personal deberá realizarse de forma que se garantice –siempre que exista actividad– la ocupación efectiva del personal del CPE en atención a la disponibilidad convenida en los artículos 39, 44 y concordantes.

En todo caso, 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 el reenganche.

c) Para cubrir las necesidades no atendidas por el personal indicado y nombrado conforme a la regulación contenida en el apartado anterior, la empresa estibadora podrá –a su elección– ocupar en un segundo turno al personal contratado directamente o, en su caso, al

personal disponible del CPE del que sea socia en desarrollo de la obligación tenida en el artículo 18.4, a) de la ley 14/1994, al personal cualificado puesto a disposición por ETT o a través de otros modelos de prestación del servicio.

d) El personal integrado o adscrito en la plantilla de la empresa estibadora será ocupado para el trabajo diario en el grupo profesional y especialidad adquirida conforme a lo previsto en los artículos 18 y 19. Se admite la polivalencia en tarea distinta del citado personal cuando el CPE del que, en su caso, sea socia la Empresa Estibadora o las ETT que operen en el puerto no dispongan de personal para atender las peticiones de la Empresa Estibadora.

Los convenios colectivos de ámbito inferior podrán establecer reglas específicas para la asignación de turnos de trabajo al citado personal de las empresas estibadoras”.

Se sostiene por ASOPORT que la preferencia otorgada al personal de los CPE para realizar un segundo turno, en detrimento de los trabajadores propios de las empresas estibadoras, o incluso de las ETT y la imposibilidad de acudir a la polivalencia funcional, salvo para aquéllos supuestos en que no se disponga de personal del CPE para atender a las peticiones de la empresa, vulneran lo dispuesto en los Reales Decretos ya citados, así como el principio de libertad de empresa y de competencia.

Sin embargo esta Sala no está conforme con esta conclusión, realizando las siguientes matizaciones. El art. 13, busca conseguir, en consonancia con lo dispuesto en el RD Ley 9/2019 y la nueva redacción dada por el art. 18 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal cumplir con el compromiso de dar ocupación efectiva al personal de los centros especiales de empleo, empresa de base mutualista que proporcionan mano de obra a las empresas estibadoras. Tal y como refiere el apartado 4º del art. 18 de la LETT en aras a la consecución del objeto social de los centros portuarios de empleo y con el fin de favorecer la eficiencia en la gestión de la actividad portuaria y la calidad del empleo en la estiba, las empresas socias contribuirán al mantenimiento del empleo y garantizarán la ocupación efectiva del personal del centro portuario de empleo. A través de la negociación colectiva podrán establecerse 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 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.

Como puede observarse, el art. 13 contiene un mandato inicial: ocupar al personal propio de la empresa estibadora en un primer turno de trabajo para a continuación, ocupar al personal del CPE para aquéllas actividades no cubiertas por el personal de la empresa estibadora, garantizándose así un adecuado nivel entre el personal de una y otras empresas.

Conforme al art. 40 del V AM, la jornada laboral se organiza en turnos de seis horas, pudiéndose realizar turnos de hasta 12 horas consecutivas o dos turnos de seis horas en el mismo día, cumpliéndose el descanso entre jornadas, no pudiendo realizar un trabajador dos turnos en el mismo día cuando exista otro disponible a tiempo completo o parcial en el CPE del que la empresa sea socia, que pudiendo realizar dicha actividad, no haya tenido ocupación efectiva en el día.

La interpretación conjunta y armónica de los arts. 13 y 40 nos conducen a concluir que el art. 13 no es disconforme con las normas legales citadas pues tanto el personal propio de las empresas estibadoras como los de los CPE no pueden llevar a cabo un segundo turno de

trabajo si concurre personal de los centros portuarios de empleo que no han tenido ocupación en el día. Para el caso de que quedaren actividades no cubiertas, podrá la empresa elegir, conforme a lo dispuesto en el apartado 2.c) del art. 13 del V AM qué personal cubrirá las mismas: o el personal propio de la empresa estibadora, o el del CPE o el de la ETT, garantizándose así la cobertura total de las funciones tanto por personal de la empresas estibadoras como de los CPEs. Por otro lado, las singularidades del sector de la estiba condicionan la posibilidad de que se produzca un acuerdo atinente al reparto proporcional y equitativo del trabajo, como así llevan a cabo los preceptos antedichos.

Y lo mismo ocurre, con la polivalencia funcional: el hecho de que la misma se permita en los casos en que no exista personal disponible del CPE para cubrir ciertas funciones, no hace sino garantizar la cobertura de puestos de una manera proporcional. Piénsese que si la polivalencia estuviera permitida en todo caso, sería el personal de las empresas estibadoras quienes ocuparían en mayor proporción los puestos a cubrir, atendiendo a la posibilidad de desempeñar funciones diferentes, en detrimento del personal de los CPEs y del compromiso de dar cobertura a su personal, que consagra el RD Ley 9/2019 y la LETT.

Por otro lado, se achaca que el apartado 6º de este artículo 13 solo permite aplicar, el sistema de organización y distribución del trabajo de este artículo, la movilidad funcional dentro y fuera del grupo profesional establecida en los artículos 20, 21 y 22; la jornada máxima anual y distribución irregular de la jornada del artículo 38; la jornada mínima mensual obligatoria y la disponibilidad del personal para realizarla conforme al artículo 39; la realización de horas extraordinarias y remates de buques del artículo 41; y los turnos de trabajo y jornadas especiales de 12 horas pactados en el artículo 44 del Acuerdo, y su integración en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior, a las 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, pues en caso contrario, se aplicará la legislación vigente.

A nuestro juicio, esta previsión no es más que la respuesta a la aplicación de las normas instituidas en el acuerdo, que no difiere de las generales aplicables al cualquier otra norma colectiva: las condiciones pactadas, se aplican a los incluidos en su ámbito y la respuesta a las situaciones que pudieran producirse, se produce en el sentido expuesto por la norma convencional, siempre que se cumplan sus previsiones por los empresarios y trabajadores afectados. En caso contrario, será la legislación vigente la que actúe con carácter subsidiario. En consecuencia, esta impugnación ha de ser también rechazada.

5.- Art. 15: Contratación del personal del CPE por las empresas estibadoras y suspensión del contrato en los CPE.

“15.1 Reglas aplicables a la oferta de empleo de las empresas estibadoras al personal de los CPE.

Cuando una Empresa Estibadora socia de un CPE pretenda la incorporación a su plantilla de personal mediante contrato por duración indefinida u otra modalidad admitida en la legislación vigente en las condiciones indicadas en este artículo realizará la oferta de empleo a todo el personal del CPE del que sea socia.

La oferta, que será innominada, detallará las características del puesto de trabajo e identificará grupo profesional, especialidad y funciones; duración del contrato y tiempo de trabajo (completo o parcial); y las condiciones laborales y económicas que, como mínimo,

serán iguales a las de las personas trabajadoras del CPE en condiciones de trabajo homogéneas. En todo caso, el tiempo de servicio prestado en el CPE o en la empresa estibadora se computará a todos los efectos como antigüedad en el otro empleador, sin que puedan considerarse los mismos periodos de antigüedad más de una vez a los efectos del cálculo de indemnizaciones por despidos o extinción de contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 63.

El CPE comunicará la oferta a las respectivas representaciones legal y sindicales de las personas trabajadoras y la publicará en sus tabloneros de anuncios para general conocimiento de su personal por término de diez días hábiles.

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 las personas trabajadoras y los delegados y delegadas sindicales del CPE afectado y de la empresa estibadora serán consultados por el término de 15 días. Para garantizar la confidencialidad de la información y documentación que les sea facilitada y que no es comunicada a otros órganos ni utilizada para otros fines, se establece que aquella quedará sujeta a lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores.

El personal del CPE que opte al puesto de trabajo ofertado, lo comunicará al CPE y éste, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior, trasladará a la empresa estibadora contratante las solicitudes recibidas, incluyendo los datos profesionales de las personas trabajadoras y el orden de antigüedad de estos.

A la vista de los datos indicados, la empresa estibadora resolverá sobre el proceso de selección y decidirá libremente la contratación de personal para incorporar a su plantilla de entre el personal que haya optado al puesto de trabajo.

En caso de extinción del contrato por cualquier causa, salvo el despido declarado procedente, del personal de una Empresa Estibadora procedente de un CPE dará a la persona trabajadora el derecho a la reincorporación inmediata al Centro portuario de empleo con el que tuviera suspendido el contrato”-

Varios son los reproches que se realizan a este precepto:

1º.- El primero que se obliga a realizar una oferta innominada al personal del CPE cuando la empresa estibadora pretenda contratar personal del mismo, coartando la libertad de empresa y trabajador de formalizar libremente un contrato de trabajo.

Desde nuestro punto de vista, por ASOPORT se pretende asimilar la contratación del personal estibador con cualquier otro trabajador ajeno a las especialidades del sector. Téngase en cuenta que, el RD Ley 9/2019 y la Ley de empresas de trabajo temporal instituyen a los Centros Portuarios de Empleo como medio especializado para poner a disposición, con carácter temporal, a aquéllos trabajadores de las empresas socias de dichos CPEs que los requieran. No difiere sustancialmente la forma de contratación, mediante oferta innominada, de aquéllas que se producen a través de una empresa de trabajo temporal, tratándose de contrataciones temporales ordinarias ajenas al sector de la estiba, a través del contrato de puesta a disposición. Es la empresa que demanda los servicios quien contacta con el CPE o en su caso la ETT, requiriendo un trabajador y son estas últimas quienes deciden qué perfiles profesionales pueden encajar en la demanda efectuada. No puede equipararse dicha situación a una contratación ordinaria, sujeta a las

previsiones de oferta-aceptación de empresario-trabajador porque no responde a unos mismos caracteres, como así se pretende por ASOPORT. Sin olvidar que el art.1 de la LETT prevé expresamente que los CPEs operan como ETTS específicas del sector de la estiba, con las particularidades previstas en el Capítulo V y en la normativa reglamentaria de desarrollo.

2º.- Se reprocha asimismo que se obliga a consultar la contratación con la representación legal de los trabajadores, que según se argumenta, constituye una medida no para garantizar *“la calidad y garantía del empleo y nivel de ocupación de personal”*, sino una monitorización a cualquier contratación libre de la que debería disfrutar cualquier empresa estibadora. Esta argumentación debe rechazarse también pues se basa en meras aseveraciones de parte, teniendo en cuenta que la obligación de información se instituye también por la LETT en caso de contratos de puesta a disposición (art. 9) y que la presunta desviación de la finalidad de la información ofrecida, que es de todo punto confidencial, no resulta de ningún modo contrastada.

3º.- Y en tercer y último lugar, se muestra disconforme ASOPORT con la previsión contenida en el último párrafo del apartado 1º, pues en caso de extinción del contrato por cualquier causa, salvo el despido declarado procedente, del personal de una Empresa Estibadora procedente de un CPE dará a la persona trabajadora el derecho a la reincorporación inmediata al Centro portuario de empleo con el que tuviera suspendido el contrato.

De nuevo ha de verse rechazada la impugnación. Y decimos esto porque de la argumentación de ASOPORT parece desprenderse que ni el personal directamente contratado por la empresa estibadora, ni el personal contratado por la ETT, caso de terminar sus contratos de trabajo, pudieran ser contratados de nuevo, cuando dicha afirmación no se encuentra corroborada en ningún caso. Véase que el art. 15 contiene las previsiones de la contratación del personal de los CPEs por lo que es lógico que aquéllas, se refieran exclusivamente a dicho personal y no a otro ajeno a dichos centros portuarios. El hecho de que el precepto se reconozca al personal de la ETT ni al de las empresas estibadoras la posibilidad de ser nuevamente contratados, caso de culminar el contrato por cualquier causa, salvo por despido procedente, no significa que dicha posibilidad no exista, como así apunta ASOPORT. Y por otro lado, no se ofrece ninguna ventaja al personal de los CPEs, pues es evidente que la posibilidad antedicha se prevé para el caso de culminar el contrato con causa lícita, excluyendo a los despidos declarados procedentes, que no harían sino corroborar la imposibilidad de retornar al sector en supuestos en que el trabajador en cuestión, incurriera en una conducta declarada contraria a los principios básicos de la relación empleador-trabajador. No está de más añadir que la CNMC no realiza ninguna consideración al art. 15 que ahora se impugna en su informe de 10-11-2020.

6.- Art. 17: Grupos profesionales.

“Las personas trabajadoras incluidas en el ámbito personal del presente convenio se clasificarán profesionalmente, para la realización de las funciones que se detallan, en los siguientes grupos profesionales:

Grupo I - Especialista.

Grupo II - Oficial Manipulante.

Grupo III - Controlador de Mercancía.

Grupo IV - Capataz.

La descripción y enumeración de las tareas de cada Grupo, no presupone su realización en la actividad de todas las empresas.

Las personas trabajadoras realizarán las funciones, especialidades y tareas que le asigne la empresa entre las enumeradas para el Grupo profesional en que se hallen encuadrado”.

Sostiene ASOPORT que una lectura conjunta de dicho precepto junto con el art. 9 permite concluir que el V AM incurre en una contradicción, pues la actividad de “controlador de mercancía”, no forma parte de las actividades previstas en el art. 130 de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, citando al efecto STS Sala 3ª de 4-7-2014.

El art. 9 citado dispone lo siguiente: *“El Acuerdo se aplica en las actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías, definido en el artículo 130 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre que se relacionan en el Anexo I”.* Y por su parte, dicho art. 130.1 establece que *“Se consideran integradas en este servicio portuario las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte. Para tener la consideración de actividades incluidas en este servicio deberán realizarse íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto y guardar conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado”.* El Convenio incluye en su Anexo I estas previsiones, definiendo las actividades propias del V AM en el sentido expuesto por el art. 130 de la Ley de Puertos.

Se ha de desestimar esta impugnación. Si bien es cierto que el art. 130 de la Ley de Puertos no define dentro de las actividades de estiba y desestiba la de “controlador de mercancía” y que la aludida sentencia de la Sala Tercera tampoco la incluye dentro de dicho concepto, a los solos efectos de obtener la inclusión de un trabajador en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (la Sala Tercera apunta las funciones efectivamente realizadas para llevar a cabo o no el encuadramiento), no lo es menos que el art. 8 del V AM, al referirse al ámbito personal del convenio prevé que éste será aplicable *“a las personas trabajadoras de la estiba portuaria que presten servicios para las Empresas Estibadoras y los CPE en las actividades del ámbito funcional y en las eventualmente encomendadas por sus empleadores”*, de manera que esta última previsión engloba todas aquéllas complementarias a las previstas en el art. 130.

Si ello es así, de la lectura del art. 17.3 y de las funciones que en él se prevén atinentes a los controladores de mercancía (profesional portuario que siguiendo las instrucciones del empresario, del capataz o capataz general, coordina y controla física y administrativamente la entrada y salida de mercancías, los movimientos de mercancías y sus continentes, número y peso de unidades, ubicación y localización de elementos, clasificación, identificación, recepción, entrega, verificación de la relación de mercancías objeto de carga, descarga, recuentos, ritmos y frecuencias, etc., relativos a las operativas portuarias mediante la aplicación de procedimientos técnico-administrativos de obtención y fijación de datos, elaboración y procesamiento de la información y transmisión de resultados, inspección ocular, etc.), es evidente que estas últimas complementan la actividad estricta de estiba y desestiba definida por el art. 130 de la Ley de Puertos, que por otro lado se traslada al Anexo IV del V AM y encaja en el ámbito personal y funcional del convenio en interpretación conjunta de los preceptos transcritos. Además de todo lo anterior, SAN citada por la demandante se refiere a un supuesto de encuadramiento profesional, que nada tiene

que ver con la cuestión que ahora nos ocupa, lo que dirige nuestra conclusión a desestimar la impugnación del art. 17 en los términos expuestos por la parte actora.

7.- Art. 18: Promoción profesional.

Impugna ASOPORT el párrafo tercero de este precepto que dice lo siguiente: *“Las empresas estibadoras comunicarán a sus representantes legales y sindicales la implantación de nueva tecnología o maquinaria para permitir el desarrollo de los procesos formativos del personal por cualquiera de las modalidades de impartición previstas legalmente. La información comunicada a los representantes legales y sindicales al amparo de este artículo queda sometida al deber de sigilo, resultando de aplicación lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, los representantes deberán garantizar la confidencialidad de la información y su uso exclusivo en el ámbito y para los fines que motivaron su entrega”.*

Según se argumenta, esta información entraña un riesgo de difusión de información comercialmente sensible.

Asimismo, se muestra contraria la asociación demandante al penúltimo y último párrafo del citado precepto, que estipulan las siguientes previsiones:

“En el supuesto de que una persona trabajadora integrada o adscrita en la plantilla de una empresa esté acreditada para acceder a un grupo profesional superior o especialidad dentro del mismo grupo y no exista puesto de trabajo de ese grupo en la empresa donde viniera prestando sus servicios, podrá solicitar y, tendrá derecho a obtener, la reincorporación al CPE con el que tenga el contrato suspendido.

Con antelación a la nueva contratación de personal en las plantillas de los CPE o de las empresas estibadoras conforme a lo previsto en el artículo 15, el empleador deberá realizar un proceso de promoción profesional al que tendrá derecho de acceso el personal del ámbito de este Acuerdo de la empresa afectada y el del CPE del que sea socio”.

Según refiere la parte actora, dichos párrafos confieren una posición privilegiada al personal de los CPEs frente a los provenientes de otras formas de contratación (personal de la empresa estibadora y ETTs), que ya fue sancionada por esta Sala en la impugnación del art. 12.2, apartados 2 y 5, en la impugnación del IV AM, por contravenir lo dispuesto en el art. 2 del RD Ley 8/2017 y atentar contra el principio de libre concurrencia en el sector de la estiba.

En relación con el párrafo tercero, al margen de que de nuevo la parte actora sustenta su petición en una mera probabilidad o situación incierta, sin cita de precepto alguno o norma que resultaría conculcada, no está de más decir que la impugnación debe rechazarse desde el momento en que el precepto, acto seguido al establecimiento de una labor de comunicación a la representación legal de la empresa y de los trabajadores de la implantación de nuevas tecnologías *“para permitir el desarrollo de los procesos formativos del personal por cualquiera de las modalidades de impartición previstas legalmente”*, impone un deber de sigilo y secreto de las comunicaciones efectuadas en tal sentido. Podrán ejercerse en su caso las acciones legales oportunas, caso de utilizarse la información para aspectos distintos a los previstos en el acuerdo marco, pero expulsar dicha previsión del ordenamiento, con base únicamente en meras conjeturas o riesgos de utilización desviada de la información proporcionada, no resulta acorde a derecho según criterio de esta Sala, rechazándose así la argumentación expuesta. Toda norma jurídica, pacto o convenio corre

el riesgo de ser incumplido, pero ello no torna su contenido en ilegal “a priori”, como así se pretende por la asociación demandante.

A ello puede añadirse que la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales prevé en su art. 1.1 que *“A efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:*

a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;

b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y

c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto”

Y se añade en su apartado 3º que “(l)a protección de los secretos empresariales no afectará a la autonomía de los interlocutores sociales o a su derecho a la negociación colectiva. Tampoco podrá restringir la movilidad de los trabajadores; en particular, no podrá servir de base para justificar limitaciones del uso por parte de estos de experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional o de información que no reúna todos los requisitos del secreto empresarial, ni para imponer en los contratos de trabajo restricciones no previstas legalmente”.

Su art. 2 consagra que la obtención de la información constitutiva del secreto empresarial se considera lícita cuando se realice por alguno de los medios siguientes:

“c) El ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes”.

Lo que no hace sino consagrar que la utilización de información secreta o sensible no puede ampararse en meras probabilidades, cuando expresamente se impone el deber de sigilo y se obtiene de forma lícita por uno de los canales de comunicación previstos en la Ley de Secretos empresariales, como es, el ejercicio del derecho de información de los trabajadores y sus representantes sobre concretos aspectos.

Respecto a la impugnación del penúltimo y último párrafo del art. 18, por la demandante se realiza un paralelismo con el art. 12.2 del IV acuerdo marco, que fue anulado por Sentencia de esta Sala de 31-5-2021, procedimiento 73/2020, si bien, las consideraciones realizadas en dicha resolución no pueden trasponerse de forma mimética a la presente impugnación. Decimos esto porque en la citada sentencia, al examinarse la impugnación del apartado segundo del art. 12, la Sala realizó las siguientes consideraciones:

“El apartado segundo del artículo 12 del IV Acuerdo Marco reconoce a la OEE como único sujeto competente para la clasificación profesional y para establecer los sistemas para la promoción profesional del personal estibador, lo cual atenta contra la facultad de organización y dirección de las empresas estibadoras, en tanto que les obliga a delegar una serie de cuestiones, como son la clasificación y la promoción profesionales, a la OEE. La expropiación a las empresas estibadoras o a otros operadores de trabajo temporal del sistema promoción en favor del monopolio de la OEE resulta contrario al bloque normativo al

que venimos haciendo referencia y merece ser expulsada del IV Acuerdo Marco. De tal manera que, las obligaciones impuestas a las empresas estibadoras y la posición preeminente de la OEE sobre aquéllas atentan contra la libertad de las empresas estibadoras de ejercer sus facultades de dirección y organización del trabajo sobre el personal estibador bajo su dependencia, contraviniendo el artículo 3 del RD-ley 9/2019, y la libertad de establecimiento ex artículo 49 del TFUE. 175”.

Véase que el art. 12.2 del IV AM estaba conformado por cinco apartados diferenciados, estipulando el art. 12.2.1 que *“La clasificación profesional y los sistemas para la promoción profesional del personal de relación laboral especial y común corresponderán, exclusivamente, a la OEE, en este último caso, por delegación de las empresas que se pacta en este Acuerdo con carácter general. En tal sentido, los OEE organizarán e impartirán, por si mismos o mediante la contratación de servicios que estime necesarios o convenientes, la formación profesional necesaria para mantener un alto nivel de profesionalidad entre los estibadores portuarios. Asimismo, asumirá como consecuencia de la delegación indicada anteriormente la expedición de certificaciones de formación”.*

Es la facultad de fijar los sistemas de clasificación y promoción profesional otorgados por el citado precepto de forma exclusiva a la OEE la que según la sentencia previa dictada por esta Sala la que es contraria a la libertad de empresa y libertad de establecimiento, facultad que ha desaparecido de plano en el nuevo texto del V AM. Ello nos conduce a concluir que las aseveraciones efectuadas en nuestra resolución antecedente, se enmarcan en un contexto normativo diferente, y no pueden trasladarse de forma automática a la impugnación de los párrafos penúltimo y último del art. 18 del V AM. En concreto, el penúltimo párrafo prevé una facultad voluntaria y no preceptiva a aquéllos trabajadores que, integrados o adscritos en la plantilla de una empresa estén acreditados para acceder a un grupo profesional superior o especialidad dentro del mismo grupo y no exista puesto de trabajo de ese grupo en la empresa donde vinieran prestando sus servicios, para solicitar y, con derecho a obtener, la reincorporación al CPE con el que tenga el contrato suspendido, opción que será el trabajador concreto el que evalúe y sopesa, en orden al mantenimiento de unas condiciones laborales más favorables, lo que no contraviene la libertad de empresa y establecimiento.

Y lo mismo ha de decirse respecto al último párrafo, que impulsa el mantenimiento de los contratos ya existentes en la empresa, y de los trabajadores vinculados a la misma, antes de acceder a la contratación externa de terceros, decisión empresarial enmarcada dentro de las facultades de autoorganización del servicio y que no obstante, tampoco excluiría de plano una ulterior contratación de terceros trabajadores.

8.- Art. 19: Criterios para la promoción profesional y resolución de discrepancias sobre clasificación y promoción profesional.

Dispone este precepto lo siguiente:

“La promoción o reclasificación de las personas trabajadoras del ámbito personal del Acuerdo se regirá por los siguientes criterios:

a) El sistema garantizará la plena igualdad de oportunidades para acceder a todas las promociones y ascensos que se efectúen en su respectivo ámbito entre las personas trabajadoras de las propias empresas y las de los CPE de los que sean socias

b) *En todo caso, los criterios de ascensos y promociones serán comunes para las personas trabajadoras de uno y otro sexo, y deberá respetar asimismo el imperativo de no discriminación por las demás circunstancias referidas en el artículo 17 del ET.*

c) *Las ofertas de promoción serán publicadas en el tablón de anuncios de la empresa y del CPE del que, en su caso, sea socia. Además, serán comunicadas a la representación legal y sindical de la empresa que oferte la promoción profesional y tendrán acceso, previa la selección correspondiente, todas las personas trabajadoras independientemente del grupo profesional y especialidades que tengan reconocidas, sin perjuicio de los criterios de preferencia que se convengan.*

d) *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.*

e) *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”.*

Dos son los reproches que se realizan a este precepto: a) El primero, que su apartado a) consagra una posición privilegiada del personal de las empresas estibadoras y de los CPE frente al personal de las ETT; b) El segundo, que el precepto atribuye competencias para resolver las discrepancias en materia de promoción y clasificación profesional a la CPSE, lo cual posibilita que empresas competidoras –pertenecientes a ANESCO, única asociación empresarial con presencia CPSE–, puedan acceder a información sensible de sus competidores. Y vuelven de nuevo a citarse los informes de la CNMC de 8 de mayo y 28 de julio de 2020, así como la Sentencia de esta Sala de 31-5-2021, que anuló el art. 12.2.3.a) del IV AM.

Comenzando por esta última cuestión, olvida ASOPORT que en el último de los informes de la CNMC de 10-11-2020 no se realiza ninguna consideración a lo previsto por el art. 19 del V AM, por lo que huelga añadir que ninguna eficacia tendrían las aseveraciones expresadas en informes anteriores ya superados, que insistimos ninguna vinculación producen a esta Sala. En lo que respecta a la nulidad del art. 12.2.3.a) del IV AM, lo cierto y verdad es que, al margen del análisis de la posición preeminente de la OEE para fijar los sistemas de clasificación y promoción profesional, y que desembocó en la nulidad de todo el art. 12.2, la Sala no realizó consideración alguna respecto a las cuestiones que ahora se nos plantean, por lo que de nuevo, no resulta vinculada esta sentencia por la resolución que le precede.

Dicho lo anterior, tampoco podemos estimar la presente impugnación. Respecto al apartado a), el art. 19 consagra el principio de igualdad de oportunidades entre las personas trabajadoras de las propias empresas y las de los CPE de los que sean socias, en caso de promoción o reclasificación, principio acorde con las especificidades de un sector en el que, los CPE se instituyen como empresas de trabajo temporal propias de aquél (art. 2 de la LETT) y 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 social del CPE. Ya adelantamos en apartados anteriores, que conforme al art. 18.4.a) de la LETT, la 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 estibadora y de los CPE. Tratar de 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 como así se sostiene por ASOPORT.

En cuanto al posible acceso de información sensible por parte de los competidores de ANESCO, única asociación profesional que forma parte de la CPSE, no se especifica qué concreta información restringida pudiera ponerse en conocimiento de aquella, máxime cuando las discrepancias a resolver afectan a aspectos atinentes a la promoción y clasificación profesional de los trabajadores, volviendo de nuevo ASOPORT a fundar su impugnación en una suerte de dato incierto, que no especifica, lo que ratifica nuestra posición tendente a desestimar también esta impugnación. A las consideraciones realizadas en la impugnación del art. 18 nos remitimos.

9.- Art. 22.- Límite a la movilidad funcional.

Dispone este precepto lo siguiente:

“La polivalencia y movilidad funcional previstas en el presente capítulo solo serán aplicables en el ámbito de una empresa estibadora cuando la formación en todas las especialidades haya sido ofertada por la misma en condiciones de igualdad para el personal del CPE del que, en su caso, sea socia y para el personal integrado o adscrito en la plantilla de la empresa y cuando se cumpla la garantía de ocupación y calidad en el empleo mediante el porcentaje mínimo de contratación indefinida, retribución mínima garantizada y la ocupación mínima convenidos en los artículos 12, 28 y 51.

Asimismo, la aplicación de las disposiciones de este capítulo está condicionada 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 establecidos en desarrollo del mandato contenido en el artículo 2 del Convenio Internacional de la OIT n.º 137 sobre el trabajo portuario para el reparto equitativo del empleo y la garantía de los intereses económicos y sociales de las personas trabajadoras”.

Argumenta ASOPORT que el precepto exige el cumplimiento de los arts. 12 y 28 del V AM, que a su juicio son contrarios a los RD Leyes 8/2017 y 9/2019: la Sala ya ha rechazado previamente la nulidad del art. 12 y por lo que respecta al art. 28, ASOPORT no impugna el porcentaje mínimo del 85% de contratación mínima exigida por el art. 28.1 del VAM, por lo que la exigencia de cumplimiento de dicho porcentaje, entre otros requisitos, no condicionaría la nulidad del apartado primero del art. 22. Asimismo, se afirma que la interpretación literal del apartado segundo, obliga a las empresas socias del CPE a acudir al personal de este último para atender a todas sus necesidades de mano de obra, lo que es contrario a la libertad de contratación, con claro privilegio del personal de los CPE frente a las ETT.

La interpretación literal del precepto antedicho, no consagra la conclusión que se dice por ASOPORT. Lo que el precepto instituye es la necesidad de que el personal de los CPE obtenga una ocupación efectiva por parte de las empresas que forman parte del mismo, ahondando en el mantenimiento del empleo de dicho personal ya consagrado por el art. 18 de la LETT, pues caso de no instituirse un compromiso como el anterior, quedarían dichos trabajadores relegados respecto al personal propio de la empresa estibadora. Pero ello no comporta, como así se sostiene, que se restrinja la posibilidad de contratación a través de

las ETTs, ni que necesariamente todas las necesidades de las empresas estibadoras deban ocuparse por personal de los CPEs.

10.- Art. 23: Organización de la plantilla de los CPE y promoción profesional.

“Los CPE organizarán las plantillas de forma que se disponga de personal suficiente en los distintos grupos profesionales y especialidades para cubrir la actividad habitual de las empresas estibadoras.

Para la promoción profesional del personal incluido en los ámbitos del Acuerdo el personal deberá contar con la acreditación profesional para la realización de funciones del grupo profesional o especialidad para lo cual, los CPE y las empresas estibadoras socias del CPE vienen obligados a facilitar la formación necesaria disponiendo los recursos económicos y materiales precisos.

La convocatoria, pruebas, puntuación y prelación, se hará con criterios objetivos según las normas pactadas en convenio o acuerdo sectorial de ámbito inferior disponiendo los medios formativos necesarios (formadores, material y maquinaria) permitiendo el acceso al personal de los CPE conforme a lo dispuesto en este capítulo”.

Al descriptor 80 de autos, se amplía la impugnación del V AM a su art. 23, sosteniendo ASOPORT que dicho precepto erige a los centros portuarios de empleo (en adelante, CPE) como únicos proveedores de mano de obra de las empresas estibadoras, cuando lo cierto es que la liberalización del sector habilitaría a que otros operadores, como las empresas de trabajo temporal, e incluso las propias empresas estibadoras dispongan de personal para cubrir las necesidades de éstas.

Huelga reiterar lo ya dispuesto en el apartado anterior respecto a la impugnación del art. 22, añadiendo que las previsiones del art. 23 en los que se dispone la organización de la plantilla de los CPE no instituye a los mismos como únicos proveedores de mano de obra, rechazándose el argumento expuesto por la demandante.

11.- Art. 25: Modalidades de contratación y contratos a tiempo parcial.

La impugnación del precepto se centra en la fijación, por su párrafo tercero, de la siguiente previsión: *“La modalidad de contratación a tiempo parcial deberá realizarse por un mínimo del 50% de la jornada ordinaria equivalente en el mismo periodo de referencia (...)”.* A su juicio, la fijación de un porcentaje mínimo de jornada para contratar a tiempo parcial resulta injustificada y limita la libertad de contratación y organización, ex RD Ley 8/2017 y RD Ley 9/2019. Y que dicha previsión es similar a la redacción del art. 6.3.1 del IV AM, que fue anulado por la sentencia de esta Sala de 31-5-2021.

La fijación del porcentaje mínimo de contratación a tiempo parcial no resulta absoluta, permitiendo el precepto acudir al mecanismo previsto en el art. 82.3 ET para su inaplicación, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que impidan la contratación mínima exigida, aprobándose como inaplicación de convenio previo, lo que de ningún modo condiciona como así parece desprenderse de la argumentación de ASOPORT que no pueda aplicarse dicho mecanismo, si verdaderamente concurre causa para ello. En cuanto al pacto de horas complementarias, no existe previsión legal alguna que impida dicho pacto, lo que no permite declarar su ilegalidad, máxime cuando el mismo se encuentra expresamente limitado a un porcentaje concreto de realización de dichas horas complementarias.

12.- Art. 26: Periodo de prueba.

La impugnación de este precepto versa sobre su último párrafo, en el que expresamente se dice lo siguiente: *“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”*.

Sostiene ASOPORT que el citado precepto impone a las empresas estibadoras una serie de requisitos que desnaturalizan el periodo de prueba, en el que de ordinario, el contrato se extingue sin exigirse causa alguna. La regulación del periodo de prueba a juicio de la asociación demandante, instituye a la extinción de la misma en una suerte de despido, que exige incluso informe a la CPSE, con audiencia de la representación legal y sindical.

De la redacción del precepto antedicho no se desprende que la decisión de culminar el contrato por no superación del periodo de prueba, sea ajena a la regulación general de este último, pues en el penúltimo párrafo del precepto se dice expresamente que *“(d)urante el periodo de prueba, tanto la empresa como la persona trabajadora podrán desistir del contrato, sin ninguna necesidad de preaviso y sin que ninguna de las partes tenga derecho a indemnización”*, de manera que la regulación examinada no convierte la extinción contractual en una suerte de despido, como se afirma por ASOPORT. Tampoco condiciona el precepto la decisión empresarial a un dictamen vinculante o favorable por parte de la CPSE, limitándose la exigencia a la emisión de un informe por parte de la empresa en el que se evalúa el trabajo desempeñado y la formación adquirida, con audiencia (que no instrucción alguna de seguimiento preceptivo) de la representación legal de la empresa y sindical de los trabajadores previo a la decisión de superación o no del periodo de prueba. Como colofón a lo anterior, el art. 14 ET estipula que la regulación del periodo de prueba es materia disponible para la negociación colectiva, aplicándose los límites que las normas convencionales establezcan.

13.- Art. 27: Contratos formativos.

Se dice en el párrafo primero de este precepto: *“Se acuerda aplicar a los contratos formativos, en aplicación y desarrollo de lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores y con la finalidad de posibilitar y favorecer la capacitación profesional plena como estibadores portuarios del personal de los CPE y de las empresas estibadoras, con los límites establecidos en el artículo 12 el Acuerdo, y en atención a las características del sector, las condiciones y reglas que se indican a continuación (...)”*

Asimismo, y en relación al apartado del precepto, denominado “Reglas comunes a los contratos formativos” se dice en el subapartado a): *“La Comisión Paritaria Sectorial Estatal podrá concretar el número y características del personal con contrato formativo que pueda 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”*. Según ASOPORT, esta previsión, atenta contra la libertad de la empresa estibadora a la hora de determinar cuántos contratos formativos puede concertar.

De nuevo han de verse rechazadas las argumentaciones de la parte actora. Impugna ASOPORT la mención contenida en el párrafo primero, en la que solo se menciona al personal de los CPEs y de las empresas estibadoras, lo que no excluye la contratación de terceros trabajadores a través de dicha modalidad de contratación, y la aplicación de las disposiciones previstas en el art. 27, que a juicio de esta Sala es lo relevante, más allá de que en él no se nombre con carácter enunciativo a personal de las ETTs. El hecho de que la CPSE pueda concretar el número y características del personal con contrato formativo no excluye la facultad de fijar el mismo por la empresa estibadora, pues el propio art. 27, en su apartado “reglas comunes a los contratos formativos” prevé en el subapartado c) que *“(e)n cada empresa estibadora o CPE y para cada operativa se determinará el número máximo de contratos formativos que sean adecuados para no afectar los niveles de rendimiento y productividad de estas, con garantía de la seguridad laboral para el alumnado y el personal interviniente en las operativas”*, de modo que es la empresa quien determina el personal sujeto a dicha modalidad, sin perjuicio de que, en supuestos específicos y atendiendo a razones justificadas de prevención de riesgos, organización del trabajo y cumplimiento de objetivos formativos, pueda el CPSE apuntar el número y características del personal adscrito a contratos formativos.

14.- Art. 28: Principios, obligaciones y procedimiento para la contratación de personal por las empresas estibadoras y los centros portuarios de empleo.

Se dice en el apartado 1, principios generales lo siguiente:

“Los ingresos de nuevas personas trabajadoras a las plantillas de las Empresas Estibadoras o de los CPE será libre de conformidad a la legislación vigente y se realizará conforme a los principios, obligaciones y procedimiento de este Acuerdo.

En cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio 137 OIT, sobre trabajo portuario sobre el aseguramiento de períodos mínimos de empleo o ingresos mínimos, las Empresas Estibadoras y los Centros portuarios de empleo (CPE) deberán dar ocupación efectiva en un mínimo del 85% del nivel de empleo óptimo al personal contratado.

El cómputo del porcentaje mínimo de ocupación efectiva se realizará, de forma individualizada, por Empresa Estibadora y por Centro portuario de empleo (CPE). Los contratos de puesta a disposición no computarán, a estos efectos, para la empresa usuaria no socia si el CPE no cumple con el porcentaje mínimo de ocupación.

Las personas con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que las personas con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”.

Alega ASOPORT que dado que se exige un 85% de ocupación efectiva, el hecho de que los contratos de puesta a disposición de las empresas no socias del CPE no computen si este último no cumple con esta ratio mínima de ocupación, perjudica a estas últimas y a las ETTs. Sin embargo, esta conclusión no puede ser avalada por esta Sala. No es que el precepto imponga a las ETT o empresas estibadoras no socias consecuencias negativas si no se cumple la ratio mínima de ocupación. Véase que a la empresa socia del CPE se le exige cumplir con ese 85%, al igual que al CPE, pues el cómputo del porcentaje mínimo de ocupación efectiva se realizará, de forma individualizada, por cada uno de ellos. Si la

empresa no socia o la ETT computara los contratos de puesta a disposición sin que el CPE alcanzara dicho objetivo, ocuparía una posición privilegiada frente a la empresa socia que, de forma imperativa, junto con el CPE, debe cumplir ese 85%. En definitiva el precepto no propugna una posición negativa de las empresas no socias y de las ETTs frente a las empresas estibadoras socias, como sostiene ASOPORT sino que garantiza que en cualquier caso, los ratios sean cumplidos por los CPE, incluso cuando los contratos de puesta a disposición se realizan con empresas estibadoras no socias.

Asimismo se dice por ASOPORT que los apartados 2 a 4 del art. 28 imponen la solicitud de un informe a la RLT previo a la contratación, pese a reconocer que la contratación es libre, e impone una serie de marcadores de calidad en el empleo (nivel óptimo, de ocupación y de ingresos) similares a los previstos en el art. 6 del IV AM que fue anulado por sentencia previa de esta Sala.

En cuanto al informe previo de la RLT, el art. 28.2 del V AM establece que *“La contratación de nuevo personal será libre y compete en exclusiva a dichas entidades. Los empleadores lo comunicarán a su representación legal y sindical a los efectos de que se emita informe previo y no vinculante”* de manera que si el informe no vincula al empleador, no se entiende en qué aspecto pudiera vulnerarse la legalidad vigente.

Y por lo que respecta a los indicadores de calidad en el empleo, el análisis de nuestra sentencia precedente sobre el art. 6 se centró en la imposición de *“condiciones o requisitos ajenos a la entidad que ejerce el papel de empleador, así como las facultades de nombramiento del personal o la posibilidad de traslado de un puerto”*, regulándose únicamente como incorporación posible *“la efectuada a través de la OEE, de manera que quedaría impedida la contratación de personal estibador de manera libre y directa por parte de las empresas titulares de la licencia de actividad de servicios portuarios de manipulación de mercancías. Y limita asimismo la contratación a través de cualquier ETT”* imponiéndose *“restricciones a las empresas de otros Estados miembros dedicadas al servicio portuario de manipulación de mercancías que deseen operar en territorio español, que verían imposible acceder a la contratación directa de personal estibador*. Pero lo cierto y verdad es que de ningún modo se analizó de forma pormenorizada los citados indicadores que ahora se impugnan, por lo que la sola referencia a la sentencia precedente de esta Sala que conforme a lo expuesto, no puede sustentar la impugnación descrita, desestimándose la misma.

15.- Art. 29: Condiciones de contratación y calidad en el empleo.

“29.1 Contrato de ingreso.

El ingreso de nuevo personal se producirá una vez se hayan agotado las posibilidades de promoción profesional de todas las personas trabajadoras”.

Sostiene ASOPORT que esta previsión supone un atentado contra la libertad de contratación consagrado en el RD Ley 8/2017 y la libertad de organización y dirección de la empresa estibadora prevista en el art. 3 del RD Ley 9/2019.

Asimismo, impugna el apartado segundo en el párrafo que dice que *“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”*, pues se excede de lo dispuesto en el art. 3 del RD Ley 8/2017 para la capacitación

y se vulnera la STJUE de 11-2-2021 al determinarse las acciones formativas mediante acuerdo de las partes en el seno de la CPSE.

A juicio de esta Sala el hecho de que el V AM prevea agotar las posibilidades de promoción profesional no atenta contra la libertad de contratación, pues dicha medida busca y protege la estabilidad del personal, objetivo previsto de forma expresa por el RD Ley 9/2019, de 29 de marzo, y al que el art. 3 de la norma, vincula directamente con la negociación colectiva y la posible adopción de medidas complementarias para la mejora de la calidad y estabilidad en el empleo.

En cuanto a las acciones formativas, el art. 3 del RD Ley 8/2017 impone los requisitos mínimos de capacitación mediante la obtención del certificado de profesionalidad y realización de prácticas profesionales sin que el establecimiento de una formación adicional y complementaria, tendente a mejorar la capacitación del trabajador, vulnere lo dispuesto en el precepto reglamentario, que prevé la formación mínima exigida.

Y por lo que respecta a la fijación de dicha formación por acuerdo en el seno de la CPSE, la sentencia del TJUE aludida regula un supuesto bien diferente al que ahora se aborda, pues lo que se trata en aquélla es que la regulación de un aspecto sustancial como es la consideración de trabajador portuario no puede ejecutarse por un órgano administrativo, cuestión radicalmente distinta a la fijación de acciones formativas complementarias que no tiene encaje en la doctrina invocada.

16.- Art. 31: Adecuación dinámica de la plantilla a las necesidades operativas.

Con carácter previo, vuelve ASOPORT a realizar una referencia expresa a la nulidad del art. 6 acordada en nuestra sentencia previa, y de la que debería inferirse también la nulidad del art. 31 que ahora se impugna, remitiéndose esta Sala a las consideraciones anteriores allí efectuadas y la imposibilidad de realizar una trasposición mimética a la impugnación presente.

Añade ASOPORT argumentos atinentes al apartado 2º de este art. 31 que dice lo siguiente:

“31.2 Criterios y medidas para la adecuación temporal de la plantilla a la actividad.

Quando por una empresa estibadora o centro portuario de empleo incluidos en el ámbito personal del convenio se prevea un descenso de la actividad anual que pueda generar un nivel de ocupación inferior al 85% del nivel óptimo de empleo, un tercero independiente designado al efecto por la propia empresa o centro portuario de empleo analizará, previa consulta con la representación legal y sindical de la empresa, las necesidades de empleo de otras empresas o centros portuarios de empleo en el ámbito funcional del convenio en el mismo puerto al objeto de ofertarles la incorporación del personal excedente. Para la elaboración y realización de la oferta, el tercero independiente contratado al efecto guardará la más estricta confidencialidad sobre la información facilitada por las empresas, en especial sobre sus perspectivas de carga de trabajo y actividad futura, que se abstendrá de comunicar a las demás. El referido tercero deberá garantizar en todo momento su independencia y, en particular, la ausencia de vínculos profesionales, societarios o familiares con las partes firmantes del Acuerdo Marco o cualquiera de los sujetos afectados por el mismo. Las conclusiones y propuestas que se realicen el tercero sobre recolocación del personal a cualesquiera de las empresas afectadas serán notificadas separadamente a la representación legal y sindical de cada una de las empresas destinatarias de dichas propuestas y no identificará a la empresa de procedencia del personal, que tampoco podrá

conocer la identidad de dichas empresas destinatarias. La RLT del personal afectado tendrá derecho a que el tercero independiente les informe sobre el número de vacantes potenciales en el puerto sin identificar a las posibles destinatarias. En el supuesto de inexistencia de acuerdo para la recolocación del personal excedente, se procederá a implantar un Plan Social de acompañamiento que podrá incorporar medidas de suspensión temporal de los contratos, aplicando preferentemente los periodos de suspensión a la realización de los pertinentes cursos y labores de formación de los estibadores afectados por las mismas”.

Reprocha ASOPORT al precepto que la cláusula propuesta restringe la libertad de autoorganización empresarial de las empresas estibadoras y resulta contraria al principio de libertad de empresa consagrado constitucionalmente, al forzar o, al menos, incentivar la adecuación de la plantilla mediante la recolocación de los trabajadores en otras empresas del puerto, siendo la información de la plantilla a recolocar materia de conocimiento público al poder adivinarse los datos de las empresas afectadas.

Esta argumentación carece de fundamentación a juicio de esta Sala. El nombramiento de un tercero independiente busca precisamente dar solución al supuesto en que el nivel de trabajo no permita cubrir el 85% de nivel de empleo exigido, recolocando a los trabajadores que pudieran verse afectados, garantizando la estabilidad en el empleo y el mantenimiento de los contratos de trabajo concertados. El informe para la posible contratación de dichos trabajadores por otras empresas se realiza por tercero independiente, especificándose que no deberá tener vínculo alguno con los miembros del CPSE y con imposición de un deber de confidencialidad escrupuloso en el tratamiento de la información y comunicación de la misma a la RLT y empresa. De nuevo se mueve la demandante en el terreno de las hipótesis, ante la imposibilidad, cierta o no, de conocimiento de la información, que imposibilita como ya hemos apuntado anteriormente en la presente resolución, la prosperabilidad de la impugnación.

17.- Arts. 32: Procedimiento de selección de personal. Art. 33: Participación de la representación del personal.

Sostiene ASOPORT que la fijación de un proceso de selección tasado constituye un ataque a la libertad de contratación previsto en el art. 2 del RD Ley 8/2017 en la medida en que el único requisito legal para la contratación es la obtención del certificado de profesionalidad exigido en el artículo 3 del propio RD-ley 8/2017. Asimismo, impugna el art. 33 del V AM en el que expresamente se dispone: *“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”.* Y añade que la sentencia previa de esta Sala anuló el art. 7 del IV AM, que contiene términos similares a los previstos en el art. 32 del V AM, por lo que debería alcanzarse el mismo resultado.

Empezando por esta última cuestión, es importante apuntar que nuestra resolución previa anuló el art. 7 utilizando un primer argumento en el que se apuntaba que el precepto *“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”.* Dicha contratación exclusiva ha sido eliminada del V AM, pues el art. 32.1 prevé expresamente que *“(l)a selección del personal corresponderá en exclusiva a las Empresas Estibadoras y a los CPE en su condición de empleadores, con respeto a lo*

previsto en el artículo siguiente”, dándose entrada a dichos sujetos en la selección del personal, lo que no ocurría en el anterior Acuerdo Marco.

Por lo que respecta a la fijación de unas normas de selección, se apuntaba en nuestra sentencia previa que la imposición de aquéllas suponía “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”.

Sin embargo, pese a las consideraciones anteriores, esta resolución ha de alcanzar una conclusión contraria a la respuesta dada en nuestra Sentencia previa. Desde nuestro punto de vista, el certificado de profesionalidad es el requisito indispensable que todo estibador portuario debe poseer si quiere ser contratado, y así lo exige la Ley de Puertos. Pero ello 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 tomando en consideración datos adicionales que no redundan sino en la profesionalidad de los candidatos. 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 el acceso a los puestos de trabajo, que pudieran ofertarse a través del proceso previsto en aquél. Piénsese en los procesos de selección previstos en empresas de carácter público (Renfe o Correos) en los que la titulación para un determinado puesto, no es óbice para la fijación de otros requisitos de acceso que se prevén en el proceso selectivo de que se trate. Y aun cuando pudiera argumentarse que dichas empresas forman parte del sector público, y por ende, sus requisitos de acceso operan en ámbitos distintos que en la contratación privada, nada obsta para que el modelo descrito pueda trasladarse a empresas privadas a través del instituto de la negociación colectiva, siempre que las partes implicadas estén conformes en la exigencia del referido proceso selectivo.

Tampoco puede afirmarse que ello impide a terceros operadores tener acceso al sector español, pues precisamente se unifican los criterios, exigiéndose los mismos que los previstos para las empresas incluidas en el ámbito funcional del V AM. Por ello, esta impugnación también ha de ser desestimada.

18.- Arts. 34 (Medidas convencionales para la garantía y estabilidad en el empleo); art. 35 (Recolocación convencional por continuidad de la actividad en casos de disolución parcial o total del CPE); art. 36 (Subrogación convencional por sucesión de empresas) y art. 37 (Efectos, procedimiento y condiciones de la recolocación por disolución parcial o total del CPE y subrogación convencional por sucesión de empresas).

Disposición Transitoria: *“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 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”.

Conforme a los citados preceptos, los supuestos en que el V AM impone la subrogación de trabajadores, son los siguientes:

1. Cuando los socios acuerden, por cualquier causa, voluntaria o forzosa, la disolución total o extinción del CPE, cesando en su actividad y los antiguos socios titulares del servicio portuario de manipulación de mercancías continúen desarrollando tal actividad.
2. Cuando se acuerde la disolución parcial o separación de una empresa estibadora del CPE, y el socio separado continúe en la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en régimen de autoprestación y para ello requiera contar con personal adicional al que tuviera contratado en su plantilla.
- 3.- Por sucesión de empresas: cuando por cualquier modo válido en derecho se transmite toda o parte de la actividad realizada por un titular del servicio portuario de manipulación de mercancías integrado en un CPE a otro que opera en el mismo puerto y que realizará la actividad sin solicitar al mismo CPE la puesta a disposición de personal con el nivel de ocupación garantizado.

Y sólo se prevén dos supuestos en los que no hay obligación de subrogar:

- 1.- DT única V AM: Si la empresa estibadora decide separarse del CPE en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor del V AM.
- 2.- Si en el plazo de 2 meses desde la entrada en vigor de la Ley 4/2022, los CPE no adaptan sus estatutos a la nueva redacción del artículo 18 y de la disposición adicional séptima de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, o no celebran con cada socio el contrato marco de prestación de servicios.

Las condiciones de la subrogación del V AM, son las siguientes:

- 1.- La subrogación va precedida de la realización por parte de la empresa saliente y el CPE de una autoevaluación de las eficiencias de la recolocación de personal y las necesidades de personal vinculadas directamente a tal actividad. Si hay discrepancias: se nombra a un tercero. Si el informe no acredita las eficiencias de la recolocación: la empresa saliente no está obligada a subrogar.
- 2.- Cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que pudieran fundamentar la extinción de contratos de trabajo o incida negativamente en los niveles de empleo y ocupación del personal del CPE, la empresa saliente deberá efectuar una aportación al CPE por importe equivalente a la indemnización que procediera en caso de despido colectivo por cada persona afectada no subrogada o recolocada.
- 3.- El personal tiene derecho a la incorporación voluntaria en la empresa estibadora.

4.- El derecho a la recolocación se producirá en los términos establecidos en el artículo 44 ET y será efectiva en el momento en el que se produzca alguno de los supuestos regulados en los artículos 35 y 36. La empresa estibadora no tiene que respetar las mejoras en las condiciones laborales que, no estando previstas en los convenios colectivos de aplicación, se hayan otorgado a las personas trabajadoras en los 120 días naturales anteriores a la recolocación.

5.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las personas trabajadoras procedentes del CPE cedente, tanto en los supuestos de recolocación total como parcial, les será de aplicación el presente convenio colectivo y el convenio o acuerdo colectivo de ámbito inferior. No obstante, cuando concorra con convenio colectivo de ámbito empresarial, la empresa cesionaria deberá respetar a las personas trabajadoras subrogadas como garantías «ad personam», los derechos que expresamente se prevén en el art. 37.d) del V AM.

Se achaca por ASOPORT que la obligación de subrogar supone una restricción, impuesta a las empresas que de forma voluntaria deciden separarse de los CPE, lo que implica una vulneración del art. 14 al situarlas en una situación diferenciada a las empresas, que no son socias de un CPE y que por ende, no tendrían la obligación de subrogar. Si embargo, no estamos conformes con dicha conclusión.

Partiendo de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para apreciar una vulneración del derecho a la igualdad, con independencia de su concreta vertiente, "debe partirse de la homogeneidad o identidad del término de comparación utilizado" (STC 127/2019, de 31 de octubre, FJ 7, con cita de las SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3, y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7). Y es precisamente esta homogeneidad la que no concurre en el supuesto ahora analizado.

Decimos esto por cuanto que las empresas socias del CPE, según se ha podido examinar a lo largo del análisis del V AM, quedan sujetas al cumplimiento de determinados presupuestos, obteniendo beneficios concretos como miembros mutualistas de los CPE, de lo que obtienen mano de obra. Las empresas no socias, no parten de la misma situación, ni quedan sujetas a los compromisos previstos a través de la negociación del V AM. No obstante y a nuestro juicio, los artículos que imponen la subrogación obligatoria no fijan trabas a su derecho de separación de las CPE de las empresas estibadoras socias frente a las no socias, como así se pretende hacer ver por ASOPORT, sino que lo que se estipula a través de dicha subrogación, es un régimen de mantenimiento del empleo del personal del CPE que resulte afectado, en cumplimiento del espíritu constante que sobre dicha materia se afirma a lo largo de todo el V AM y se impone hasta el final, al momento de la separación. Y véase además que la subrogación no es incondicionada ni preceptiva "ab initio": a) se prevé únicamente cuanto el informe de eficiencias de recolocación del personal sea positivo acerca de tal cuestión, de modo que caso de no obtenerse un resultado favorable, no sería preceptivo subrogar; b) también, si la empresa saliente del CPE continúa en la actividad y requiera contar con personal adicional al que tuviera contratado en su plantilla, siendo el requisito acumulativo para que opere la subrogación (continuar en la actividad y necesitar personal adicional; y c) en supuestos de sucesión de actividad, asimilables a los previstos en el art. 44 ET.

El hecho de que dicha subrogación sea voluntaria para el trabajador no convierte la posibilidad de subrogación en ilegal, dejándose a aquél la última palabra para decidir sobre si continúa o no subrogado, como tampoco serían contrarias al ordenamiento jurídico las

previsiones señaladas por ASOPORT atinentes a la ausencia de respeto de las condiciones no previstas en convenio colectivo y no reconocidas más allá de 120 días anteriores a la subrogación; ni la obligación de abonar la indemnización equivalente a despido colectivo cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que pudieran fundamentar la extinción de contratos de trabajo o incidiesen negativamente en los niveles de empleo y ocupación del personal del CPE. Ambas medidas entendemos que persiguen evitar la presencia de actuaciones fraudulentas por parte de la empresa saliente, tanto en el caso de reconocimiento de condiciones laborales a los trabajadores, en periodos de tiempo cercanos a la separación, y que no fueron aplicables a lo largo de la relación laboral más allá de los 4 meses previos; o cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se acuda al mecanismo de la separación para evitar tanto un proceso de despido colectivo fundado en dichas causas, como sus consecuencias jurídicas, trasladando las responsabilidades a la empresa que asuma al personal.

Por todo ello, la impugnación de los preceptos analizados también ha de ser desestimada, al igual que la vulneración del derecho fundamental a la igualdad invocado por la asociación demandante.

19.- Art. 38: Jornada máxima anual, distribución irregular de la jornada y calendario laboral.

Se impugna la segunda frase del apartado primero de este precepto, que dice lo siguiente:

“La jornada máxima de trabajo anual queda establecida en 1.826 horas. En el caso de convenios de empresa que establezcan sistemas de ordenación del tiempo de trabajo distintos de los dispuestos en este Acuerdo o en los convenios de ámbito inferior (v. gr. en materia de abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones) y que incrementen las facultades organizativas del empresario en esta materia, la duración de la jornada anual de trabajo será de 1.452 horas (22 turnos mensuales por 11 mensualidades)”.

Sostiene ASOPORT que esta frase atenta contra la libertad de organización establecida en los Reales Decretos Leyes ya tantas veces citados, así como la negociación colectiva y los arts. 81, 83 y 84 del ET, al disuadirse a las empresas estibadoras de apartarse de los términos previstos en el V AM mediante una reducción de la jornada anual en unas 400 horas aproximadamente. Sin embargo, la opción que otorga el art. 38 parte precisamente de una mayor capacidad de autoorganización del trabajo, en materias atinentes a las horas extraordinarias, retribuciones y distribución del tiempo de trabajo, trabajo a turnos y planificación de las vacaciones, que se incrementan respecto a las previstas en el V AM, pudiendo elegir la empresa en cuestión a qué sistema acogerse: si seguir las previsiones del V AM o apartarse de las mismas, por serle más beneficioso. Y ello pese a que la reducción del número de horas de jornada anual que ello comporta que, no está de más añadir, puede compensar al empresario por cuestiones atinentes al buen desarrollo de su actividad y que esta Sala desconoce. De las afirmaciones de la demandante se atisba una suerte de intención constante de perjudicar a todos aquéllos que no resulten conformes con la totalidad de las estipulaciones del V Acuerdo, que a nuestro juicio no resulta corroborada, por lo menos en la cuestión que ahora analizamos.

20.- Art. 44: Turnos de trabajo y jornadas especiales.

Se impugna el párrafo tercero que dispone lo siguiente: *“A este respecto un mismo trabajador no podrá realizar dos turnos en el mismo día cuando exista otro disponible a tiempo completo o parcial en el CPE del que la empresa estibadora sea socia que, pudiendo efectuar tal actividad, no haya tenido ocupación efectiva en el día, a no ser que fuera el de descanso reglamentario, sin realizar, en este último supuesto, horas complementarias”.*

Esta previsión ya fue analizada al examinarse la impugnación del art. 13, que contiene una previsión análoga, por lo que a las consideraciones allí realizadas nos remitimos, al objeto de evitar reiteraciones innecesarias.

21.- Art. 54: Comisión Sectorial Estatal de Formación.

Se impugna el apartado segundo, secciones e) y h):

“54.2 Competencias de la Comisión de Formación Sectorial.

e. 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, de conformidad a lo dispuesto en la Ley orgánica 5/2002, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y su normativa de desarrollo.

h. Establecer los criterios de las medidas complementarias y de acompañamiento a la formación referidas al sector de la Estiba Portuaria”.

Sostiene ASOPORT que dichos apartados son contrarios a las conclusiones de la CNMC en sus informes de 8 de mayo y 28 de julio de 2020, así como a la STJUE de 11-2-2021, introduciendo mayores barreras de acceso a la profesión, más allá de la exigencia del certificado de profesionalidad, infringiéndose la libertad de empresa y de autoorganización de las empresas estibadoras.

Los informes de la CNMC, y en concreto el último de los emitidos, tan solo apuntan al riesgo de que la participación de la Comisión de Formación Sectorial en las materias fijadas por el precepto pudiera incurrir en conductas contrarias a la competencia, pero de ello no se desprende que su simple enumeración, que es lo que hace el precepto, resulte a priori contraria a las normas reglamentarias citadas. Pudieran adoptarse medidas concretas si tras la fijación del contenido de los certificados de profesionalidad o medidas complementarias y de acompañamiento a la formación en el sector, se derivan consecuencias contrarias a las normas de competencia. Pero de la redacción del precepto no se aprecia, a priori, que el ejercicio de las facultades allí expuestas, fije mayores trabas de acceso a la profesión, cuando ni siquiera se concretan las decisiones específicas que pudieran corroborar tal conclusión.

Además, se ha de indicar que la Comisión “participa en el diseño y propone” el contenido de los certificados de profesionalidad, pero no ostenta la potestad final de decidir sobre qué concretos aspectos se incluirán en aquéllos, sin que la negociación de los concretos aspectos de los requisitos de formación de una determinada profesión sea disconforme con la legalidad ni con los principios inspiradores de la negociación colectiva.

22.- Art. 55: Acuerdo para las prácticas no laborales y adquisición de práctica profesional del personal con contrato formativo. Colaboración con centros formativos y tutorización.

Se impugnan los siguientes párrafos:

1.- *“La empresa estibadora o el CPE, junto con el centro formativo, designará una persona trabajadora como tutora de cada alumno/a. Para la tutorización, el CPE pondrá a disposición de las empresas usuarias personal del ámbito del presente Acuerdo con mas de 5 años de experiencia profesional. Asimismo, la empresa estibadora podrá, previo informe de su representación legal y sindical, nombrar tutores entre su personal estibador que cuente con más de 5 años de experiencia profesional. La tutorización será voluntaria para el trabajador/a propuesto, sin perjuicio de lo cual, se asume el compromiso colectivo de atender las necesidades formativas del puerto (...).”*

2.- *“La representación legal y sindical de los CPE y, en su caso, de las empresas estibadoras serán consultados y emitirán informe antes de la suscripción de los acuerdos de colaboración o la implantación de la formación”.*

Se argumenta por ASOPORT que la imposición de prácticas no laborales impone de nuevo condiciones no previstas legalmente para acceder a la profesión. Si atendemos a la denominación del art.55 se observa que el mismo se refiere a las prácticas aplicable al personal contratado mediante contratos formativos, por lo que per se, y atendiendo a su naturaleza, es lógico que deban establecerse periodos de práctica al objeto de obtener la capacitación y formación necesarias para el desempeño de la profesión, en circunstancias similares a las previstas en el art. 11 ET.

La designación de un tutor, con más de 5 años de experiencia, que se discute por ASOPORT no garantiza sino proporcionar a la persona contratada formativamente que el trabajador designado para dotar de la formación necesaria, cuente con una experiencia contrastada en el sector, y dilatada en el tiempo, lo que no es disconforme con norma jurídica alguna. Tampoco que la aceptación de la condición de tutor sea voluntaria para el trabajador designado por el CPE, pues como continúa expresando el precepto, el CPE puede nombrar tutores con carácter obligatorio al asumirse el compromiso de atender a las necesidades formativas del puerto. Y el hecho de que se emitan informes por la representación legal de los trabajadores y los CPEs antes de la suscripción de acuerdos de colaboración, no hace sino adicionar elementos bastantes para que dichos acuerdos, respondan a las necesidades formativas, no expresando el precepto que aquéllos sean vinculantes. En consecuencia, ninguno de los argumentos expuestos puede prosperar.

23.- Art. 63: Opción a favor de la readmisión.

“En el supuesto de que se pretendiera la rescisión de la relación laboral entre las empresas o centro portuario de empleo y las personas trabajadoras del presente convenio colectivo por despido declarado improcedente la opción para decidir entre la percepción de la indemnización o la readmisión en el puesto de trabajo corresponderá a la persona trabajadora, salvo que el despido fuere motivado por la condena al trabajador/a por un delito de tráfico de drogas o de contrabando, cometido con ocasión del desempeño de su puesto de trabajo, en el caso de que el despido no fuera declarado procedente.

Cuando se extinga el contrato de trabajo con una empresa estibadora, y la persona trabajadora mantenga suspendida su relación laboral con un CPE, el trabajador/a podrá

optar por reingresar en este último. En este caso, no tendrá derecho a percibir la indemnización legal por la extinción del contrato de trabajo producido en la empresa”.

Se dice por ASOPORT que el precepto limita las facultades de organización y dirección de la empresa estibadora para ejercer sus potestades disciplinarias, al establecerse una carga a la hora de aplicar las mismas. De otro lado, se apunta a que el hecho que el personal del CPE con su relación laboral suspendida pueda optar por ingresar en el CPE en caso de extinción de su contrato con la empresa estibadora (con independencia de la causa), atribuye al personal del CPE un trato privilegiado frente al personal de las ETT o el personal de las empresas estibadoras que no tiene relación suspendida con el CPE. Y que este precepto es análogo al previsto en el artículo 18.1 del IV Acuerdo Marco y que fue declarado nulo por la SAN de 31 de mayo de 2021.

Comenzando por esta última previsión, lo que se dijo en nuestra sentencia precedente es que el art. 18 era nulo por cuanto que ya no se adaptada a la legislación vigente, al haber desaparecido la relación laboral especial de los estibadores portuarios y estipularse en dicho precepto la imposibilidad de rescindir esta última relación laboral como optar cuando se extinga el contrato de trabajo en relación laboral común por reingresar en la relación laboral especial que se mantenía suspendida. Esta previsión del art. 18 nada tiene que ver con el derecho de opción que ahora se impugna, que ya no se enmarca en una relación laboral especial sino común.

El hecho de que el V AM otorgue al trabajador despedido improcedentemente la opción de elegir entre indemnización o readmisión no limita el ejercicio de las facultades disciplinarias, como así defiende la parte actora. Reconocer esta circunstancia supondría trasladar la misma conclusión a aquéllos supuestos en los que la legislación ordinaria reconoce dicha facultad, como en los supuestos de despido de representantes legales de los trabajadores en los que, al igual que ocurre en el sector de la estiba, puede el empresario ejercer las facultades disciplinarias que entienda procedentes, sin perjuicio de las consecuencias que puedan producirse cuando no resulte acreditada la causa invocada. Pero ello no coarta, ab initio, como así se pretende hacer ver, la potestad disciplinaria y su ejercicio.

En cuanto a la extinción de la relación laboral de un trabajador con la empresa estibadora y la posibilidad de opción de reintegrar en el CPE donde tenía su relación suspendida, ya nos hemos pronunciado en relación con la impugnación del art. 15 que apunta a que en caso de extinción del contrato por cualquier causa, salvo el despido declarado procedente, del personal de una Empresa Estibadora procedente de un CPE dará a la persona trabajadora el derecho a la reincorporación inmediata al Centro portuario de empleo con el que tuviera suspendido el contrato. El art. 63 no puede ser ajeno a la puntualización realizada en el art. 15 acerca de la excepción relativa a los despidos declarados procedentes, que quedarán excluidos de la opción de reingreso en el CPE, también en el precepto ahora impugnado.

24.- Disposición Adicional Segunda: Pacto sectorial por la profesionalidad y garantía de empleo.

Se impugna en relación a esta disposición el hecho de que las empresas estibadoras deban comunicar a sus representantes legales y sindicales cierta información, debiendo analizarse por aquéllos *“las consecuencias de la nueva tecnología y/o automatización, modos de gestión u organización del trabajo en la retribución del personal, especialmente, en los complementos variables por productividad para acordar, en su caso, la modificación de los*

establecidos bajo el principio de un reparto equitativo de las mejoras obtenidas”. Se añade por la DA lo siguiente:

“Si persiste la situación de desequilibrio en los términos del Acuerdo a pesar de la aplicación de las medidas anteriores, los empleadores podrán proponer en su ámbito otras alternativas al amparo de lo dispuesto en el artículo 51 del ET.

Las discrepancias que se produzcan tras el preceptivo período de consultas en estos procedimientos colectivos serán resueltas por la Comisión Paritaria Sectorial Estatal de este Acuerdo, con sujeción al procedimiento previsto en el mismo.

En todo caso, las partes se comprometen a no presentar expedientes de regulación de empleo o amortizaciones de puestos de trabajo durante la vigencia de este Acuerdo, salvo que concurran los supuestos previstos en el artículo 31.1 del Acuerdo”.

Se dice que la información de nueva tecnología sería compartida en la Comisión Paritaria Sectorial Estatal en la que estarían representadas empresas competidoras de la Asociación firmante del Acuerdo, pero este argumento no puede acogerse: primero, porque el art. 6 del V AM impone de forma preceptiva un deber de confidencialidad a todos los miembros de la CPSE así como el uso exclusivo de la información que se les proporcione, para los fines que motivaron su entrega. Y en segundo lugar, porque con el argumento descrito ASOPORT se irroga la representación de los intereses de ANESCO, única asociación profesional firmante del V AM que ningún reparo ha mostrado acerca de la Disposición adicional que ahora se impugna.

En cuanto a la afirmación de que el compromiso de no presentar expedientes de regulación de empleo durante la vigencia del Acuerdo marco es contraria a la jurisprudencia dictada al respecto, al margen de que la asociación demandante no cita expresamente qué concreta doctrina invoca, esta Sala no advierte traba alguna para que el marco de la negociación colectiva, pueda llevarse a cabo un compromiso como este, siendo precisamente el objeto de la negociación disciplinar las relaciones de trabajo con valor de norma jurídica, ex art. 37 CE, con las concesiones y beneficios que las partes se hayan comprometido a asumir, entre las que no cabe descartar, la no presentación de expedientes de regulación de empleo, salvo en los casos previstos expresamente, en orden a la consecución del mantenimiento de las relaciones laborales en el sector. Similar compromiso podría predicarse, como empleo, de los pactos en los que, durante la tramitación de un ERE suspensivo, conducen a no aplicar un ERE extintivo, salvo que concurrieran circunstancias extraordinarias que permitieran justificar un cambio en la situación existente, mediante la aplicación del clausula “pacta sunt servanda”, que no resulta predicable de las normas jurídicas.

En consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto la demanda ha de ser desestimada en su integridad, (impugnación del V AM por ilegalidad y tutela de Derechos Fundamentales), absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos de la demanda.

OCTAVO.- La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de casación ordinario ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (art. 205.1 LRJS).

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Previa desestimación de la excepción de falta de legitimación activa opuesta por ANESCO y UGT, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por la representación letrada de la ASOCIACIÓN ESTATAL DE EMPRESAS OPERADORAS PORTUARIAS (ASOPORT) frente a la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES (ANESCO), COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR (COORDINADORA), FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS, MOVILIDAD Y CONSUMO DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT), la FEDERACIÓN DE SERVICIOS A LA CIUDADANÍA DE COMISIONES OBRERAS (CC.OO.), CIG, LAB y ELA, con intervención del MINISTERIO FISCAL, en materia de impugnación de convenio colectivo y vulneración de derechos fundamentales, absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos de la demanda.

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

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0219 22 (IBAN ES55) ; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0219 22 (IBAN ES55), pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

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

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.