



**INF/CNMC/059/20 TEXTO PROPESTA DEL
V ACUERDO MARCO PARA LA
REGULACIÓN DE LAS RELACIONES
LABORALES EN EL SECTOR DE LA
ESTIBA PORTUARIA**

28 de julio de 2020

Índice

I. ANTECEDENTES	4
II. CONTENIDO	5
III. VALORACIÓN.....	6
III.1 Observaciones generales	6
III.2 Observaciones particulares	10
<i>III.2.1 Intervención de la Comisión paritaria sectorial estatal (CPSE) en la contratación de nuevos trabajadores (artículos 6.3 d, 15.1 y 28)</i>	<i>10</i>
<i>III.2.2 Limitaciones a la contratación temporal de trabajadores (artículo 12) ...</i>	<i>12</i>
<i>III.2.3 Sistemas de organización y distribución del trabajo (artículo 13).....</i>	<i>13</i>
<i>III.2.4 Oferta de empleo al personal de los CPE (artículo 15.1)</i>	<i>14</i>
<i>III.2.5 Promoción profesional (artículos 18 y 19)</i>	<i>15</i>
<i>III.2.6 Adecuación dinámica de la plantilla a las necesidades operativas (artículo 31)</i>	<i>17</i>
<i>III.2.7 Medidas convencionales para la garantía y la estabilidad en el empleo (artículos 34 a 37 y disposición transitoria única).....</i>	<i>18</i>
<i>III.2.8 Formación y prácticas no laborales (capítulo XI, artículos 53 a 55)</i>	<i>21</i>

ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME RELATIVO A LA SOLICITUD DEL MINISTERIO DE FOMENTO EN RELACIÓN CON EL BORRADOR DE V ACUERDO MARCO PARA LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR DE LA ESTIBA PORTUARIA

SALA DE COMPETENCIA

INF/CNMC/059/20

PRESIDENTE

D^a. Cani Fernández Vicién

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar
D^a. María Pilar Canedo Arrillaga
D. Carlos Aguilar Paredes
D. Josep María Salas Prat

SECRETARIO DEL CONSEJO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 28 de julio de 2020

Vista la solicitud de informe remitida por la Secretaría General de Transportes del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MTMAU) en relación con las modificaciones realizadas en el borrador de V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 1 de julio de 2020, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la Sala de Competencia acuerda emitir el presente informe.

I. ANTECEDENTES

El marco normativo del sector de la estiba portuaria ha sido objeto de modificaciones sustantivas para dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/13), en la que el Tribunal de Justicia declaró 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”*.

Para el cumplimiento de la citada Sentencia, se aprobó el [Real Decreto-ley 8/2017](#), de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. Este RD-ley derogó el artículo 2.1 h) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, declarativo de la relación laboral especial de los estibadores portuarios y los preceptos de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante reguladores de la citada relación. La referida norma dispone la libertad de contratación de trabajadores portuarios para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, los requisitos de capacitación profesional y la regulación de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) para, finalmente, *encomendar a los instrumentos propios de la negociación colectiva la adaptación de la normativa convencional a las nuevas disposiciones legales y el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*.

Posteriormente se aprobó el [Real Decreto-ley 9/2019](#), de 29 de marzo, que modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías. Esta norma atribuye a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales legitimadas para la negociación colectiva la facultad de convenir la estabilidad y calidad en el empleo.

La CNMC ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre una versión previa de este borrador de V Acuerdo marco a través del **informe de 8 de mayo de 2020**¹ en el que se realizaban una serie de recomendaciones que afectaban a cuestiones trocales de la actividad profesional de la estiba. La versión del borrador que ahora se analiza ha introducido una serie de cambios para ajustarse a las mismas, circunstancia que es objeto de evaluación en este informe.

II. CONTENIDO

El borrador del V Acuerdo Marco remitido contiene 67 artículos, 6 disposiciones adicionales, 1 disposición transitoria, otra derogatoria y dos Anexos. El borrador presenta la siguiente estructura:

- Preámbulo
- Cap. I Partes signatarias, globalidad del acuerdo, articulación y concurrencia de convenios²
- Cap. II Ámbitos territorial, personal, funcional y personal
- Cap. III Potestad de dirección y organización, estructura de la plantilla y modalidades de contratación y sistema de organización y distribución del trabajo
- Cap. IV Modos y condiciones de puesta a disposición de las empresas estibadoras de personal procedente de CPE
- Cap. V Grupos profesionales, promoción profesional y criterios de clasificación y resolución de discrepancias
- Cap. VI Movilidad funcional, modo de nombramientos, límites a la movilidad funcional y organización de la plantilla de los CPE
- Cap. VII Selección y contratación de personal
- Cap. VIII Garantía y estabilidad en el empleo
- Cap. IX Jornada anual, descansos, horas extraordinarias, tipos de jornadas, vacaciones anuales
- Cap. X Condiciones económicas

¹ [INF/CNMC/035/20](#) Borrador del V AM para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

² Destaca aquí la regulación de la Comisión paritaria sectorial estatal (CPSE).

- Cap. XI Formación y prácticas no laborales
- Cap. XII Prevención de riesgos laborales y promoción de la igualdad
- Cap. XIII Representatividad en el sector y derechos sindicales
- Cap. XIV Régimen disciplinario
- Cap. XV Procedimientos voluntarios de solución de conflictos
- Disposiciones adicionales
- Disposición transitoria única
- Disposición derogatoria única
- Anexo I Actividades propias del ámbito del V Acuerdo
- Anexo II Protocolo de prevención de alcohol y drogas

III. VALORACIÓN

III.1 Observaciones generales

El mercado de trabajo está sometido a una intensa regulación que persigue una finalidad tuitiva del trabajador y la calidad y estabilidad del empleo. Los principios económicos y sociales que subyacen en estas relaciones justifican las peculiaridades de la regulación laboral, que tiene una de sus principales fuentes en la negociación colectiva³ entre los representantes de los trabajadores y empresarios, reconocida en el artículo 37.1 de la Constitución Española y regulada en el Estatuto de los Trabajadores.

Como sucede en otras ramas del ordenamiento jurídico, la relación del derecho de la competencia con el derecho laboral ha necesitado ser objeto de delimitación, ya que se producen zonas de fricción entre ambos.

Como recogen las Resoluciones de la CNC (actual CNMC) y de la CNMC de 24 de septiembre de 2009 y 26 de julio de 2018⁴, el Tribunal Constitucional ha declarado que *“las partes negociadoras de un convenio colectivo no tienen*

³ Artículo 37 de la Constitución de 1978: «La 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».

⁴ Resolución CNC de 24.09.2009, Expediente 2805/07 Empresas Estibadoras, y Resolución CNMC de 26.07.2018, Expte. S/DC/0596/16 Estibadores Vigo.

libertad absoluta a la hora de fijar el ámbito de aplicación del convenio, sino que están sujetas a límites y a los requisitos legales, dado que el convenio produce efectos entre todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación”⁵.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que no cabe la exclusión per se de los convenios colectivos de la aplicación de las normas de competencia, imponiendo a las autoridades de competencia un examen previo de la naturaleza y objeto del acuerdo antes de concluir si es o no de aplicación la normativa referida⁶.

Son dignas de tomar en consideración a este respecto también las conclusiones del Abogado General Wahl en el asunto FNV Kunstene⁷ cuando manifiesta:

"72. La finalidad de la línea jurisprudencial iniciada con el asunto Albany no es, como ya se ha señalado, desincentivar o socavar la negociación colectiva entre los interlocutores sociales. Por eso el Tribunal de Justicia se ha referido a las disposiciones que mejoran directamente las condiciones de empleo o de trabajo de los asalariados. Cuestiones como el salario, la jornada laboral, el derecho a vacaciones, las pensiones, los seguros médicos o la asistencia sanitaria son el núcleo de la negociación colectiva. Si se privase a los trabajadores de la posibilidad de negociar estas cuestiones libremente, se frustraría la esencia de su derecho de negociación colectiva.

Por el contrario, no existe ningún motivo válido para conceder esa amplia protección legal (es decir, inmunidad total frente al Derecho de la competencia), cuando los trabajadores asalariados negocian con empresarios cuestiones que únicamente afectan a sus condiciones de empleo o de trabajo de forma indirecta. Los trabajadores (y empresarios) conservan el interés en la negociación colectiva aun cuando lo acordado en cuestiones que no producen un efecto inmediato y significativo en sus

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987, en el recurso de amparo 267/1986, promovido por «Bimbo, Sociedad Anónima», contra la sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 3 de febrero de 1986, recurso núm. 40/1985.

⁶ Sentencia del TJUE de 21.09.99, asunto C-67/96 Albany, párrafo 59.

⁷ Asunto C-413/13 - FNV Kunsten Informatie en Media.

condiciones laborales o de trabajo esté potencialmente sujeto a revisión con arreglo a la normativa sobre competencia."

En la misma línea con la jurisprudencia Albany, la sentencia Holship⁸ del tribunal EFTA establece que para que una cláusula recogida en un convenio se entienda ajena a la normativa de competencia debe referirse a las “*condiciones de trabajo y empleo*” en el sentido de afectar a las cuestiones centrales de la negociación colectiva tales como salarios, horarios de trabajo y otras condiciones de trabajo, incluyendo también, entre otros, la seguridad, el ambiente de trabajo, las vacaciones o los procedimientos de información.

El Tribunal aclara que deben analizarse las cláusulas concretas, pero que las mismas deben estudiarse en su contexto. Indica la Corte que incluso cuando individualmente las cláusulas no impliquen una restricción a la competencia, su efecto global puede determinar que el acuerdo esté comprendido dentro del ámbito de aplicación de la normativa de competencia.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia también ha considerado que los convenios colectivos están sujetos a las disposiciones del TFUE relativas a la libertad de circulación de trabajadores (art. 45 TFUE), a la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) y a la libre prestación de servicios (art. 56 TFUE)⁹. El Tribunal ha declarado que, si bien la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un derecho fundamental que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, dichas medidas deben ser las adecuadas para obtener el objetivo legítimo y no deben ir más allá de lo necesario para conseguirlo: no es suficiente que el acuerdo sea negociado entre interlocutores sociales para quedar excluido del ámbito de aplicación de las normas del Tratado, sino que es necesario que cumpla unos requisitos mínimos¹⁰.

El artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia prevé que la CNMC pueda actuar como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos.

⁸ Sentencia del Tribunal, de 19 de abril de 2016, en el asunto E-14/15, Holship Norge AS contra Norsk Transportarbeiderforbund.

⁹ Sentencia del TJUE de 11.12.2007, asunto C-438/05 Viking, párrafos 33 y ss.

¹⁰ Sentencia del TJUE de 11.12.2007, asunto C-438/05 Viking.

Desde el 1 de mayo de 2004 (para los acuerdos sujetos al TFUE)¹¹ y desde el 1 de septiembre de 2007 (para los acuerdos sujetos a la legislación nacional de competencia)¹² no existe ya un régimen de autorización previa de los acuerdos entre empresas. El régimen actual se fundamenta en la autoevaluación, mediante la cual son las propias empresas quienes deben evaluar la compatibilidad de sus acuerdos con la normativa de competencia, y todas las conductas están sujetas al control ex post por parte de las autoridades de competencia.

Adicionalmente, el examen de un acuerdo entre operadores a la luz de la normativa sancionadora de competencia requiere tener en cuenta el conjunto de las circunstancias concurrentes, de hecho y de derecho, circunstancias que en el marco de un informe consultivo previo no es posible apreciar suficientemente por la imposibilidad de anticipar plenamente la aplicación práctica del acuerdo.

Es por ello que debe distanciarse la función consultiva prevista en el artículo 5.2 de la citada Ley 3/2013 tanto de los extintos procedimientos de autorización previa de los acuerdos restrictivos de la competencia como del procedimiento sancionador vigente previsto para los acuerdos entre empresas que restrinjan la competencia.

El presente informe no supone, por tanto, una evaluación del borrador del V Acuerdo Marco de la Estiba a la luz del artículo 1 LDC o 101 TFUE, sino meramente un análisis preliminar de las potenciales distorsiones sobre la competencia que podrían surgir del texto del acuerdo. Un análisis que tuviera en cuenta todas las circunstancias concurrentes de hecho y de derecho, así como la implementación práctica del mismo, podría perfectamente llevar a conclusiones diferentes de las expresadas en el presente informe, corroborando o descartando las potenciales restricciones aquí señaladas o identificando otras nuevas. Lo recogido en este informe no condiciona ni en algún caso vincula las actuaciones que en un futuro pudieran realizarse desde

¹¹ El Reglamento CE 1/2003 ([Reglamento \(CE\) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado](#)) derogó la obligación de notificación y autorización previas de los acuerdos entre operadores que contuvieran restricciones de la competencia a la luz de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

¹² Análogamente, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) suprimió la obligación de autorización previa de los acuerdos entre empresas por la autoridad de competencia.

una óptica sancionadora respecto a las conductas realizadas por los operadores implicados.

Tal aproximación no solo deriva de la aplicación de las normas de competencia nacionales y de la UE, sino que, como se ha explicado, los convenios colectivos también deben ser compatibles con las libertades fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular, con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Por todas estas razones, las observaciones que se presentan en el siguiente apartado sobre el borrador del V Acuerdo Marco de la Estiba se emiten exclusivamente en el marco del artículo 5.2 de la Ley 3/2013 y, en todo caso, sin perjuicio de la compatibilidad del acuerdo con otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

III.2 Observaciones particulares

III.2.1 Intervención de la Comisión paritaria sectorial estatal (CPSE) en la contratación de nuevos trabajadores (artículos 6.3 d, 15.1 y 28)

El informe de la CNMC de 8 de mayo señalaba que la intervención de la CPSE en las contrataciones de nuevos trabajadores, además de suponer un trámite previo a la incorporación de estos que puede restar flexibilidad a las empresas, puede favorecer la difusión de información comercialmente sensible sobre la actividad de la empresa estibadora o del CPE y generar un riesgo de conflicto de intereses en las tomas de decisión, dado que la CPSE se compone de representantes de las principales empresas estibadoras.

A la vista de la finalidad pretendida, indicaba igualmente el informe de 8 de mayo, resultaría más proporcionado que la información se remitiera, en su caso, a los representantes de los trabajadores de cada empresa estibadora o cada CPE (con efectos intra empresa y no ad extra), pero no a un órgano paritario con representación de todo el sector empresarial (además del sindical). Por lo tanto, se recomendaba derogar la función de la CPSE de emitir informe en la contratación de nuevos trabajadores, y evitar el acceso de la CPSE a información comercialmente sensible de las empresas estibadoras o los CPE.

Los cambios introducidos en los preceptos afectados se refieren a continuación:

El nuevo artículo 6.3.d establece que se atribuye a la CPSE la función de *“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”*

El nuevo artículo 15.1 señala que: *“cuando una Empresa Estibadora socia de un CPE pretenda la incorporación a su plantilla de personal mediante contrato por duración indefinida o determinada en las condiciones indicadas en este artículo realizará la oferta de empleo a todo el personal del CPE del que sea socia”*.

El nuevo artículo 28.2 indica 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. Para la contratación de personal del CPE por las Empresas Estibadoras socias se estará, asimismo, a lo establecido en el artículo 15. Los empleadores se obligan a facilitar a su representación legal y sindical los datos previstos en el artículo 64 del ET sobre evolución del sector y de la empresa y las previsiones de empleo (altas y bajas) y de jubilaciones.”*

El nuevo artículo 28.3 señala que: *“Como consecuencia de las características del trabajo en el sector en que se combina la flexibilidad de la jornada, disponibilidad para atender el trabajo en los turnos en que se genere la demanda, la discontinuidad del tráfico marítimo, la rotación en la distribución del trabajo, la garantía de descanso como elemento esencial de la prevención de riesgos laborales y la determinación de la retribución en función de la actividad realizada, las partes convienen establecer como indicadores para garantizar la calidad en el empleo de los trabajadores y trabajadoras del sector en orden al adecuado dimensionamiento de las plantillas y a los compromisos asumidos en el Acuerdo, los siguientes indicadores¹³ [...]”*

Por tanto, en el nuevo texto del Acuerdo Marco se ha revisado el papel atribuido inicialmente a la CPSE, que ya no emitirá informe sobre las nuevas contrataciones. Se mantiene, no obstante, el acceso de la CPSE a la información relativa a las nuevas contrataciones de personal, si bien agregada (por empresa) y con periodicidad semestral. Al objeto de limitar los riesgos sobre la competencia derivados del acceso a dicha información, debe

¹³ Estos indicadores no han cambiado respecto al anterior borrador de AM: nivel óptimo de empleo, nivel de ocupación, nivel ingresos.

garantizarse el carácter confidencial de la misma, de manera que solo sea accesible a los miembros de la CPSE, y que no pueda utilizarse para fines diferentes de los previstos en el Acuerdo Marco.

III.2.2 Limitaciones a la contratación temporal de trabajadores (artículo 12)

El informe de la CNMC de 8 de mayo afirmaba que, si bien el establecimiento de porcentajes de plantilla fija en los convenios colectivos es bastante frecuente y tiene el objetivo de promover la contratación fija¹⁴, 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.

Además, se indicaba que 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.

Los cambios introducidos en el precepto afectado se refieren a continuación:

El nuevo art. 12 señala: “El 75% de la plantilla de los CPE y de las Empresas Estibadoras incluida 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 del 25%, de contratación temporal de personal para atender las necesidades operativas en función de la causa legalmente establecida. Se computará en el citado porcentaje del 25% de contratación los contratos formativos y los contratos a tiempo parcial con jornada inferior al 70% a la jornada ordinaria”.

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

¹⁴ De acuerdo con datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de los 415 convenios de ámbito superior a la empresa firmados en 2018, 68 incluyeron límites al número máximo de contratos temporales (el 16,4%). Fuente:

http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/cct/cct18pro/cct_2018_av.xls

significativa a la capacidad de autoorganización de las empresas estibadoras, pudiendo afectar proporcionalmente más a las empresas de menor tamaño.

III.2.3 Sistemas de organización y distribución del trabajo (artículo 13)

El AM dispone que 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, con las particularidades establecidas en los convenios o acuerdos colectivos de ámbito inferior, y de acuerdo a ciertos criterios.

El informe de 8 de mayo de la CNMC advertía de que entre los criterios conforme a los que se realizan las designaciones de personal, se preveía prioridad para el personal del CPE.

Los cambios introducidos en el precepto afectado se refieren a continuación, con estas nuevas previsiones:

- a) *“La empresa estibadora deberá dar ocupación efectiva a su propio personal con antelación a la contratación de personal puesto a disposición por los medios legalmente establecidos. Por ello, el citado personal será nombrado en el primer turno de trabajo efectivo de cada día en el que la empresa tenga actividad.*
- b) *Una vez realizada la jornada ordinaria de trabajo del personal de la empresa estibadora la realización de un segundo turno de trabajo en el mismo día hasta alcanzar las 12 horas (reenganche) se deberá realizar por personal del CPE del que, en su caso, sea socia la Empresa Estibadora”.*

La nueva redacción del borrador de AM en este precepto no recoge el tenor de las recomendaciones formuladas en el informe de 8 mayo. Una vez agotado el personal de la empresa estibadora, se sigue otorgando prioridad en el llamamiento para el personal del CPE del que sea socia la empresa, lo cual distorsiona la competencia porque conlleva una ventaja con respecto al personal de las ETT o de otros modelos de prestación del servicio. Por ello, se recomienda revisar tales criterios para eliminar dicha priorización.

III.2.4 Oferta de empleo al personal de los CPE (artículo 15.1)

La redacción anterior de este precepto establecía que cuando una empresa estibadora pretendiera la incorporación a su plantilla de nuevo personal realizará la oferta de empleo a todo el personal de los CPE que operen en el mismo puerto donde la empresa incorporaría el personal.

El informe de 8 de mayo señalaba que esta redacción, en la medida en que no realizaba matización alguna a este respecto y, por tanto, parecía aplicarse a cualquier empresa estibadora respecto de todos los CPE que operen en el puerto, independientemente de que la empresa sea socia de los mismos o no, otorgaba una ventaja, al menos informativa, a los trabajadores que están en un CPE para su incorporación a la plantilla de cualquier empresa estibadora (socia o no socia). Para evitarlo, se recomendaba eliminar la ventaja, o clarificarse que esta obligación aplica únicamente para las empresas estibadoras respecto de los CPE de los que sean socias.

Los cambios introducidos en el precepto afectado se refieren a continuación, con estas nuevas previsiones:

El nuevo artículo 15.1 del AM señala que *“Cuando una Empresa Estibadora socia de un CPE pretenda la incorporación a su plantilla de personal mediante contrato por duración indefinida o determinada en las condiciones indicadas en este artículo realizará la oferta de empleo a todo el personal de los CPE del que sea socia”*

Más adelante señala que: *“Al objeto de analizar la incidencia que la nueva contratación de personal pueda tener en la calidad y garantía del empleo y nivel de ocupación del personal, la representación legal de los trabajadores y los delegados sindicales del CPE afectado y de la empresa estibadora serán consultados por el término de 15 días”*.

La nueva redacción del borrador de AM en este precepto ha establecido una consulta previa específica a los representantes legales y delegados sindicales del CPE afectado por esta nueva incorporación. En línea con lo indicado en la observación III.2.1, debería introducirse una cláusula de cierre que garantice que la información a la que accedan, por ser comercialmente sensible, debe ser calificada como confidencial, comprometiéndose a no comunicarla a otros órganos (CPSE) ni utilizarla para otros fines que los recogidos en el precepto.

III.2.5 Promoción profesional (artículos 18 y 19)

La redacción anterior del precepto introducía relevantes restricciones a la competencia. Entre otras, se preveía que, para acreditar la posesión de las aptitudes exigidas para el desempeño de los nuevos puestos de trabajo, se valorará *“la acreditación obtenida por la superación de los cursos de formación impartidos por el CPE directamente relacionados con el puesto a ocupar”*. Asimismo, se obligaba a que las empresas estibadoras colaboren con los CPE de dos formas: por un lado, informándoles de la implantación de nueva tecnología y maquinaria; por otro, poniendo a disposición de los CPE *“los nuevos medios de trabajo de forma que se pueda producir la formación simultánea del personal integrado en su plantilla y el del CPE”*. Finalmente, el CPE era considerado el órgano autorizado para expedir las certificaciones de la formación impartida y la acreditación de la cualificación profesional.

Por otra parte, el último párrafo del artículo 18 preveía que *“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 con el que opere”*. El artículo 19.a incidía en esta posibilidad, al contemplar que *“tendrán igual derecho a la promoción profesional el personal adscrito a la empresa estibadora y el del CPE con el que opere la misma”*.

El informe de la CNMC de 8 de mayo recordaba que todas las regulaciones anteriores conferían un papel destacado a los CPE frente a las ETT o a otros modelos de prestación del servicio en la formación y acreditación de la formación de los trabajadores, así como en el acceso a información y colaboración con las empresas estibadoras para organizar la formación, pudiendo generar problemas de competencia.

Los cambios introducidos en el precepto afectado se refieren a continuación, con estas nuevas previsiones:

La nueva redacción del artículo 18 precisa que: *“Para el ascenso o promoción profesional de los trabajadores se requerirá poseer las aptitudes exigidas para el desempeño de los nuevos puestos de trabajo, valorándose a estos efectos la acreditación obtenida por la superación de los cursos de formación realizados con maquinaria o en sistemas de gestión u organización utilizados en el puesto a ocupar.*

Las 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.

Los CPE organizarán los cursos de formación profesional necesarios para mantener un alto nivel de profesionalidad de los trabajadores que permita la promoción profesional y la adaptación constante a las nuevas tecnologías y sistemas de trabajo.

La empresa estibadora colaborará con el CPE del que sea socia para posibilitar la formación, perfeccionamiento y la promoción profesional del personal. A los indicados efectos, pondrá a disposición de aquellos los nuevos medios o sistemas de trabajo para la impartición de la formación necesaria y simultánea del personal contratado por las empresas y el del puesto a disposición por el CPE.

Sin perjuicio de lo anterior, las empresas estibadoras podrán colaborar libremente con cualquiera entidad que organice o imparta formación profesional incluyendo los CPE con los que tengan suscritos contratos de puesta a disposición, mediante la puesta a su disposición, en las condiciones que consideren adecuadas, de sus medios e instalaciones.

La representación legal y sindical del personal en las empresas afectadas tendrá derecho a emitir un informe en los términos previstos en el artículo 64. 5 del Estatuto de los Trabajadores.

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”.

Si bien se valora positivamente la libertad de las empresas estibadoras para colaborar en la formación que pudiera ser organizada por los CPE u otras entidades, no debe limitarse su capacidad para impartir dicha formación de manera autónoma. Por ello, debería reconocerse tal capacidad a las empresas estibadoras y a cualquier entidad legalmente habilitada para organizar esta formación, sin discriminación respecto de los CPE, con independencia de si las citadas entidades tienen contratos de puesta a disposición de trabajadores con estos.

III.2.6 Adecuación dinámica de la plantilla a las necesidades operativas (artículo 31)

En la versión anterior del AM se establecía que cuando un CPE o una empresa estibadora previera un descenso de la actividad anual que pudiera generar un nivel de ocupación inferior al 85% del nivel óptimo de empleo, la CPSE debía analizar las necesidades de empleo de otros operadores del mismo puerto, al objeto de ofertarles la incorporación del personal excedente.

El informe de la CNMC de 8 de mayo advertía de que el papel previsto para la CPSE de organización de los excedentes de personal restringía la libertad de autoorganización empresarial de las empresas estibadoras. Además, la información a la que tendría acceso el CPSE se refiere indefectiblemente a la actividad de las empresas, circunstancia que debe ser considerada una información comercialmente muy sensible a la que no debería tener acceso ningún competidor, existiendo adicionalmente un riesgo elevado de difusión habida cuenta de que la composición de la CPSE es muy abierta, con representación empresarial (ANESCO) y sindical.

Por lo anterior, se recomendaba replantear la función de la CPSE regulada en este precepto. Sin perjuicio de que la CPSE pueda tener un papel para facilitar la recolocación de los trabajadores excedentes, debería evitarse que tuviera acceso a información comercialmente sensible de las empresas.

Los cambios introducidos en el precepto afectado se refieren a continuación, con estas nuevas previsiones:

El nuevo artículo 31.2 señala lo siguiente:

“Cuando 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. 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.

Los representantes de los trabajadores afectados tendrán derecho a que el tercero independiente les informe sobre el número de vacantes potenciales en el puerto sin identificar a las posibles destinatarias”.

La información a la que va a acceder el tercero independiente reviste un carácter sensible en cuanto a su contenido comercial. Por ello, la independencia de dicho tercero respecto a los operadores económicos es fundamental. Se recomienda, por ello, reforzarla en el convenio (por ejemplo, mediante la exigencia de la ausencia de vínculos profesionales, societarios o familiares del tercero con las partes firmantes del Acuerdo Marco) y vigilar que se mantenga durante su vigencia.

III.2.7 Medidas convencionales para la garantía y la estabilidad en el empleo (artículos 34 a 37 y disposición transitoria única)

Las previsiones de los artículos 34 a 37 regulan la recolocación convencional del personal de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) y la subrogación convencional por sucesión de empresas como medidas encaminadas a garantizar la estabilidad en el empleo.

De acuerdo con el nuevo borrador del convenio, la existencia de los CPE, cuyo personal estibador se comparte de forma mancomunada por las empresas estibadoras, permite a las empresas, tal y como recoge el artículo 34, generar eficiencias derivadas de la mutualización de los riesgos e inversiones vinculados a parte del personal necesario para la prestación del servicio. De acuerdo con el convenio, la asunción libre de determinados compromisos, como los recogidos en los artículos siguientes, asegura la viabilidad de este mecanismo de mutualización y de las eficiencias derivadas del mismo.

La recolocación convencional del personal de los CPE se produce, según el artículo 35, cuando se acuerde la disolución total o extinción del CPE y los antiguos socios titulares del servicio portuario de manipulación de mercancías continúen desarrollando tal actividad, o 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 tenga contratado en su plantilla. Se asimila a esta segunda posibilidad el hecho de que una empresa estibadora socia del CPE, de forma continuada, realice una demanda de empleo de trabajadores portuarios del CPE sustancialmente inferior a la que venía realizando que afecte negativamente al nivel de ocupación del personal del CPE, debido a que continúa la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en régimen de autoprestación mediante el empleo directo de otro personal o como usuaria de otro CPE u otro medio previsto en derecho.

En las anteriores circunstancias, las empresas estibadoras que continúen o reciban la actividad deberán ofertar al personal del CPE afectado la continuidad en el empleo mediante la contratación directa e integración en su plantilla con los derechos y condiciones regulados, según se recoge en el artículo 37.

De acuerdo con la disposición transitoria única, los artículos 35 y 37 no serán de aplicación a aquellas empresas que adopten la decisión de salirse del CPE en el plazo de 30 días desde su publicación en el BOE y siempre que esa salida se materialice en el plazo de 3 meses desde la publicación del Convenio. Dicha decisión deberá comunicarse fehacientemente al CPE y a la representación legal y sindical del personal. En definitiva, se establece un período de tiempo durante el que las empresas pueden sopesar y decidir si se quedan o se separan del CPE, conociendo las condiciones e implicaciones de cada una de esas opciones (y, singularmente, las características de la recolocación convencional del personal de los CPE).

Las disposiciones que regulan el mecanismo de la recolocación convencional mantienen limitaciones a la libertad de contratación de las empresas, y dificultan la salida de una entidad de puesta a disposición de trabajadores, principios ambos consignados en el artículo 2 del Real Decreto-Ley de 2017, sin que exista precepto específico alguno en la regulación vigente que permita imponer restricciones a estas libertades, más allá de las ya previstas únicamente durante el período transitorio.

Asimismo, la restricción de la libertad de contratación al imponer cargas de salida a las empresas, pone en riesgo la competencia en igualdad de condiciones entre los CPE y las empresas de trabajo temporal, a pesar de que es uno de los objetivos perseguidos por el Real Decreto-ley de 2019 y puede situar en desventaja competitiva a las empresas estibadoras integrantes de un CPE frente a empresas terceras que pueden operar sin someterse a las limitaciones señaladas.

En cuanto a la justificación de estas medidas, el nuevo artículo 34 insiste expresamente en las eficiencias derivadas de este sistema de mutualización y de la asunción voluntaria de tales obligaciones, como la recolocación convencional. Sin embargo, debe mantenerse la llamada de atención sobre el hecho de que la sola voluntariedad de la asunción de esa obligación de recolocación por parte de la empresa no debe entenderse como sinónimo de la existencia de eficiencias, pues éstas deberán acreditarse y justificarse caso por caso, bajo la óptica de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE. No cabe, por tanto, entender que se da un automatismo entre la voluntariedad de las obligaciones y la existencia de eficiencias derivadas de las mismas.

Por lo que respecta al carácter voluntario de la asunción de obligaciones como la recolocación convencional, debe recordarse que la regulación emanada desde 2017 hasta el momento actual previó un período transitorio en el que se amparaban ciertas limitaciones a las libertades recogidas en el artículo 2 del Real Decreto-ley de 2017, bajo el objetivo de conseguir un tránsito ordenado hacia el nuevo escenario de libertad competitiva que se abrió. Sin embargo, en mayo de 2020 el legislador señaló el fin de un período y el inicio de otro, que ya ha comenzado, en el que la libertad de contratación y también, por tanto, la salida de los CPE libre de cargas, debe operar de forma plena y sin limitaciones. Siendo esto así, la disposición transitoria primera no hace sino acotar a un determinado período de tiempo (30 días desde la publicación en el BOE) la posibilidad de ejercitar una libertad, la de salir del CPE sin asunción de obligaciones, en cualquier momento y sin límite temporal alguno, de conformidad con el marco normativo vigente. En consecuencia, si bien el texto examinado garantiza la voluntariedad de la asunción de la obligación de la recolocación convencional, lo hace durante un período de tiempo limitado y sin que tal limitación encuentre amparo en la normativa de aplicación, de modo que pueden existir supuestos en los que el plazo previsto no resulte suficiente para que la empresa pueda, de manera efectiva, desvincularse del CPE.

Por tanto, la nueva redacción del borrador de AM en este precepto recoge parcialmente las recomendaciones formuladas en el informe de 8 mayo, en la medida en que garantiza la voluntariedad (aunque de forma acotada en el tiempo) de la asunción de las obligaciones asociadas al CPE en un contexto ya de plena libertad de contratación y salida de los CPE desde el 14 de mayo de 2020. Sin embargo, dichas obligaciones para los operadores pertenecientes a una CPE, y más concretamente la recolocación convencional, siguen implicando restricciones a las libertades consagradas en el artículo 2 del Real Decreto-ley de 2017 que pueden implicar restricciones a la competencia,

debiendo acreditarse y justificarse caso por caso las eficiencias derivadas del sistema de mutualización y de la asunción voluntaria de tales obligaciones, bajo la óptica de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

III.2.8 Formación y prácticas no laborales (capítulo XI, artículos 53 a 55)

En el texto anterior del AM, el mencionado capítulo asumía “*la necesidad prioritaria de establecer unos planes permanentes de formación profesional de los estibadores portuarios*”. Por ello constituía la Comisión Sectorial Estatal de Formación, que se integraba en la CPSE. Las funciones atribuidas a esa Comisión de Formación integrada en la CPSE eran muy amplias y vinculadas, entre otros temas, con los certificados de profesionalidad, el uso de los recursos de formación, los planes de formación, el establecimiento de criterios de las medidas complementarias y de acompañamiento de la formación o la elaboración de censos de centros de formación especializados en el sector y emisión de valoración sobre los mismos.

El informe de 8 de mayo de la CNMC señalaba a este respecto que todas estas funciones atribuían a la CPSE unas capacidades amplias, de cuyo ejercicio pueden derivarse restricciones sobre la competencia. Cualquier modo de ejercer tales funciones que suponga, directa o indirectamente, un tratamiento desigual entre empresas, la atribución de exclusividades, o la creación de dificultades para el acceso a la actividad, o favorezca el alineamiento de comportamientos comerciales entre empresas o cualquier otra restricción de la competencia puede ser objeto de sanción por infracción de la normativa de competencia.

El informe advertía adicionalmente sobre el riesgo de que las funciones relativas al establecimiento de criterios para la formación o el acceso de trabajadores, incluyendo la obligación de realizar prácticas no laborales, supongan la creación de barreras al acceso de la profesión.

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

No obstante, en algunos casos, el informe remarcaba que de la propia función en sí atribuida a la CPSE derivan riesgos evidentes sobre la competencia. Era

el caso, por ejemplo, de la prevista en la letra m del artículo 54.2 (*“Elaborar un censo de centros de formación especializados en el sector y emitir una valoración para la colaboración con los mismos. A tal efecto deberá tenerse en cuenta el idóneo aprovechamiento de los centros de formación actualmente existentes.”*), que entraña una coordinación y unos potenciales efectos sobre la actividad de formación que la pueden hacer incompatible con los principios de competencia.

Los cambios introducidos en el precepto afectado se refieren a continuación, con estas nuevas previsiones:

La nueva redacción del artículo 54 señala que: *“la Comisión Paritaria Sectorial Estatal aprobará en su ámbito competencial criterios para la distribución, aplicación y gestión con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios de los recursos recaudados como consecuencia de la dotación económica mínima ordenada en la ley y adoptará los acuerdos que procedan sobre las propuestas formuladas por la subcomisión”*.

Entre las competencias de la Comisión de Formación Sectorial, se ha eliminado la relativa a elaborar un censo de centros de formación especializados en el sector y emitir una valoración para la colaboración con los mismos (artículo 54.2 m).

Se valoran positivamente los cambios introducidos en la nueva versión del Acuerdo Marco en cuanto a la referencia a los criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios en el reparto de fondos vinculados a la formación y en lo referente a la eliminación del censo de centros de formación.

Sin embargo, existen otras funciones relativas al establecimiento de criterios para la formación o el acceso de trabajadores, incluyendo la obligación de realizar prácticas no laborales, o la relativa a participar en el diseño y proponer a las autoridades competentes el contenido de los certificados de profesionalidad de los estibadores, que pueden suponer la creación de barreras al acceso de la profesión. Por ello, se recomienda que el texto del AM recoja expresamente que el ejercicio de estas funciones debe respetar la normativa de competencia, y que se introduzcan las mayores cautelas posibles para evitar la aparición de tales riesgos.

Finalmente, el artículo 55 del AM prevé que para la realización de las prácticas no laborales deba designarse un tutor para el alumno, del CPE o la empresa estibadora. Se advierte que la no aceptación por parte del o los tutores de dicha función puede conllevar el bloqueo de la realización de las prácticas no

laborales del alumno. Para evitar esta situación, deben preverse mecanismos en el convenio que garanticen que las peticiones de designación de un tutor por parte de cualquier entidad que organice o imparta formación sean atendidas.

