

# LAS NECESARIAS TRANSFORMACIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ESTIBA Y DESESTIBA

JESÚS CRUZ VILLALÓN  
*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
Universidad de Sevilla

**EXTRACTO** **Palabras Clave:** Trabajo estiba puertos; libertad de contratación; negociación colectiva

La reforma legal efectuada en 2017 del modelo de contratación laboral en la estiba y desestiba en los puertos de interés general, obliga a una renegociación del conjunto de los convenios colectivos en dicho ámbito. Se trata de una modificación de los textos convencionales de notable trascendencia, por lo que en este estudio se procede a analizar el alcance de esos necesarios cambios, derivados no sólo de manera directa por el cambio legislativo, sino por el obligado respeto por parte de los convenios a los imperativos de Derecho de la Unión Europea en materia de libertades económicas, en los términos precisados por el Tribunal de Luxemburgo; sin dejar de olvidar que ello también puede afectar a imperativos constitucionales como son los relativos a prohibición de discriminación, libertad de elección de profesión, así como al derecho a la negociación colectiva. La plena implantación del nuevo modelo laboral en la actividad de estiba sólo puede materializarse en la práctica a partir de la implementación de la reforma a través de los convenios colectivos. Dichos cambios afectan tanto a los contenidos de los convenios, que deben partir de la libertad de contratación laboral por parte de las empresas estibadoras a partir de ahora, como también inciden sobre el marco de desarrollo de la negociación colectiva, especialmente por lo que se refiere a las reglas de legitimación y de concurrencia entre convenios colectivos. En los mismos términos, las especialidades tradicionales de irregularidad de las cargas de trabajo requieren medidas específicas de mantenimiento y continuidad del empleo que, si no son establecidas por la normativa estatal, podrían ser pactadas por los convenios.

**ABSTRACT** **Key Words:** Work stowage ports; freedom of contracting; collective bargaining

The legal reform carried out in 2017 of the model of labour contracting in the stowage and unloading in ports of general interest, requires a renegotiation of all the collective agreements in that area. This is a modification of the conventional texts of notable importance, so in this study we proceed to analyze the concrete impact of those necessary changes, derived not only directly by the legislative change, but also by the obligatory respect for the collective agreements to the principles and rules of European Union Law regarding economic freedoms, in the terms specified by the Court of Luxembourg; without forgetting that this can also affect constitutional imperatives such as those related to the prohibition of discrimination, freedom of choice of profession or work, as well as the right to collective bargaining. The full implementation of the new work model in the stowage activity can only materialize in practice from the implementation of the reform through collective agreements. These changes affect both the contents of the agreements, which must start from the freedom of hiring labour by the stevedoring companies from now on, as well as affect the development framework of collective bargaining, especially as regards to the rules on subjects empowered to negotiate, on bargaining units and applicative preference among collective agreements. In the same terms, the traditional specialties of irregularity of workloads require specific maintenance and continuity of employment measures that, if not established by state regulations, could be agreed by collective agreements.

## ÍNDICE

1. UNA REFORMA DUAL EN PARALELO
2. LA FUNCIÓN INFLUYENTE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. LEGITIMACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 3.1. Legitimación y principio de correspondencia
  - 3.2. Convenios sectoriales de puerto: legitimación y prioridad aplicativa
  - 3.3. El espacio teórico y práctico de la negociación empresarial
4. LÍMITES NEGOCIALES DERIVADOS DEL NUEVO MODELO CONTRACTUAL
5. OTROS CONDICIONANTES CONVENCIONALES
6. POSIBLES MEDIDAS DE MANTENIMIENTO Y CONTINUIDAD DEL EMPLEO
  - 6.1. Contexto general
  - 6.2. El fomento de la contratación indefinida en las empresas estibadoras
  - 6.3. La continuidad del empleo en las empresas de trabajo temporal

### 1. UNA REFORMA DUAL EN PARALELO

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declara que España ha incumplido la normativa prohibitiva de restricciones a la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE)<sup>1</sup>, en concreto en el trabajo en el sector de la estiba y desestiba en los puertos españoles de interés general, ha obligado ante todo a adaptar la legislación nacional al Derecho de la Unión en los términos precisados por la mencionada jurisprudencia<sup>2</sup>. Pero, no sólo esto, sino que, igualmente lo anterior, determina la necesidad de modificar en dicho sector la negociación colectiva y el contenido de la práctica totalidad de los convenios colectivos vigentes en los diferentes ámbitos sectoriales.

<sup>1</sup> STJUE 11 de diciembre de 2014, C-576/13, Comisión Europea versus Reino de España, ECLI:EU:C:2014:2430. Debe tenerse en cuenta que España fue condenada a pagar una cantidad a tanto alzado de tres millones de euros por haber tardado en liberalizar el sector de los servicios portuarios de manipulación de mercancías: STJUE 13 de julio de 2017, asunto C-388/16.

<sup>2</sup> Para un estudio completo del régimen precedente, P. Rodríguez Ramos, *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Trotta, Madrid 1997. I. Ballester Pastor, *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014. J. Cruz Villalón, *Diferencias de condiciones de trabajo entre los estibadores portuarios: la aplicación de los principios de igualdad, condición más beneficiosa y norma más favorable*, Relaciones Laborales nº 12 (1989). Para un comentario de la sentencia de 2014, M. Álvarez de la Rosa, *El trabajo en la estiba portuaria: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala sexta) de 11 de diciembre de 2014*, Trabajo y Derecho nº 4 (2015). J. Cabeza Pereiro, *Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones laborales*, Trabajo y Derecho nº 3 (2015), pgs. 36 ss. A. Esteve Segarra, *Un nuevo supuesto de interacción entre libertades económicas y derechos sociales: la ordenación jurídico-laboral española de la actividad de los estibadores portuarios*, Trabajo y Derecho nº 7-8 (2015). Para una completa descripción del devenir histórico con los cambios legales sucesivos, el papel de la negociación colectiva, hasta llegar a la reforma legal de 2017, M. Álvarez de la Rosa, *El trabajo en la estiba portuaria o la búsqueda del empresario*, Trabajo y Derecho nº 37 (2018). VV. AA. (L. Carballo Piñeiro), *Retos presentes y futuros de la Política marítima integrada de la Unión Europea*, ed. Bosch, 2017.

Tal modificación de la negociación colectiva deriva de manera inmediata de un mandato contenido en el propio Real Decreto-Ley que modifica el modelo de relaciones laborales en la actividad de manipulación de las mercancías en el servicio portuario, que contiene una disposición que obliga a dicha adaptación en el plazo de un año desde su entrada en vigor, estableciendo que, transcurrido el mencionado año sin efectuarse la necesaria adaptación, devendrán nulas las disposiciones de los convenios que restrinjan la libertad de contratación o limiten la competencia en el sector de la estiba y desestiba en los puertos de interés general<sup>3</sup>. En principio, esta previsión legal resultaría innecesaria, dado que los convenios colectivos, tanto en sus aspectos de configuración como de contenido, deben ser en todo caso respetuosos con la legalidad vigente (arts. 3 y 85 ET), siendo los mismos nulos de pleno derecho cuando se advierta contradicción entre las disposiciones de derecho necesario de la normativa estatal y lo pactado a través de la negociación colectiva, por vulneración de la legalidad vigente (art. 90.5 ET y arts. 163 ss. Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). De este modo, la disposición del Real Decreto-ley en realidad tiene el alcance inverso de no provocar la nulidad inmediata de lo pactado a la entrada en vigor del nuevo régimen laboral de estiba y desestiba, pues lo que efectivamente hace es abrir un período transitorio y, con ello, posponer la necesaria adaptación legal al plazo del año previsto en el Real Decreto-ley.

Eso sí, la precedente regla no deja de provocar ciertas incertidumbres en su contraste con la regulación legal. De una lado, debe tenerse presente que el Real Decreto-Ley contempla unos efectos inmediatos a partir de su entrada en vigor, que han de ser aplicables en todo caso y, por ello, desde el inicio de la aplicación de la norma legal, tales efectos inmediatos no pueden ser obstaculizados por los convenios colectivos todavía vigentes a través de lo que los mismos contuvieran en sus cláusulas con precedencia a la aprobación del Real Decreto-Ley. De otro lado, y desde la perspectiva opuesta, también debe tenerse en cuenta que para el nuevo régimen introducido por el Real Decreto-Ley se contempla un período transitorio de tres años de duración, que no de un año, período transitorio durante el cual no rige una plena libertad de contratación y, por tanto, durante este período de tres años se mantiene una cierta restricción a la libre competencia. A tenor de ello, los convenios colectivos también pueden mantener idénticas restricciones durante estos tres años y no sólo durante el primer año.

Más aún, por mucho que la nueva regulación parta del principio de libre contratación y de libre competencia en el sector, va a pervivir en el sector de manera permanente, una vez concluidos los tres años de período transitorio, ciertos elementos de restricción justificadas por razones de interés general, incluso de tutela

<sup>3</sup> Disp. adic. 1ª Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo (BOE 13 de mayo), por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4051).

de los intereses de los trabajadores, que pueden igualmente tener algún tipo de repercusión sobre la propia negociación colectiva. Por sólo señalar, el elemento más significativo, se mantiene el régimen de autorización administrativa para que las empresas estibadoras puedan prestar el servicio de transporte de mercancías en los puertos de interés general, contemplándose, además, la posibilidad de fijar un número máximo de empresas autorizadas<sup>4</sup>. Con independencia de que ello no afecte de manera directa a la negociación colectiva, sí que puede influir sobre la misma de manera indirecta y, en todo caso, marca los sujetos protagonistas de la propia negociación.

En paralelo, las necesarias adaptaciones de la negociación colectiva derivan de los imperativos del Derecho de la Unión en materia de libertad de establecimiento, dado que los mismos no se imponen sólo a la normativa estatal sino en igual medida a la propia negociación colectiva. Dicho de otro modo, los mandatos derivados del art. 49 TFUE no sólo vinculan a los poderes legislativos de los Estados miembros, sino que igualmente obligan a la negociación colectiva nacional. Aunque los responsables últimos del respeto al Derecho de la Unión sean los poderes públicos de los Estados miembros, éstos se encuentran igualmente obligados a vigilar por el estricto cumplimiento por la negociación colectiva de las libertades económicas garantizadas por los Tratados. Volveremos más adelante sobre el particular en apartados sucesivos.

En paralelo a ello, tampoco puede dejar de tenerse en cuenta que la presencia de un régimen más o menos diferenciado de contratación laboral en el sector de la estiba se retrotrae mucho tiempo atrás, siendo una realidad presente en la generalidad de los puertos europeos de transporte de mercancías. La irregularidad del trabajo, con necesidad de realizar operaciones de carga y descarga de mercancías en los buques que arriban a puerto, que debe efectuarse con intensa celeridad pero que de igual modo se realizan en poco tiempo, dan lugar a una notable necesidad de empleo de alta especialización pero que puede ser muy intermitente. Ello siempre ha desembocado en un régimen cuando menos especial en la contratación de los estibadores, pues los mismos no se atienden debidamente con la regulación común ni de los contratos de duración indefinida ni de los temporales, salvo que se olviden por completo las necesidades mínimas de seguridad en el empleo de los trabajadores ni se tomen en consideración las exigencias de profesionalidad de los mismos. Por ello, la toma en consideración de las libertades de establecimiento y de libre competencia mercantil no tiene que estar reñida con la adopción de medidas de fomento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores portuarios.

Desde esta última perspectiva, la principal crítica que se le debe hacer al nuevo modelo laboral establecido con la reforma de 2017 es que tan sólo se ha mostrado sensible por garantizar el pleno ejercicio de las libertades económi-

<sup>4</sup> Cf. Arts. 109, 111 ss y 124 Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (BOE 20 de octubre).

ca, la introducción de un modelo plenamente respetuoso con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, pero sin la más mínima sensibilidad respecto de los intereses de los trabajadores, tomando en consideración las particularidades propias del sector, de irregularidad en las cargas de trabajo, sólo desde la perspectiva de la libertad de contratación a favor de las empresas estibadoras, pero en nada respecto de la búsqueda de un cierto equilibrio de intereses que atienda a las incertidumbres de trabajo que se presenta de manera generalizada para los estibadores portuarios. Dicho de otro modo, se ha pasado de un modelo muy intervencionista, que otorgaba una intensa protección de la estabilidad en el empleo de los estibadores en detrimento excesivo de las libertades económicas, a otro modelo en el extremo opuesto de plena liberalización y flexibilidad contractual desde el punto de vista del interés empresarial, pero que aboca a elevados riesgos de precarización en el empleo. Si esto no se corrige por vía de la intervención pública, es obligado analizar que margen de actuación le resta a la negociación colectiva, a los efectos de que puedan los convenios colectivos introducir cierto tipo de medidas de corrección, que permitan un resultado más equilibrado en la compresión de conjunto de los intereses de las partes. Se trataría de analizar el margen de actuación de la negociación colectiva para compatibilizar libertad de contratación laboral con tutela de la continuidad y mantenimiento del empleo.

A la postre, resulta decisivo que el modelo de relaciones laborales en nuestro ordenamiento jurídico se construye de manera complementaria entre la legislación estatal y la negociación colectiva que la implementa. La negociación colectiva se estructura y desarrolla su contenido sobre la base de un encaje fiel del diseño legal y, a su vez, este diseño legal se articula en sus detalles prácticos por medio de lo sucesivamente actuado por los convenios colectivos del sector y, en su caso, de empresa. En definitiva, se trata de dos intervenciones normativas que han de responder a lógicas que aunque no sean idénticas sí lo sean complementarias, de modo que la modificación de la una (la legal) exige la correlativa adaptación de la otra (la convencional) para que definitivamente se corrija la declaración de incumplimiento efectuada por el Tribunal de Luxemburgo, sin desmerecer de la toma en consideración de las irregularidades en el empleo propias del sector. Por ello, la reforma definitiva del modelo de relaciones laborales en el sector de la estiba no estará cerrada hasta tanto que, no sólo se produzca el pertinente desarrollo reglamentario del Real Decreto-ley, sino sobre todo hasta tanto que no se corrijan las contradicciones negociales actuales con el nuevo modelo legal, haciéndolo ello posible desde una perspectiva de equilibrio de intereses. Dicho de otro modo, que cualquier tipo de intervención negocial que vaya a obstaculizar o frenar la implantación del modelo legal puede comportar una nueva contravención de los imperativos derivados del Derecho de la Unión Europea, pero advirtiendo también que el modo de respetar tales imperativos no es exclusivamente el que deriva del fiel seguimiento del Real Decreto-Ley, pues cabe introducir ciertos elementos de compensación.

Para poder comprender la trascendencia de lo que venimos diciendo debe resaltarse que lo que se aborda con esta reforma es un cambio cualitativo de modelo de relaciones laborales en el sector, no una mera corrección de segundo orden. El modelo precedente impregna los pilares básicos de la negociación colectiva desarrollada hasta el momento presente, de modo que ese cambio de modelo impacta de manera directa tanto sobre el desarrollo de la negociación colectiva como sobre los contenidos pactados en los convenios colectivos. En suma, el cambio del modelo exige en igual medida una modificación sustancial de elementos claves sobre los que se había venido asentando la negociación colectiva hasta el momento presente.

Por sólo apuntar elementos de decisiva novedad al efecto, una vez culminada la reforma legal, destacaría los siguientes: se reconoce la plena libertad de contratación laboral directa por parte de las empresas estibadoras, sin obligación de contratar al personal vinculado a la SAGEP o de entidad asimilada, ni necesidad de acudir a la puesta a disposición de las entidades suministradoras de trabajadores para atender a sus necesidades temporales de empleo; desaparece el precedente monopolio de las sociedades anónimas de gestión de estibadores portuarios (SAGEP) en la contratación laboral en la actividad de estiba y desestiba, lo que incluso desemboca en la obligada desaparición de éstas o de su transformación en empresas de trabajo temporal; entran como protagonistas no meramente excepcionales las empresas de trabajo temporal, incluidas como manifestación singular de las mismas los centros portuarios de empleo en tanto que ETT especializadas en la estiba y desestiba; desaparece la precedente relación laboral especial de estibadores portuarios, tan central en la regulación precedente, de modo que todos los contratos se rigen por las diversas modalidades de contratación laboral ordinaria; las empresas estibadoras pueden libremente contratar trabajadores temporales cuando precisen por causas justificadas previstas en la legislación laboral común, o bien optar por acudir en estos casos a la puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal o de los centros portuarios de empleo; se suprime por vía indirecta cualquier sistema de rotación estricto de los trabajadores puestos a disposición en el caso de que se acuda a los servicios de las empresas de trabajo temporal; desaparece toda posibilidad de establecer mecanismos de preferencia, reserva o exclusiones de la contratación diversas a las admisibles en el resto de los sectores, tanto en el momento de la selección para la incorporación al empleo, como a efectos de movilidad geográfica o de promoción profesional, con el efecto de regir una estricta prohibición de cualquier tipo de mecanismo que directa o indirectamente pueda provocar un resultado de mercado de trabajo cerrado en favor de determinados grupos o segmentos de trabajadores.

Insistimos, todo lo anterior, desemboca en la necesaria transformación del modelo hasta el presente predominante de negociación colectiva en el sector. Ello es indudable respecto de los contenidos de las cláusulas negociadas, pero, y esto puede pasar más inadvertido, también en el modo de funcionar la negociación

colectiva misma por lo que se refiere a los sujetos negociadores y en cierta medida también por lo que afecta a la estructura de la negociación colectiva.

El objetivo de las páginas que siguen va a ser precisamente determinar cuáles han de ser las claves impuestas con el nuevo modelo legal a la negociación colectiva a partir de ahora, intentando afrontarlo a través del estudio de las instituciones más directamente afectadas por la modificación legal. Complementariamente a ello, se trata también de efectuar un diagnóstico de los riesgos de precariedad respecto a la estabilidad en el empleo que pueda derivar de este nuevo modelo, detectando que posibilidades de corrección o freno al mismo podría asumir la negociación colectiva. Eso sí, con carácter previo, resulta necesario efectuar algunas consideraciones de carácter general sobre la funcionalidad general de la negociación colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales, para poder después descender al estudio de las concretas instituciones afectadas en el concreto ámbito de la estiba y desestiba.

## 2. LA FUNCIÓN INFLUYENTE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Más allá de las especialidades propias del sector de la estiba y desestiba, con carácter general la negociación colectiva asume un papel ciertamente protagonista en nuestro sistema de relaciones laborales, tanto por imperativo constitucional y diseño legal como por lo que constituye la práctica negocial desarrollada a lo largo de las últimas décadas. Sin necesidad de entrar en mayores detalles, baste con señalar que los convenios colectivos desempeñan un papel decisivo en la fijación concreta del régimen de condiciones de trabajo, bien lo sean en el ámbito del sector o en el de la empresa en el que se desarrolla la negociación colectiva<sup>5</sup>.

Por lo que se refiere al concreto sector que estamos analizando en este momento, su impacto puede afirmarse que hasta al presente ha resultado mucho más acentuado con diferencia, que el presente comparativamente con el generalizado en el conjunto del mapa negocial en nuestro país<sup>6</sup>. Dos elementos, que se han

<sup>5</sup> Para el contenido y significación de los cambios derivados de la reforma legal de 2017, por todos, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Nuevo régimen legal de la prestación de servicios de manipulación portuaria, Derecho de las Relaciones Laborales nº 8 (2017), pgs. 675 ss. J. A. Fernández Avilés, La estiba sigue en conflicto, en Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 409 (2017), pgs. 5 ss. L. López Cumbre, Relación laboral de la estiba presente y futura, en <http://www.spanishreforms.com/documents/10180/0/Report+by+the+law+firm+G%C3%B3mez-Acebo+%26+Pombo+on+Relaci%C3%B3n+laboral+de+la+estiba+presente+y+futura%2C+May+2017+%28in+Spanish%29/c933c7e1-7a9f-4142-b06c-9f4ee1b8b528>; López Cumbre, Estiba y desestiba: nuevo marco de relaciones laborales tras su liberalización, en <http://www.spanishreforms.com/documents/10180/10621/Document+by+G%C3%B3mez+Acebo+and+Pombo+on+RDL+4+-+2017/0737393a-a191-44d2-a700-a423522771a9>. C. Molina Navarrete, Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿Qué sí exige y qué no la Comisión 'por boca' del TJUE, Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 409 (2017), pgs. 103 ss. A. Ojeda Avilés, La relación laboral especial de estibadores portuarios y su régimen transitorio, en AA. VV., Las modalidades de contratación laboral, en prensa.

<sup>6</sup> Para un conocimiento completo de la situación conforme al modelo precedente, AA. VV. (J. Gárate Castro dir.), La negociación colectiva en el sector de la estiba y desestiba de buques, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid 2004.

retroalimentado, han jugado a favor de ese resultado de acentuada importancia de la negociación colectiva en el sector: de un lado, la presencia de una potente actividad sindical por parte de las organizaciones sindicales representativas de los trabajadores en el sector, con la demostración recurrente de un fuerte poder de presión vía medidas de conflicto colectivo, a través de la cual se ha desarrollado una notable fortaleza sindical en el desarrollo de la negociación colectiva, con efectiva capacidad de defensa de los intereses de los trabajadores; de otro lado, un modelo de contratación tanto laboral como mercantil restrictivo de la competencia, que ha dado lugar a un número reducido de empresas autorizadas a la prestación del servicio. El resultado ha sido, ante todo que la negociación colectiva en la estiba y desestiba ha desarrollado una estructura negocial que garantiza una tasa de cobertura completa, al 100 %, de todos los trabajadores y empresas que prestan sus servicios en el transporte de mercancías en los puertos de interés general. Más aún, los convenios colectivos del sector han gozado de una intensa capacidad de fijación efectiva de las condiciones de trabajo, cuando menos en cuatro aspectos centrales de la contratación laboral: 1) régimen retributivo, tanto por lo que se refiere a la estructura salarial como a la cuantía de las remuneraciones totales; 2) regulación del tiempo de trabajo, tanto por lo que afecta a la jornada como al horario de trabajo; 3) régimen de clasificación profesional, especialmente incisivo por medio del sistema de empleos mínimos por “mano”; 4) sistemas de contratación y de selección de los trabajadores a ingresar en el sector, tanto por parte de las SAGEP como por las empresas estibadoras.

No resulta fácil adivinar cuál puede ser el devenir de la negociación colectiva desde esta perspectiva de su notable importancia en el sector, comparada con el resto de los sectores económicos, a partir de la implantación del nuevo modelo legal. Ciertamente, en la medida en que la reforma legislativa incide sobre uno de los dos elementos antes referidos determinantes del superior poder contractual de la representación de los trabajadores y de las empresas titulares de la actividad, no es descartable que se produzcan ciertos cambios en el equilibrio de intereses que ha preponderado en el pasado. No obstante, pueden jugar otros elementos de contrapeso que frenen los efectos del cambio legal sobre la negociación colectiva, en la medida en que en estos momentos es difícil vislumbrar cuáles serán en la práctica los cambios que se materializarán: de un lado, las formas de implantar el nuevo modelo pueden ser variadas y no está aún diseñado al completo el modo cómo ha de implementarse el nuevo modelo legal; de otro lado, es previsible que la fortaleza sindical, consolidada históricamente en el sector a lo largo de tantas décadas, pervivirá significativamente, a pesar de que deba proceder a adaptarse al nuevo escenario.

En todo caso, más allá de los matices, resulta indiscutible que la negociación colectiva, especialmente la que se desarrolla en el ámbito sectorial, por propia esencia produce un efecto de distorsión de la competencia mercantil para el conjunto de la actividad económica. Ello es consustancial a la negociación colectiva,

en la medida en que la misma pretende situar en el plano colectivo la negociación de las condiciones de trabajo, condicionando el juego de la oferta y la demanda en la fijación del coste del trabajo y, en general, de las condiciones de trabajo. En todo sistema democrático de relaciones laborales, basado en el principio de autonomía negocial de las representaciones colectivas de trabajadores y empresarios, ese efecto de distorsión de la competencia viene plenamente justificado, en la medida en que con el mismo se pretende corregir el desequilibrio de posiciones de trabajadores y empresarios cuando sus relaciones se desarrollan exclusivamente a nivel individual; incluso tiene un valor adicional de corregir ciertas distorsiones en el funcionamiento del mercado que desemboca en resultados indeseables de competencia desleal por vía del “dumping social”. Precisamente por ello, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado que la negociación colectiva es compatible con las libertades económicas reconocidas en los Tratados Constitutivos de la Unión e incluso ha llegado a declarar que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores. Por ello, partiendo de la generalizada implantación de la negociación colectiva como derecho básico de los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros, a partir de la constatación de los objetivos sociales perseguidos también por el ordenamiento europeo en la búsqueda de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, así como el necesario equilibrio de estos objetivos sociales con los derechos económicos, acaba considerando que los objetivos de política social resultarían gravemente comprometidos si los convenios colectivos estuvieran sujetos al Derecho de la Unión sobre la libre competencia. Ello desemboca en la conclusión de que los convenios colectivos quedan fuera de la prohibición de los acuerdos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (art. 101.1 TFUE)<sup>7</sup>. Al final, tal realidad acabará elevándose al nivel de reconocimiento expreso en el propio derecho originario a través de su recepción como derecho dentro de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados” (art. 28).

Eso sí, como la propia Carta expresamente indica, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva debe ejercerse de conformidad con el Derecho

<sup>7</sup> SSTJCE 21 de septiembre de 1999, C-67/96, Albany, apartado 59; 21 de septiembre de 1999, C-219/97, Bokken; 21 de septiembre de 1999, C-115/97 a 117/97, Brentjens; 21 de septiembre de 2000, C-222/98, Van der Woude; 9 de julio de 2009, C-319/07, Dinamarca y Noruega, apartado 50; STJUE 3 de marzo de 2011, C-437/09, Prévoyance. Sobre las mismas, cfr. J. Cruz Villalón, El derecho a la negociación colectiva laboral en el marco del ordenamiento de la Unión Europea, en prensa. S. Evju, Collective agreements and competition law. The Albany puzzle and Van der Woude, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, vol. 17 nº 2 (2001). C. Vigneau, De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, nº 25.

de la Unión. Por tanto, lo anterior no comporta que cualquier tipo de contenido de los convenios colectivos quede al margen de los condicionantes de la libre competencia mercantil y, en general, de las libertades económicas garantizadas por el Derecho de la Unión Europea. Más aún, algo que en esta materia pasa inadvertido en muchas ocasiones, los convenios colectivos de la estiba, como los de cualquier otro sector, igualmente deben someterse a precisas prescripciones constitucionales de especial relevancia, como son en este caso las relativas a la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE), de prohibición de discriminación en el empleo (art. 14 CE), así como del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). De no tenerse en cuenta estos importantes imperativos jurídicos, estaríamos ahora manifestando algo contrario a lo que hemos afirmado al inicio del presente trabajo y, en particular, carecería por completo de sentido entender que los convenios colectivos deben proceder a adaptarse en su diseño y contenidos al cambio de modelo laboral derivado de la reforma de 2017, así como del respeto a jurisprudencia europea en materia de libre contratación de los servicios de transporte de mercancía en los puertos de interés general. En efecto, al margen de que los convenios colectivos en el marco de nuestro sistema legal tienen capacidad de fijar las condiciones retributivas, de jornada y del resto del régimen jurídico del contrato de trabajo en la estiba, al mismo tiempo tienen como límite infranqueable el obligado respeto al nuevo modelo de contratación establecido con la reforma legal, a resultas del necesario respeto a la sentencia de condena a España por este motivo, así como a los condicionantes constitucionales también mencionados. En ningún caso, la corrección de la libre competencia mercantil consustancial a la negociación colectiva puede ir más allá de lo que rige para el resto de los sectores productivos, ni siquiera con la excusa de la garantía de la profesionalidad obligada de los trabajadores del sector ni en base a la peculiaridad derivada de la excesiva rotación de la actividad portuaria, pues no cabe intentar rescatar por vía convencional un modelo superado contrario a la libertad de contratación. En particular, ha de estarse atento a la efectiva adecuación del diseño de los convenios colectivos y de su contenido al nuevo modelo legal y que éstos por vías ocultas no produzcan un resultado que acabe siendo contrario a la libertad de contratación en los términos identificados por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

No obstante lo anterior, debe advertirse que la concreción de todo lo anterior presenta dosis elevadas de complejidad, pues ello no supone atar de pies y manos a la negociación colectiva, impidiendo todo margen de gestión de la contratación laboral en el sector. Como ya hemos dicho, la forma de respetar la libertad de contratación y las libertades económicas puede llegar a conciliarse con reglas de contrapeso a los efectos perversos de un funcionamiento del mercado sólo regido por las reglas de la oferta y la demanda a nivel individual. El respeto a los imperativos del Derecho de la Unión puede ser compatible con ciertas medidas, sean

legales como convencionales colectiva, que intentan hacer frente a la precariedad en el empleo que puede provocar un funcionamiento tan irregular del trabajo en el sector de la estiba. Por ello, hemos de analizar tanto los cambios obligados derivados del nuevo modelo contractual como de las medidas de corrección que resultaría lícito incorporar por la negociación colectiva para fomentar el mantenimiento y la continuidad del empleo en la estiba y desestiba.

Antes de entrar en el detalle de los diferentes elementos institucionales concretos, conviene efectuar una última precisión de carácter general, en relación con el alcance de la condena derivada de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Nos referimos en concreto al hecho de que la perspectiva de análisis de la sentencia lo es respecto de la libertad de establecimiento y, por tanto, el fallo de la sentencia se centra en la restricción a la libertad de contratación que se ocasionaba con el precedente modelo a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general. A tenor de ello, desde algunas posiciones en el debate previo a la reforma se llegó a defender que el cambio legislativo sólo tenía que actuar sobre esas empresas de otros Estados miembros, pero pudiendo mantener el modelo precedente respecto de las empresas ya establecidas en España y que no provienen de otros Estados miembros. Como es bien sabido, al final el cambio legal introducido por el Real Decreto-ley de 2017 lo ha sido de carácter general y no exclusivamente respecto de las empresas de otros Estados miembros. No obstante, ello no excluye que esa misma posición se pueda reiterar ahora respecto de la intervención de la negociación colectiva. Pues bien, sin necesidad de entrar en mayores detalles, esa hipótesis trasladada a la negociación colectiva a nuestro juicio no sería viable, por varias razones básicas. La primera, porque la negociación colectiva en este aspecto necesariamente tiene que partir del respeto al nuevo modelo legal, de modo que la norma española obliga al reconocimiento de la libertad de contratación respecto de todo tipo de empresas que procedan a actuar en el ámbito de los puertos de interés general, sean o no de otro Estado miembro. La segunda, que no resulta fácil diferenciar qué empresas tienen la condición de pertenencia o no de otros países, pues en muchos casos se trata de empresas transnacionales con implantación desde tiempo atrás en los puertos españoles a través de sus correspondientes empresas filiales. La tercera y a nuestro juicio la más decisiva, porque entrañaría un tratamiento discriminatorio, carente de justificación objetiva un tratamiento diferenciado entre empresas nacionales y de otros Estados miembros, ahora en perjuicio de las primeras; comportaría ello el establecimiento de un régimen distinto entre unas y otras empresas que, a la postre acabaría colocando a las empresas españolas en una posición de clara desventaja en la competencia mercantil, por tanto con perceptible daño a la libre competencia entre ellas, finalmente con lesión tanto a la prohibición de discriminación constitucional como contraria a las libertades económicas del Derecho de

la Unión.

### 3. LEGITIMACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

#### 3.1. Legitimación y principio de correspondencia

En el sector de la estiba la negociación colectiva se encuentra estrechamente conectada la legitimación con el diseño de la negociación colectiva, incluso se encuentra condicionada la estructura de la negociación colectiva con el modelo de contratación aplicable a las diversas actividades profesionales que se pueden desarrollar en el interior de los puertos de interés general. Legitimación negocial y estructura de los convenios colectivos van de la mano, por lo que deben estudiarse de manera conjunta.

Debe recordarse que en esta materia el punto de partida común a todo el sistema de negociación colectiva es el de la libertad de los negociadores para determinar el ámbito de aplicación del convenio colectivo que consideren más idóneo a sus intereses: “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden” (art. 83.1 ET). Ahora bien, esa libertad de delimitación del ámbito de negociación queda condicionada de manera decisiva en atención a la capacidad representativa de los negociadores, en términos tales que ninguna de las dos partes podrán negociar un convenio respecto de empresas y de trabajadores a los que legalmente no representen. Este principio de representatividad se ha materializado jurisprudencialmente en los últimos años en lo que ha venido a denominarse como el principio de correspondencia: “El principio de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo... exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el ámbito del convenio de empresa ha de corresponderse estrictamente con el de afectación del convenio colectivo”<sup>8</sup>. A pesar de que se trata de una doctrina dictada con relación a cierto tipo de prácticas negociales muy singulares en ciertos ámbitos empresariales y venir referida casi siempre a la falta de correspondencia entre el ámbito del convenio y la representación de los trabajadores, casi siempre relacionado con negociaciones desarrolladas con delegados de personal y comités de empresa, el fundamento jurídico sobre el que se basa el criterio jurisprudencial obliga con la misma lógica jurídica a su extensión de manera generalizada. El principio de correspondencia debe elevarse a principio informador de la relación entre reglas legales de legitimación negocial y ámbito aplicativo del convenio colectivo; debe tomarse en consideración tanto para convenios de empresa como para los de sector, tanto por lo que afecta al banco social como al empresarial, tanto a la representación sindical como a la representación en la empresa vía comités y delegados. Ciertamente, ello se plasma sobre todo en relación con los convenios

<sup>8</sup> SSTS 18 de abril de 2017, rec. 154/2016; 11 de enero de 2017, rec.24/2016; 16 de enero de 2018, rec. 262/2016.

colectivos estatutarios, pues deriva del modelo de legitimación negocial contemplado en el Estatuto de los Trabajadores, pero es mucho más automático en el caso de los convenios colectivos extraestatutarios, donde rige el principio propio de la contratación privada del mandato representativo.

Por ello, tal principio ha de exigirse igualmente en el ámbito de la estiba y desestiba. Eso sí, la peculiaridad en este caso se presenta de ordinario no respecto de la representación de los trabajadores, sino de la representación empresarial; del mismo modo que no se suele presentar en relación con la negociación de convenios de empresa, sino de convenios de sector. En efecto, el debate se suele plantear en estos casos a tenor de la voluntad de los negociadores del sector de la estiba y desestiba de establecer un régimen uniforme de condiciones de trabajo para todos los trabajos de manipulación de mercancías en los puertos de interés general. Naturalmente, dejamos de lado las actividades básicas gestionadas directamente por las propias autoridades portuarias con sus propios empleados, que no suele ser pretensión de tales convenios el incluirlas. Pero sí tiende a ser voluntad de los negociadores abarcar otros trabajadores que son directamente contratados por las empresas de estiba y desestiba, o bien por otras empresas que desarrollan actividades similares.

Esta voluntad extensiva puede entrar en colisión sobre todo con tres colectivos: 1) los trabajadores de actividades complementarias de manipulación y movimiento de mercancías en el puerto que no entran dentro de las actividades básicas de estiba y desestiba; 2) los trabajadores pertenecientes a la plantilla de los armadores de los buques de mercancías que se encuentran facultados para realizar la actividad de estiba por medio del mecanismo denominado de autoprestación; 3) los trabajadores puestos a disposición de las empresas estibadoras, que a partir de ahora sólo pueden serlo por medio de una relación laboral ordinaria, contratados bien por una empresa de trabajo temporal, o bien por su variante específica de los centros portuarios de empleo contemplada en la nueva regulación. Dejamos de lado, la particularidad adicional de los trabajadores sometidos a relación laboral especial contratados por la SAGEP y cedidos a las empresas estibadoras, por cuanto que se trata de una cuestión prácticamente de pasado y sólo va a pervivir durante el período transitorio.

Pues bien, respecto de los tres colectivos para los que se suscitan dudas, el problema se sitúa en que tanto a nivel estatal como de los puertos, los convenios sectoriales hasta ahora firmados en el ámbito de la estiba en muchas ocasiones han pretendido incluirlas dentro de su ámbito de aplicación, a pesar de que la asociación empresarial que ha negociado tales convenios tan sólo representa a las empresas de estiba y desestiba, por ser éstas las afiliadas a tal patronal. En la medida en que se produzca esa falta de representatividad de las empresas que actúan como empleadoras de esos tres colectivos, ha de entenderse que no se respeta el principio de correspondencia, de modo que tales empresas y trabaja-

dores no podrían incluirse dentro del ámbito de aplicación de los mencionados convenios colectivos. Prueba de ello es que el propio Tribunal Supremo, ante una impugnación de oficio del texto pactado del IV Acuerdo estatal, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional que se recurría en casación, declaró el defecto de capacidad representativa de la asociación empresarial que impedía incluir en el ámbito de aplicación del convenio a empresas que no pertenecían al sector de la estiba y desestiba<sup>9</sup>.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que, a pesar de la claridad y contundencia de la sentencia de referencia, la misma actitud expansiva subjetiva han tenido en paralelo los convenios colectivos también sectoriales firmados en el ámbito inferior de determinados puertos de interés general, sin que los mismos hayan sido impugnados judicialmente y mantengan de facto esa fórmula expansiva en lo subjetivo. A nuestro juicio, el criterio debe aplicarse también a los convenios sectoriales de puertos y no quedar exclusivamente circunscrito al estatal, a la vista de la fundamentación jurídica con la que se construye el mencionado principio de correspondencia. Más aún, comoquiera que la argumentación jurídica, exigiendo la correspondencia representativa, trasciende el modelo precedente de trabajo en la estiba, ha de entenderse que debe mantenerse el criterio también a partir de ahora y en el futuro, una vez plenamente implantado el nuevo modelo.

No obstante, conviene efectuar dos aclaraciones a lo anterior.

Por un lado, para algunas de estas actividades, podría alterarse el ámbito afiliativo de la asociación empresarial, especialmente incluyendo en su seno tal asociación a las empresas que desarrollan tales actividades de carácter complementario, lo que sí podría determinar en tal caso la licitud de incluir a las correspondientes empresas y trabajadores que realizaran tales tareas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo.

Por otro lado, aunque los trabajadores puestos a disposición de las empresas de estiba y desestiba por las empresas de trabajo temporal y los centros portuarios de empleo, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo sectorial estatal de las ETT y, en su caso, de otros de tal tipo de empresas que pudieran celebrarse, ha de tenerse presente que los convenios colectivos del sector de la estiba siempre tendrán un efecto reflejo sobre los trabajadores puestos a disposición. En efecto, ha de recordarse que conforme a la normativa establecida al efecto, los trabajadores puestos a disposición por las ETT tienen derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto<sup>10</sup>. Comoquiera que tales condiciones esenciales vienen en las más de las

<sup>9</sup> STS 11 de noviembre de 2010, rec.153/2009. Tiene su origen en la SAN 1 de junio de 2009, procedimiento 1/2009.

<sup>10</sup> Art. 11.1 Ley 14/1994, de 1 de junio (BOE 2 de junio), por la que se regulan las empresas de

ocasiones predeterminadas por los convenios colectivos aplicables a las empresas usuarias, en este caso a las empresas estibadoras, es por lo que sus convenios colectivos tendrían ese efecto de aplicación refleja para los trabajadores de las ETT. Sin embargo, lo que no cabe es la aplicación directa de los convenios de las empresas estibadoras, desde luego en ningún caso ni siquiera refleja en relación con condiciones que no tengan el carácter de esenciales, motivos por los que ello no contradice, sino que mantiene, la conclusión precedente relativa a la ilicitud de las cláusulas que pretendieran establecer esa expansión subjetiva del ámbito del convenio de las empresas estibadoras a los trabajadores contratados por las ETT.

Todo lo anterior cabe referirlo, sin excepciones, a los centros portuarios de empleo de posible creación conforme a lo previsto a partir de la reforma de la estiba de 2017. En realidad, tales entidades son una ETT a todos los efectos, rigiéndose en todo por la normativa establecida para las mismas, con la única nota diferencial de que se trata de ETT que tan sólo contratarían a trabajadores portuarios para su puesta a disposición a las empresas estibadoras (art. 4 RDL 8/2017). Teniendo tal carácter y régimen jurídico, desde su constitución quedan incluidos dentro del convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal, aplicándose el mismo a todos los efectos. Del mismo modo, se les aplicaría a sus trabajadores portuarios cedidos la regla de la igualdad de condiciones esenciales respecto de los contratados directamente por las empresas estibadoras. Si acaso, en sede teórica dos únicas especialidades serían imaginables desde la perspectiva que estamos tratando.

Primera, que los centros portuarios de empleo cada uno de ellos como tales firmase un convenio colectivo de empresa, que como tal gozase de preferencia aplicativa en las condiciones de trabajo a las que legalmente se les otorga dicha prioridad respecto del convenio sectorial estatal (art. 84.2 ET); ello no obstante, tendría una repercusión limitada, desde el instante en que lo más influyente es la regla de la paridad de condiciones esenciales ya mencionada.

Segunda especialidad, sería la hipótesis de que el conjunto de los centros portuarios de empleo optase por negociar un convenio para su subsector, intentando con ello separarse del convenio estatal para el resto de las ETT. Ante todo, ello no presentaría especial trascendencia, de nuevo por la regla de paridad de condiciones esenciales. Pero sobre todo, el principal interrogante se sitúa en su viabilidad por su posible colisión con el convenio estatal de ETT. En efecto, éste último procede a establecer la estructura comercial del mismo, pues éste no admite la constitución de convenios de subsector<sup>11</sup>. En principio dicha regla de exclusión de los convenios sectoriales inferiores resultaría de obligado respeto, pues se trataría

trabajo temporal. El propio precepto precisa con detalle que condiciones de consideran esenciales a los efectos de la aplicación de esta exigencia de equiparación de régimen contractual.

<sup>11</sup> Cfr. art. 1 V convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (BOE 8 de febrero de 2008).

de un acuerdo interprofesional de ámbito estatal habilitado legalmente para diseñar la estructura negocial (art. 83.2 ET). No obstante, al igual que defenderemos posteriormente respecto de los convenios de empresa, esa exclusión absoluta y a todos los efectos de los convenios de subsector no resulta compatible con el reconocimiento constitucional de la autonomía negocial a los representantes de trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE)<sup>12</sup>. Ello implica que nadie puede impedir esa libre decisión de negociar en el ámbito en el que se desea, pues de lo contrario se estaría negando el derecho a negociar colectivamente a determinados sujetos, en este caso a los representantes sindicales y empresariales de un subsector con clara identidad diferenciada. No obstante lo anterior, la presencia del convenio estatal para el conjunto del sector de ETT le podría condicionar indirectamente, cuando menos en un primer momento, dado que se aplicaría la regla de que el convenio general de sector no podría ser afectado durante su vigencia por el convenio de subsector (art. 84.1 ET), lo que implicaría que hasta la pérdida de vigencia del primero no podría ser de aplicación del segundo de ellos.

Finalmente, es necesario advertir la presencia de una cierta falta de precisión por parte de la jurisprudencia respecto del efecto jurídico derivado de aquellas posibles cláusulas en los convenios que se excedan en el ámbito subjetivo de aplicación, contraviniendo el principio de correspondencia. Antes de entrar en la concreción de los posibles efectos derivables de tales cláusulas ilegales, es necesario destacar que cuando se construye jurisprudencialmente con mayor reiteración el principio de correspondencia se hace en relación con el caso tan singular de las empresas multiservicios, donde se presenta un escenario contextual antitético al que se presenta en el ámbito de la estiba; en efecto, en la empresas multiservicios se observa que la trasgresión del principio de correspondencia es el resultado de un escenario de acentuada debilidad sindical, donde concurren sospechas más que fundadas de que los procesos de negociación colectiva pueden ser ficticios, siendo un resultado de mera imposición empresarial; mientras que, a la inversa en el sector de la estiba, el panorama es el de una acentuada posición de fortaleza sindical, que se ve complementada con una cierta colusión de intereses por parte de las empresas de estiba que actúan en una posición mercantil de cuasi oligopolio, estando ambas interesadas en ese resultado de expansión subjetiva del convenio. Ello puede explicar que las sentencias relativas a la negociación cuando menos distorsionada en el sector de las empresas multiservicios hayan concluido con la declaración de nulidad completa del convenio colectivo negociado contraviniendo el principio de correspondencia<sup>13</sup>, mientras que en el caso referido de las

<sup>12</sup> Con más detalle, J. Cruz Villalón, *Incidencia de la reforma laboral en la estructura y concurrencia de convenios colectivos*, en AA. VV., *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, ed. Cinca, Madrid 2017, pgs. 20-21.

<sup>13</sup> SSTs 7 de marzo de 2012, rec. 37/2011; 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014; 9 de junio de 2015, rec. 149/2014; 10 de junio de 2015, rec. 175/2014; 18 de febrero de 2016, rec. 282/2014; 23 de febrero de 2016, rec. 39/2015; 10 de junio de 2016, rec. 209/2015; 18 de febrero de 2016, rec. 282/2014;

empresas de estiba ha declarado tan solo la nulidad de las cláusulas relativas al ámbito subjetivo del convenio, manteniendo el resto vigente con el carácter de convenio colectivo estatutario<sup>14</sup>.

Sin poder entrar en estos momentos en el debate más amplio relativo a las empresas multiservicios, pero sí apuntando las diferencias contextuales antes referidas que explican mucho, centrándonos en la negociación en la estiba, comenzar por indicar que el contenido del fallo viene condicionado por el pronunciamiento recogido en la sentencia de la Audiencia Nacional. Fue esta última la que entró en el detalle de la declaración del carácter extraestatutario del acuerdo estatal de la estiba, limitándose el Tribunal Supremo a confirmar la ilegalidad de las cláusulas expansivas en lo subjetivo y confirmando el fallo de la Audiencia, entre otras razones porque ninguna de las partes representadas en vía de recurso planteó este concreto asuntos de los efectos jurídicos derivados de tal ilegalidad. A nuestro juicio no compartimos la tesis de que, adicionalmente a declarar la nulidad parcial de las cláusulas relativas al ámbito de aplicación en el convenio de la estiba, ello provoque también la pervivencia del resto del convenio como extraestatutario. Eliminado lo ilegal, el resto no hay obstáculo para que mantenga su eficacia general como convenio colectivo estatutario, por cuanto que eliminado el elemento de ruptura con el principio de correspondencia, en el resto el convenio puede ser respetuoso con el marco normativo establecido para los convenios colectivos estatutarios. En definitiva, el principio de conservación de los negocios jurídicos, teniendo en cuenta que el convenio estatutario en su génesis se somete a las reglas propias de los contratos, desemboca en la pervivencia a todos los efectos como convenio estatutario, insistimos bastando exclusivamente con retirar la parte nula del convenio negociado. Por lo demás, la voluntad de las partes no se vería violentada manteniendo su carácter estatutario, de modo que también puede presumirse que queda garantizado el equilibrio interno del convenio colectivo.

### **3.2. Convenios sectoriales de puerto: legitimación y prioridad aplicativa**

Las reglas de legitimación y las de concurrencia de los convenios colectivos en el sector de la estiba son, con carácter general, idénticas al resto de los convenios, con aplicación sin especialidades de las previstas en el título III del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, con la reforma legal de la estiba de 2017 se introduce una regla especial algo confusa, relativa a los convenios colectivos aplicables a las em-

22 de noviembre de 2016, rec. 20/16; 18 de abril de 2017, rec. 154/2016; 16 de enero de 2018, rec. 262/2016.

<sup>14</sup> STS 11 de noviembre de 2010, rec. 153/2009. Tiene su origen en la SAN 1 de junio de 2009, procedimiento 1/2009.

presas vinculadas por razón de su adscripción a un puerto<sup>15</sup>. Se establece que en estos casos, cuando se trate de convenios para empresas vinculadas en razón de su adscripción a un mismo puerto y “nominativamente identificadas” se someterán a las reglas de legitimación de los representantes de los trabajadores propias de los convenios sectoriales, si bien añadiendo también la posibilidad de que la legitimación empresarial puedan asumirla directamente las empresas sin intermediación de las asociaciones empresariales; al mismo tiempo que se les otorgará la prioridad aplicativa propia de los convenios de empresa. Se trata de una redacción confusa, porque literalmente interpretada no se separa casi en nada del Estatuto de los trabajadores, dado que éste para los convenios de una pluralidad de empresas “vinculadas por razones organizativas o productivas” (en este caso, las empresas adscritas a un puerto) y “nominativamente identificadas” igualmente se establece la prioridad aplicativa frente a los convenios de sector (art. 84.2 p. 2 ET) e igualmente gozan de legitimación negocial directa las empresas en cuestión individualmente consideradas y se remite a las reglas sobre legitimación sindical para los convenios de empresa (art. 87.1 p. 3 ET). Sin embargo, ha de trascenderse de la exclusiva interpretación literal del precepto, pues de lo contrario no se podría entender la finalidad y alcance de la presente regla, que se encontraría casi vacía de contenido por completo; de ser así, la única especialidad consistiría en la incorporación como novedosa de la legitimación para negociar dichos convenios a favor de las asociaciones empresariales, algo que a nuestro juicio sería de todo punto irrelevante en la práctica, pues por vía de aplicación de las reglas civiles sobre el mandato representativo no habría inconveniente a que en estos casos las empresas delegaran la negociación a la asociación empresarial.

Ante todo, si en dicha disposición se contiene una regulación específica para este tipo de convenios colectivos lo es porque se quiere introducir algún tipo de regla especial, diferenciada de la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores. La explicación es que el legislador materialmente quiere separarse en este punto de la previsión legal, pero al propio tiempo lo hace de manera algo eufemística para que la novedad pase algo inadvertida y no se pueda tachar al legislador de 2017 de corrector o modificador del régimen estatutario. En concreto, lo que hace el legislador es, bajo la apariencia de atender a un fenómeno que afecta a un convenio para una pluralidad de empresas, referirse a una modalidad de convenio colectivo de sector, aquél convenio cuyo ámbito de aplicación son todas las empresas adscritas a un puerto. Con ello, procede a otorgar a un específico convenio de sector el tratamiento que le corresponde a los convenios de ámbito empresarial, tanto por lo que se refiere a la legitimación empresarial como a la concurrencia entre convenios. La prueba palpable de ello es que entra en cierta contradicción el título de la disposición (“empresas vinculadas por razón de su adscripción a un puerto”) que sería lo propio de un convenio sectorial, con

<sup>15</sup> Disp. adic. 2ª Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo.

la sucesiva referencia a la identificación nominativa de las empresas que sería lo propio de convenios de pluralidad de empresas. Parecería que en el fondo se trata de lo mismo, pero hay dos importantes matices que la diferencian: primero, que no sería viable que por esa identificación nominativa quedasen excluidas del ámbito del convenio empresas que no están adscritas a un determinado puerto por el procedimiento de no mencionarlas expresamente en la cláusula del convenio relativa al ámbito funcional; segundo, que de producirse a lo largo de la vigencia del convenio colectivo del puerto la adscripción de una nueva empresa estibadora, por vía de nueva autorización para operar, ésta empresa debe quedar necesariamente dentro del ámbito de aplicación del convenio, por mucho que en el momento inicial de celebración del convenio no hubiese sido mencionada nominativamente en el clausulado del convenio. A la postre, lo que se produciría sería una nominación implícita o indirecta, por el simple expediente de indicar en el convenio que su ámbito de aplicación se dirige a todas las empresas de estiba y desestiba adscritas al concreto puerto, que son limitada y nominativamente todas las que han obtenido la correspondiente autorización administrativa. Eso sí, en estas condiciones en realidad se trata de un auténtico convenio de sector, de todas las empresas de estiba del puerto, que es precisamente lo que permite explicar que realmente el texto legal de 2017 está incorporando reglas nuevas, tanto por lo que se refiere a la legitimación como para la concurrencia convencional.

En cuanto a las especialidades en materia de legitimación, la novedad es la inversa de la que parece: se sitúa en que, a pesar de negociarse un convenio de sector, la legitimación de la representación empresarial no corresponde sólo a las asociaciones empresariales sino que puede asumirla también el conjunto de las empresas adscritas al puerto; mientras que lo que se presenta como especialidad respecto de la representación de los trabajadores realmente no lo es, pues lo que se prevé es que se aplican para ellos las reglas propias de los convenios de sector, es decir, de lo que es en este caso un convenio de sector como otro cualquiera y, por tanto, con exclusiva legitimación por la vía sindical. De este modo, la norma lo que vendría a hacer no sería otra cosa que regularizar plenamente la práctica que se viene desarrollando en muchos puertos de negociar estos convenios directamente las empresas, sin intermediación de asociación empresarial alguna; en lugar de tener que forzar las cosas, como se hacía en el pasado, de entender que se trataba de un convenio colectivo para un grupo de empresas, se procede a atribuirles directamente a las empresas la legitimación negociada, sin que por ello haya que acudir a la ficción de negar su condición de convenio sectorial. A la postre la contemplación de la realidad precedente es la que mejor explica el sentido y finalidad de la intervención legislativa en este punto.

En cuanto a la especialidad en materia de prioridad aplicativa, probablemente la más importante de ellas, la misma reside en que en este caso no se establece una regla de concurrencia entre un convenio de empresa y un convenio de sector para

otorgar prioridad aplicativa al primero, que es lo que hace ya el Estatuto de los Trabajadores, sino que se incorpora una regla de concurrencia entre dos convenios colectivos de sector, que es lo que hace el legislador reformador de la estiba de 2017. Este último lo que hace es atender a la situación de concurrencia entre el convenio de puerto y el convenio sectorial de ámbito superior, que en la práctica se concreta en la concurrencia entre el convenio sectorial de puerto y el acuerdo estatal. Ahora, definitivamente, sí que se comprende que lo que está haciendo la reforma de 2017 es establecer una prioridad aplicativa del convenio de puerto frente al acuerdo estatal, obviamente sólo respecto de las materias enumeradas en el Estatuto de los Trabajadores para las que rige tal preferencia aplicativa, sin perjuicio de que la negociación colectiva opte por una ampliación de las materias para las que juega la prioridad aplicativa del convenio de puerto.

A tenor de ello, la reforma de 2017 procede a limitar considerablemente la capacidad de que el acuerdo estatal pueda proceder a fijar reglas de articulación negocial y concurrencia de convenios colectivos. Desde esta perspectiva resulta importante destacar que el IV acuerdo estatal de 2014, a pesar de que fue firmado con posterioridad a la reforma laboral de 2012, se negoció conforme a los esquemas precedentes a la misma. Dicho de otro modo, el IV acuerdo estatal, se confecciona sobre la premisa de que el mismo establecía las reglas principales en materia de articulación y concurrencia entre convenios, atribuyéndose una posición de superioridad respecto de la regulación contenida en el mismo en relación con los convenios de ámbito inferior; por tanto, con plena preferencia aplicativa del acuerdo estatal respecto de todos los convenios de ámbito inferior (art. 5). Ciertamente ya desde su nacimiento requería de una adaptación y corrección en relación con lo que se pudiese pactar en los convenios colectivos de ámbito empresarial, si bien ello lo trataremos más a fondo en el apartado sucesivo. Y, en todo caso, mayor repercusión aún tiene lo establecido por la reforma de la estiba de 2017, por cuanto que la misma viene a invertir el diseño del acuerdo estatal; a partir de la efectiva aplicación de esta reforma, la preferencia aplicativa del acuerdo estatal que el mismo se autoatribuye en su concurrencia con los convenios de puerto, se invierte respecto de las materias enumeradas por el Estatuto de los Trabajadores (art. 84.2 ET), en relación con las cuales a partir de ahora rige una imperativa preferencia aplicativa del convenio de puerto en su hipotética concurrencia con el acuerdo estatal. A tal efecto, ha de recordarse que la preferencia estatutaria (y, por efecto derivado de la reforma de la estiba de 2017 también) tiene el carácter de norma imperativa, que no puede ser alterada por reglas alternativas que se recojan en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos.

Eso sí, debe también advertirse que la preferencia establecida en este caso a favor del convenio de puerto no es absoluta respecto de todas las condiciones de trabajo, sino que afecta sólo a la relación de materias enumeradas legalmente (art. 84.2 ET). Para el resto de materias, el acuerdo estatal sí que puede establecer la

preferencia aplicativa del mismo, tanto respecto de los convenios sectoriales de puerto como respecto de los convenios de empresa (art. 83.2 ET). Precisamente, en esa clave debe interpretarse la propuesta de mediación de 30 de marzo de 2017, incorporada como anexo al RDL 8/2017, donde se establecen una serie de materias para las que puede prevalecer lo establecido en el acuerdo estatal. Eso sí, al respecto conviene efectuar dos aclaraciones. Primera, que la propuesta de mediación no avanzó en su formalización jurídica, pues no se alcanzó avenencia formal entre las partes. Segunda, que la incorporación como anexo al Real Decreto-ley no le otorga validez jurídica adicional, en la medida en que la norma estatal no le proporciona valor de norma estatal, sino que se limita a reflejar su compromiso de incorporar su contenido por vía reglamentaria (disp. adic. 1ª párrafo 2). Más aún, dicho compromiso de desarrollo reglamentario afecta a lo que la propuesta de mediación refiere a compromisos que impliquen requerimientos de intervención por parte de los poderes públicos, en tanto que lo que afecta a los interlocutores sociales necesariamente debe materializarse jurídicamente por medio de la negociación colectiva entre los mismos. En definitiva, esa propuesta de reparto de contenidos, con prioridad aplicativa del acuerdo estatal sólo tendrá eficacia jurídica vinculante a partir de su recepción formal en el momento de la renovación del acuerdo estatal, siempre en los términos en los que se recoja en dicho texto convencional y, finalmente, en la medida en que sea respetuoso con la preferencia aplicativa establecida legalmente a favor de los convenios de empresa (art. 84.2 ET) y de los convenios sectoriales de puerto (disp. adic. 2ª RDL 8/2017).

Conviene advertir que, aunque no es habitual, en algunos casos se han celebrado convenios colectivos que agrupan a más de un puerto: todos los puertos de una isla, de una provincia o de una Comunidad Autónoma. En estos casos, ha de entenderse que tales convenios colectivos sectoriales no se encuentran dentro de la preferencia aplicativa introducida por la reforma de la estiba de 2017, de modo que para ellos el acuerdo estatal sí podría mantener su preferencia aplicativa para la regulación contenida en el mismo.

Por último, comoquiera que la nueva regla de preferencia, introducida por la reforma de la estiba de 2017, refiere exclusivamente a la concurrencia entre el convenio de puerto y los convenios sectoriales de ámbito superior, en sentido contrario, cuando menos en apariencia, dicha preferencia no abarcaría a la posible hipótesis de concurrencia entre el convenio de puerto y el convenio de empresa. Ello entra en otro ámbito diferente, cual es el del espacio de los convenios de empresa dentro de la estructura de la negociación colectiva de la estiba. Por su trascendencia, nos parece una cuestión de la suficiente autonomía como para merecer de un tratamiento específico, que pasamos a tratar inmediatamente a continuación.

### **3.3. El espacio teórico y práctico de la negociación empresarial**

La estructura de la negociación colectiva en la estiba y desestiba se configura con cierta particularidad, de manera bastante consolidada desde tiempo atrás, sobre un modelo de exclusiva negociación colectiva sectorial a doble nivel: de un lado, el acuerdo estatal y, de otra parte, los convenios colectivos sectoriales en cada uno de los puertos de interés general. En sentido negativo, no se contempla en la práctica negocial la presencia de convenios colectivos de empresa, por voluntad generalizada tanto de la representación sindical como de las empresas del sector. Es probable que la reforma de la estiba de 2017, sabedor de esta realidad, introdujo las reglas comentadas en el apartado precedente en materia de legitimación y preferencia aplicativa, considerando que los convenios de puertos podrían desplegar en parte funciones semejantes de adaptación al medio más próximo a las que desempeñan en el resto de los sectores los convenios colectivos de empresa. En todo caso, lo llamativo es que en este ámbito no se hayan desarrollado procesos de negociación en el ámbito empresarial en el sector de la estiba, probablemente no por mera pasividad de las empresas en cuestión sino por el acuerdo conjunto de las empresas afectadas y de la propia presión sindical de las organizaciones representativas de los trabajadores en dicho ámbito. Incluso en ello ha podido influir de manera decisiva el modelo contractual imperante hasta el momento presente, donde el grueso del personal, al ser contratado por las SAGEP y cedidos a las empresas estibadoras, era común a todas las empresas de cada puerto.

A la vista de lo anterior, la dualidad precedente de convenios sectoriales en dos ámbitos, con exclusión de las unidades negociales de empresa podría mantenerse de futuro, a la vista de la tradición de esta estructura negocial en la estiba y del equilibrio de intereses que se encuentra en el trasfondo de esta opción entre las partes. El cambio del modelo contractual, con la desaparición de la relación laboral intermediada a través de las SAGEP, podría también comportar un punto de inflexión, pero ello no es inexcusable que así suceda, ni siquiera que la reforma de la estiba de 2017 propicie o imponga el surgimiento del ámbito negocial de empresa. Tal fórmula puede tener visos de continuidad y su razón de ser, en la medida en que se mantenga un modelo laboral, en el que la mayoría del personal sea cedido por las empresas de trabajo temporal y, de facto, exista un grupo homogéneo de estibadores que van rotando entre las diversas empresas estibadoras; este panorama será mucho más acentuado si en cada puerto en la práctica se conforma un centro portuario de empleo que aglutina a la inmensa mayoría de los estibadores de cada puerto, pues no es descartable que por la vía de los hechos tales centros asuman el espacio que hasta el presente por vía jurídica desplegaban las SAGEP. Si un cambio más profundo como fue el de la reforma de 2012, con la regla de la preferencia imperativa de los convenios de empresa, no provocó impacto alguno en la estructura sectorial en la estiba, es difícil pensar que vaya a cambiar el panorama a partir de ahora, especialmente a la vista de las estrategias de las representaciones sindicales y empresariales presentes en este sector.

A tal efecto, por lo que refiere al vigente marco jurídico de la negociación colectiva, no puede objetarse nada a este diseño de la estructura. Insistimos en el recordatorio del principio jurídico de partida en esta materia, consistente en que las partes libremente determinan el ámbito de aplicación de los convenios que negocian (art. 83.1 ET). Por ello, pueden, sin ningún tipo de impedimento legal, optar por negociar en todo caso a nivel sectorial, renunciando al nivel empresarial.

Más aún, la opción por ese modelo se ha tendido a imponer, pues se advierte como las estrategias sindicales y empresariales han pretendido cerrar por vía convencional, a veces de manera expresa, a veces por mecanismos implícitos, ese modelo de exclusiva negociación sectorial. Dicho de otro modo, se ha pretendido elevar a rango de regla jurídica imperativa por vía convencional ese modelo deseado de exclusiva negociación sectorial y, por ende, proscripción del convenio de empresa.

A la vista de ello, resulta obligado efectuar una aclaración bien importante: esa opción desde el punto de vista jurídico no puede ser impuesta, ni directamente ni indirectamente; tal como ya indicamos en relación con la posible negociación colectiva subsectorial para el conjunto de los centros portuarios de empleo, se trata de una decisión libre a todos los efectos, pues deriva del reconocimiento constitucional de la autonomía negocial a los representantes de trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE)<sup>16</sup>. Ello implica que nadie puede impedir esa libre decisión de negociar en el ámbito en el que se desea, pues de lo contrario se estaría negando el derecho a negociar colectivamente a determinados sujetos, en este caso a los representantes de los trabajadores en la empresa y al empresario individualmente considerado.

Es en la clave precedente en la que deben analizarse una variedad de cláusulas establecidas en esta materia, tanto en el acuerdo estatal como sobre todo en los acuerdos sectoriales en los puertos, que vienen a impedir o simplemente prohibir la negociación colectiva de ámbito empresarial. Insistimos, esa opción de decidir libremente no proceder a crear unidades negociales a nivel empresarial entra dentro de la esfera de las preferencias de las representaciones de trabajadores y empresarios, pero ello debe ser compatible desde el punto de vista jurídico con el necesario respeto de la libertad de negociación y, por tanto, vía acuerdo interprofesional o convenio colectivo sectorial no se puede prohibir a cualquier empresa o a cualquier representación de los trabajadores legitimada para negociar en ese ámbito por el Estatuto de los Trabajadores. Ni siquiera cabe ello, como hacen algunos textos convencionales, por la vía indirecta de cláusula con formato de parte obligacional del convenio colectivo, comprometerse los negociadores del convenio sectorial a no negociar ellos convenios de ámbito empresarial; se trataría de cláusulas convencionales por las que se renunciaría ilícitamente a derechos reconocidos por normas legales de derecho necesario, incluso de ámbito

<sup>16</sup> Cruz Villalón, *Incidencia de la reforma laboral en la estructura...*, op. cit., pgs. 20-21.

constitucional.

Finalmente, aunque se trate de una hipótesis en estos momentos más teórica que otra cosa, en el caso de que se firmase un convenio colectivo de empresa en la estiba, el mismo podría entrar en una situación de concurrencia con lo establecido tanto por el acuerdo estatal como por los correspondientes convenios sectoriales de puerto. En tales circunstancias, respecto de las materias para las que se prevé la preferencia aplicativa del convenio empresarial respecto de los de ámbito superior (art. 84.2 ET), regiría el convenio empresarial frente a los otros dos ámbitos de negociación sectorial. Es preciso el texto legal refiriéndose a la comparación respecto de cualquier otro convenio colectivo “sectorial”, por lo que a estos efectos prima en relación tanto con el acuerdo estatal como con el convenio de puerto. A estos efectos, es indiferente que la empresa pueda tener un ámbito de actividad extendido a una multiplicidad de puertos de interés general, por tanto territorialmente más amplio que un concreto puerto, puesto que la comparación no es desde el punto de vista territorial, sino empresa versus sector. A estos efectos, ya hemos indicado que el convenio de puerto tiene el carácter de sectorial, que no pluriempresarial. Por lo demás, como también advertimos en su momento, la reforma de la estiba de 2017 lo que establece es una regla especial de concurrencia entre el convenio de puerto y los sectoriales de ámbito superior (disp. adic. 2ª), pero no para las posibles situaciones de concurrencia entre el convenio de puerto y el convenio de empresa, supuestos estos últimos para los que rige la regla general estatutaria de la preferencia del convenio de empresa respecto del convenio sectorial. En relación con el resto de las materias no preferentes legalmente, regirán en primer lugar los criterios de concurrencia que a estos efectos se puedan pactar en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico (art. 83.4) y, en su defecto, en segundo lugar el principio de prioridad temporal a tenor de la prohibición de afectación del convenio vigente por uno nuevo (art. 84.1 ET).

#### **4. LÍMITES NEGOCIALES DERIVADOS DEL NUEVO MODELO CONTRACTUAL**

Aunque no sea necesario entrar en los detalles de la regulación contenida hasta el momento presente en los acuerdos y convenios colectivos del sector de la estiba, sí puede resultar oportuno destacar los cambios obligados en los mismos que se derivan de los imperativos del Derecho de la Unión y, en particular, a resultas del nuevo modelo establecido por la reforma legal de 2017.

Resulta indiscutible que la regulación convencional hasta el momento giraba en torno a la presencia de las SAGEP y de un régimen contractual basado en la existencia de una relación laboral especial, que por añadidura siempre lo era de carácter indefinido. Al desaparecer SAGEP y relación laboral especial, todas las

cláusulas que desarrollasen la una y la otra, decaen necesariamente a partir de la conclusión del período transitorio contemplado en el Real Decreto-ley de 2017.

Más aún, tampoco cabe la posibilidad de rescatar por vía indirecta fórmulas que se presenten como contrarias a la libertad de contratación laboral que rige de manera generalizada a partir de la instauración plena del nuevo modelo (art. 1 RDL 8/2017), pues ello sería contrario tanto a la libertad de establecimiento reconocida en el Derecho de la Unión Europea, como a la libertad de elección de profesión u oficio contemplada por la Constitución Española.

Así, en concreto, se deben entender contraria a esta libertad de contratación el establecimiento de fórmulas de reserva, preferencias o exclusiones a la contratación laboral, que por vía indirecta supusieran otorgar posiciones contractuales comparativas mejores a quienes tradicionalmente han venido ejerciendo la profesión en un determinado puerto o a través de la SAGEP. Más aún, ha de recordarse que este tipo de preferencias, reservas o exclusiones sólo se autorizan con carácter general a las normas estatales con rango de ley (art. 17.2 ET); por ser más preciso, si bien se autoriza a la negociación colectiva pactar este tipo de cláusulas de reserva o de preferencia, ello sólo se permite en igualdad de condiciones de idoneidad y siempre tal cláusula se introduzca como medida de acción positiva de grupos tradicionalmente infrarrepresentados para corregir las desventajas históricas de grupos sociales tradicionalmente discriminados: mujeres, discapacitados, minorías étnicas, etc<sup>17</sup>. De este modo, por poner un ejemplo, no sería viable establecer vía convenio colectivo, como ha venido siendo habitual hasta el presente, de reglas de selección de la contratación directa de los estibadores vinculados a la SAGEP o entidades que los sustituyen, de preferencia en la puesta a disposición de los trabajadores contratados por las SAGEP que subsistan como empresas de trabajo temporal, o preferencia similar de los centros portuarios de empleo en detrimento de los contratados por las empresas de trabajo temporal generales o intersectoriales, pues el único condicionamiento establecido legalmente por la nueva norma es la relativa a la capacitación profesional específicamente exigible a los trabajadores de la estiba (art. 3 RDL 8/2017). En modo alguno, los estibadores contratados en el pasado por la SAGEP o en el futuro por los centros portuarios de empleo podrían tener la condición de grupo victimizado que habilitara para una medida de acción positiva en los términos antes referidos.

Como tampoco serían viables reglas hasta ahora muy asentadas de rotación obligada en la contratación de los trabajadores con experiencia dentro de un determinado puerto. Ha de tenerse en cuenta que tales sistemas de rotación funcionaban sobre la base de que todos los trabajadores se encontraban contratados por la SAGEP, que asumía una posición de monopolio en la cesión de trabajadores, de modo que cuando una empresa estibadora precisaba de empleo temporal ne-

<sup>17</sup> Art. 17.4 ET y arts. 35 y 42 Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre), de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

cesariamente debía acudir a la puesta a disposición que le ofrecía esta entidad en posición de monopolio en cada puerto; SAGEP que en esa medida podía ir suministrando sus estibadores conforme a ese criterio de rotación. Ahora bien, con el nuevo modelo resulta inviable perpetuar un sistema de rotación como regía en el pasado, a partir del momento en el que las empresas estibadoras va a poder optar libremente por contratar temporalmente de manera directa y en caso de que lo hagan por vía de puesta a disposición puede libremente acudir a cualquier ETT general o centro portuario de empleo.

Diferente sería que internamente dentro de cada ETT o centro portuario de empleo se estableciese una regla de rotación entre sus trabajadores disponibles, pero ello lo dejamos postergado, para tratarlo específicamente en el apartado sucesivo.

Debe recordarse que incluso ya conforme a la legislación precedente el Tribunal Supremo llegó a anular previsiones contenidas en el acuerdo estatal conforme a las cuales por vía indirecta se dificultaba el acceso al empleo en los puertos de estibadores ajenos al mismo, por vía del establecimiento de un procedimiento de control que requería la autorización de la Comisión Paritaria de este tipo de trabajadores externos. Diría al efecto la sentencia que con ello “se está imponiendo un mecanismo de contratación único que, por el juego que se da a la intervención de la Comisión paritaria, aparece controlada en exclusiva por quienes sean los firmantes del convenio, lo que, sin duda, constituye una vulneración de los derechos fundamentales garantizados por los arts. 28, 37.1 y 38 CE”<sup>18</sup>. Ha de tenerse en cuenta que fórmulas similares de condicionamientos al visto bueno de la comisión paritaria a la contratación externa o la posibilidad de traslado de unos estibadores provenientes de unos puertos para trabajar en otros diferentes se encuentran presentes todavía en diversos convenios colectivos sectoriales de puerto, cuyas cláusulas, a diferencia del acuerdo estatal, no han llegado a ser impugnada. Sin embargo, no por ello, las mismas dejan de adolecer de defectos de legalidad o de lesividad a terceros.

## 5. OTROS CONDICIONANTES CONVENCIONALES

Para concluir, debe advertirse que el impacto del principio de libertad de contratación puede verse comprometido por otra serie de cláusulas que establezcan mecanismos relativos a las reglas de selección de los trabajadores a contratar o a los procedimientos conforme a los cuales se formaliza una determinada contratación. Es necesario tener presente que la reforma de la estiba de 2017 sólo condiciona la selección de los trabajadores a contratar al cumplimiento del requisito de la profesionalidad, derivado de la capacitación contrastada de los posibles candidatos, bien lo sea por medio de la obtención del certificado de profesionalidad, de

<sup>18</sup> STS 11 de noviembre de 2010, rec. 153/2009.

un número de horas de trabajo en el servicio portuario o de personal del propio buque (art. 3 RDL 8/2018). Por ello, vía convenio colectivo no se pueden imponer requisitos adicionales a los establecidos legalmente para poder ser contratado, debiendo considerarse *contra legem* cualquier exigencia adicional que directa o indirectamente limite la libertad de elección de profesión u oficio, así como la libertad de contratación laboral reconocida a las empresas estibadoras. Incluso hay que indicar que, comoquiera que la obtención del certificado indicado se condiciona a la realización de unas prácticas profesionales no laborales en los términos que reglamentariamente se determinen, será justamente la norma reglamentaria quien deberá precisar el modo de realización de tales prácticas, sin que tampoco quepa establecer requisitos adicionales por parte de la negociación colectiva.

En concreto, bien son conocidas las denuncias públicas de la ausencia de contrataciones de mujeres o muy reducida presencia de estibadoras en el sector, especialmente llamativo en algunos puertos. Ello puede tener su explicación, que no justificación, en determinadas razones de carácter histórico. Puede que su origen pudiera deberse al hecho de tratarse de actividades que requerían de un elevado esfuerzo físico, si bien hoy en día con la incorporación de maquinaria de muy diverso tipo tal hecho se ha reducido notablemente, cuando no se ha eliminado por completo. Prueba elocuente de ello es que en aquellos puertos donde hay presencia, por reducida que sea, de mujeres estibadoras, se constata que perfecta profesionalidad y plena capacidad de las mismas para desarrollar cuantas actividades son propias de la actividad de la estiba y desestiba. Así pues, en modo alguno cabe excluir a la mujer en ningún caso por estos motivos, ni establecer requisitos adicionales de contratación o de ocupación que por vía indirecta comporte una exclusión de la misma. La obtención del certificado de profesionalidad constituye una presunción plena "*iuris et de iure*" de que la persona en cuestión reúne los requisitos necesarios para el ejercicio de la profesión, lo que aboca a entender que cualquier otro requisito debe interpretarse como un típico tratamiento discriminatorio por razón de sexo.

Más aún, los requisitos reglamentarios que en su caso se establezcan para la obtención del certificado de profesionalidad no podrán contener ningún tipo de sesgo que, como resultado, comporte una superior dificultad por parte de la mujer para obtenerlo, pues de lo contrario se trataría de un ejemplo típico de mecanismo de discriminación indirecta por razón de sexo.

Por ello mismo también, han de entenderse como nulas de pleno derecho aquellas cláusulas, que siguen encontrándose en algunos textos de convenios colectivos, conforme a las cuales se declara que no constituirá discriminación en el acceso al empleo una diferencia de trato basada en "una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea

legítimo y el requisito proporcionado”. Se trata de típicas cláusulas que de manera indirecta están presumiendo la presencia de ciertos trabajos que no pueden ser realizados por mujeres, al margen del reconocimiento de profesionalidad que se haya producido respecto de las mismas; con lo cual comportan un claro supuesto de discriminación indirecta, contrario a la libertad de elección de profesión u oficio, y, por extensión contrario a la prohibición constitucional de discriminación.

## **6. POSIBLES MEDIDAS DE MANTENIMIENTO Y CONTINUIDAD DEL EMPLEO**

### **6.1. Contexto general**

Es decisivo tener presente que el cambio de modelo de contratación con la reforma de la estiba de 2017 provoca un efecto de alteración intensa en cuanto a la estabilidad en el empleo de los estibadores. Dicho sencillamente, el modelo precedente provocaba que la inmensa mayoría de los estibadores se encontrasen contratados por tiempo indefinido a pesar de la irregularidad de la carga de trabajo en la actividad de transporte de mercancía en los puertos de interés general, mientras que el nuevo modelo al aplicar el régimen común de contratación permite un uso intensivo de la contratación temporal para obra o servicio determinado con el efecto de que podría provocar que la mayoría de los estibadores pasasen a estar contratados con una elevada tasa de temporalidad. La conjunción de varios elementos hasta el pasado daban como resultado esa generalizada contratación indefinida en el sector: relación laboral especial de estiba que sólo permitía la contratación por tiempo indefinido con la especialidad añadida de que durante los períodos de inactividad se mantenía la percepción de la mayor parte de los ingresos salariales; práctico monopolio de las SAGEP en la cesión de esos trabajadores con contratos indefinidos a las empresa estibadoras, con espacio marginal tanto de la contratación temporal directa por parte de tales empresas como indirecta a través de las empresas de trabajo temporal; contratación directa de las empresas estibadoras casi exclusivamente por tiempo indefinido.

Todos estos elementos desaparecen por completo con el nuevo modelo, en términos tales que se puede generalizar en el sector la contratación temporal, a la vista de la irregularidad de la carga de trabajo y de la permisividad que a estos efectos de las vías legales comunes de contratación por tiempo determinado. Para empezar, la contratación y sucesiva cesión de trabajadores por parte de las empresas de trabajo temporal genéricas tendrán el carácter de temporales, a la vista de la nula utilización de la teórica posibilidad del uso en este ámbito de la contratación por tiempo indefinido (art. 10.1 Ley de empresas de trabajo temporal). En los mismos términos y por aplicación de la misma normativa, la contratación y cesión específica a través de los centros portuarios de empleo puede tener el carácter de

temporal, pues como expresamente prevé la norma de reforma dichos centros se crean “con el objeto de permitir una rápida adaptación al carácter irregular de la prestación de los trabajos portuarios” (art. 4.1 RDL 8/2017). Incluso la libertad de contratación reconocida ahora plenamente a las empresas estibadoras les permite un uso de las modalidades ordinarias de contratación temporal para la contratación directa de sus empleados, vinculando la duración del contrato al tiempo de carga y descarga de cada buque que contraten.

Como ya indicamos al inicio, la crítica principal que cabe realizar a la reforma de 2017 es que no contempla las que se podrían considerar como reglas particulares de adaptación de la normativa común a las especialidades de irregularidad del trabajo en los puertos de interés general, como contrapeso al reconocimiento pleno de las libertades económicas de las empresas del sector. Cabría tener presente que la irregularidad del trabajo es una de las características por naturaleza de la actividad de estiba y desestiba, lo que explica que históricamente de manera generalizada en todos los puertos europeos se establezcan reglas de mínima garantía de la estabilidad en el empleo del sector; reglas de garantía que pueden articularse técnicamente con plena compatibilidad con la libertad de contratación exigida por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Más aún, ha de tenerse presente que uno de los mandatos centrales en materia de contratación temporal en el ámbito del Derecho de la Unión es el de adoptar medidas dirigidas a prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de la contratación de duración determinada en los Estados miembros<sup>19</sup>. El efecto útil de esta Directiva, especialmente la interpretación que de la misma ha efectuado el Tribunal de Luxemburgo aconsejarían la adaptación de medidas apropiadas para el sector, a la vista de la intensidad en el uso de la contratación temporal sucesiva que se puede producir a partir de ahora en la actividad de la estiba y desestiba a resulta de la aplicación de las reglas sobre contratación temporal comunes, que no es precisamente la más apropiada para lo muy singular que se presenta el trabajo en los puertos de interés general<sup>20</sup>. Por paradójico que pudiera resultar, las reglas comunes más directamente dirigidas en el ordenamiento español a hacer frente a los abusos en la contratación temporal sucesiva pueden provocar incluso un efecto boomerang indeseable. Me refiero en concreto a la previsión contenida en el Estatuto de los Trabajadores relativa a la conversión en indefinidos de los contratos temporales encadenados de un mismo trabajador cuando superan determinada duración total máxima ininterrumpida o no dentro de un predeterminado arco temporal (art. 15.5 ET). Se trata de una regla que no desplegaba ningún efecto hasta el presente en el sector de la estiba, ya que como vimos el modelo precedente, especialmente de

<sup>19</sup> Clausula 5 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada, reforzado por medio de la Directiva 1999/70, de 28 de junio (DOCE 10 de julio).

<sup>20</sup> Sobre la jurisprudencia del Tribunal interpretativa de esta Directiva sobre esta concreta materia, J. Cruz Villalón, El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la Unión Europea.

relación laboral especial de carácter indefinido lo hacía inactuable. Por el contrario, a partir del nuevo modelo, la regla sí que puede comenzar a tener una importancia decisiva, ya que en el cómputo de la contratación temporal encadenada no sólo se tienen en cuenta y se computa la contratación temporal directa por las empresas estibadoras sino también la indirecta a través de las empresas de trabajo temporal. Eso sí, advertencia clave, esa importancia decisiva lo más probable será que no se materialice en una aplicación significativa de la conversión en indefinidos de los contratos en la estiba por superación de los tiempos máximos de encadenamiento, sino en la adopción de prácticas empresariales de contratación dirigidas a evitar dicho efecto de conversión; dicho de otro modo, que se generalicen mecanismos de rotación contractual con diversos estibadores con vistas a que ninguno de ellos supere los topes legales de conversión; en definitiva, intensificación de la rotación y con la misma intensificación de la irregularidad laboral desde el punto de vista del trabajador individualmente contratado. Habría que entender a estos efectos que la normativa española no cumple con el efecto útil de la Directiva sobre contratación de duración determinada, por lo que se refiere a la adopción de medidas que hagan frente al abuso en la contratación temporal sucesiva, a la vista de los efectos perverso que puede provocar la aplicación de la normativa común en este concreto sector de la estiba; si bien, teniendo presente también que por vía de la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es difícil que se corrija esa incoherencia e indebida transposición al ordenamiento interno.

A la vista de lo anterior, se trata de analizar a partir de ahora las posibilidades de que la negociación colectiva asuma ese papel de adopción de cierto tipo de medidas, que con efectividad puedan favorecer un mínimo de estabilidad en el empleo de una actividad por propia naturaleza tan irregular. Ha de tenerse presente que es cierto que la actividad de carga y descarga de un concreto buque da lugar a un trabajo intenso durante poco tiempo, lo que es determinante de la tan mencionada irregularidad, pero que al propio tiempo la actividad de un puerto de interés general, particularmente de los grandes, en su globalmente da como resultado una continuidad en la intensidad del trabajo en el conjunto del puerto, incluso bastante estable a lo largo de todo el año; ello permite un volumen de empleo constante en el total de cada puerto, con independencia de la irregularidad de cada concreta labor en un específico buque.

A tal efecto, entendemos que se podrían concebir dos canales básicos de fomento de la contratación por tiempo indefinido en este sector: de un lado, lograr el mayor número posible de relaciones laborales por tiempo indefinidos por los contratos de trabajo celebrados directamente por las empresas estibadoras; de otro lado, lograr que los trabajadores cedidos a las empresas estibadoras por las ETT y los centros portuarios de empleo tengan la mayor continuidad posible en su actividad laboral.

## 6.2. El fomento de la contratación indefinida en las empresas estibadoras

A pesar de la irregularidad del trabajo en la contratación con cada buque, insistimos, es posible que cada empresa estibadora muestre en la práctica una carga de trabajo mínima bastante estable en su actividad productiva, lo que no impediría que tuviera un porcentaje predeterminado de empleo por tiempo indefinido, sin que ello le perjudicase ni le provocase excesivas rigideces en sus plantillas. Naturalmente el modo de articularlo ello jurídicamente sería de cierta complejidad, pues la situación de cada puerto y de cada empresa puede ser diferente, lo que no significa que sea inviable una actuación por vía de la negociación colectiva a estos efectos.

La primera medida a comentar es la ya adoptada por los negociadores, por medio de una primera modificación del acuerdo estatal. Se trata de una medida que establece un mecanismo de subrogación contractual, como mecanismo de gestionar colectivamente el proceso de transición desde el modelo precedente al nuevo<sup>21</sup>. En gran medida lo contemplado en dicho acuerdo en materia de subrogación forma parte de la propuesta de mediación de 30 de marzo de 2017, que se recoge como anexo al Real Decreto-Ley 8/2017. Debe recordarse que la reforma de 2017 contempla la definitiva extinción de la SAGEP a la finalización del período transitorio de los tres años, o bien con anterioridad por separación de la misma de todos sus miembros. En ese proceso de transición, la norma concede a las empresas estibadoras accionistas de la SAGEP la posibilidad de separarse de la misma durante los seis primeros meses del período transitorio. En ese contexto, lo que contempla el pacto celebrado por las partes a nivel estatal es que las empresas estibadoras que aquellas empresas que hagan uso de esa facultad de separación individualizada se subrogarán en el personal de estiba portuaria que a la fecha de entrada en vigor del RDL de 2017 integraba la plantilla de la SAGEP, en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad, en las mismas condiciones que posee en ese momento, con aplicación por analogía de la precisión estatutaria en materia de subrogación legal por cambio de titularidad de la empresa (art. 44 ET). Se trata de una fórmula de subrogación contractual, por vía de convenio colectivo, perfectamente lícita, conforme a otros supuestos admitidos por nuestra jurisprudencia, que van más allá del cambio de titularidad empresarial contemplado legalmente<sup>22</sup>. Por lo demás, al tratarse de una materia no incluida dentro de las materias de preferente aplicación de los convenios de empresa o de puerto (art. 84.2 ET), el acuerdo estatal puede gozar de preferencia aplicativa respecto de los anteriores ámbito negociales (art. 83.2 ET). Por la dicción de la cláusula convencional y por las propias características de la subro-

<sup>21</sup> Clausula sexta del Acuerdo de 7 de julio de 2017 (BOE 18 de julio de 2017), por medio de la cual se establece una nueva disposición adicional 7ª al IV acuerdo estatal.

<sup>22</sup> SSTs de 7 de abril de 2016, rec. 2269/2014; 3 de mayo de 2016, rec. 3165/2014.

gación, al producirse la misma en las mismas condiciones, la empresa estibadora que se separe en estos términos asumiría a todo un colectivo de estibadores con contratos por tiempo indefinido; dado que se trata de estibadores contratados por la SAGEP conforme al modelo precedente, todos ellos se encontraban vinculados por contratos por tiempo indefinido, pasando ahora en estas condiciones a estar vinculados contractualmente de manera directa con la empresa estibadora; la única especialidad es que con la SAGEP estaban sometidos a una relación laboral de carácter especial, pasado ahora a transformarse en relación laboral ordinaria, si bien con el carácter de indefinidos y con la antigüedad que tenían reconocida en su relación con la SAGEP.

Eso sí, el volumen de trabajadores subrogados puede ser tan elevado que ello previsiblemente produzca dos efectos. Uno primero, probablemente el buscado por parte del acuerdo estatal entre las partes, el de convertirse en un desincentivo a la separación individualizada de algunas empresas estibadoras, pues esa separación individualizada puede comportar un sobredimensionamiento de su plantilla fija. Un segundo efecto, podría ser el de la subrogación seguida inmediatamente a continuación por un despido colectivo debido al mencionado sobredimensionamiento, con la ventaja de que la empresa estibadora se acoja a la ventaja ofrecida por la reforma de que no asume el coste del pago de las indemnizaciones por extinción contractual, pues la misma se desplaza hacia la autoridad portuaria<sup>23</sup>.

En todo caso, como hemos apuntado, la fórmula de la subrogación convencional, junto a otras estrategias en paralelo sindicales y empresariales aboca a que la extinción de las SAGEP se vaya a producir a través de un proceso gestionado de manera conjunta y unánime por parte de todas las empresas estibadoras. Siendo ello razonable y objetivamente justificable, ha de entenderse como lícito el sistema subrogatorio introducido, a pesar del indudable elemento de penalización indirecta que comporta; razonable y objetivamente justificable especialmente por articular un sistema de transición laboral igualmente conjunto para todos los estibadores vinculados a una determinada SAGEP y dirigido a no provocar riesgos de pérdida de empleo no controlados de los estibadores actuales.

Situados en ese posible instante de la gestión colectivo de la desaparición de la SAGEP, las opciones que le ofrece la normativa es o bien extinguirse previo al correspondiente despido colectivo de sus empleados o bien su transformación en empresas de trabajo temporal, en concreto, conversión en centros portuarios de empleo. Probablemente en esa doble opción que ofrece la reforma de la estiba de 2017, entre en juego un proceso de negociación colectiva en cada puerto, donde esencialmente se baraje la opción de transformación en centros portuarios de empleo de las antiguas SAGEP. En todo caso, dejamos apartado este aspecto para tratarlo en el apartado sucesivo, relativo al funcionamiento en este sector a partir de ahora de las empresas de trabajo temporal y, en concreto de los centros portua-

<sup>23</sup> Apartado 4 de la disp. trans. 1ª RDL 8/2017, de 12 de mayo.

rios de empleo. Eso sí, por lo que afecta directamente a las empresas estibadoras, cabe pensar que en ese proceso de gestión colectiva de la desaparición de la SAGEP se negocie que parte de las empresas estibadoras se subroguen parcialmente en la plantilla hasta ahora contratada por la SAGEP que procedería a convertirse en centro portuario de empleo. De nuevo se trataría de una subrogación convencional, aplicada a un momento sucesivo al de la disposición del acuerdo estatal ya comentado, pero de efectos idénticos a los ya referidos, por lo que basta con decir que el resultado sería el mismo al ya comentado. Su licitud, por tanto, sería también idéntica a la ya defendida respecto de la anterior.

Más allá de la situación de transición, hemos de preguntarnos qué mecanismos negociales se podrían introducir a efectos de proporcionar una mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados directamente por las empresas estibadoras. Se trataría de reglas para ser aplicadas de manera permanente en el sector, dirigidas al conjunto de las empresas estibadoras, por tanto, no exclusivamente para las actualmente accionistas de la SAGEP, con impacto sobre todo para las de nueva constitución a partir de ahora, que pudieran homogeneizar la concurrencia mercantil entre todas ellas. Dos posibilidades cabrían al efecto.

Una primera posibilidad consistiría en establecer un porcentaje mínimo de contratación por tiempo indefinido dentro de las plantillas de las empresas estibadoras, cuya cifra exacta cabría referir a la carga de actividad portuaria contratada de manera estable por cada concreta empresa durante un período de tiempo precedente suficientemente ilustrativo; no se trataría de un porcentaje idéntico para cada puerto ni siquiera igual para cada empresa, pues se haría depender de la mayor o menor estabilidad en la actividad de cada puerto, así como de la mayor o menor intensidad de negocio de cada empresa estibadora. Esta posible regla genérica (después a aplicar en cada situación particular concreta) sería perfectamente correcta dentro del contenido lícito de los convenios colectivos del sector, lo sea a nivel estatal o de puerto, en la medida en que es respetuoso con la previsión general del marco regulatorio de los convenios (art. 85.1 ET) como del reconocimiento de la libertad de contratación establecida respecto de los trabajadores de la estiba (art. 2 RDL 8/2017). La libertad de contratación a nuestro juicio afecta a la voluntariedad en la contratación de un mayor o menor número de empleados y de poderlo hacer de manera directa sin necesidad de acudir a los servicios de las empresas de trabajo temporal. Sin embargo, no puede entenderse una regla dirigida a orientar la contratación por tiempo indefinido sea limitativa de la libertad de contratación en el sentido contemplado en la reforma de la estiba de 2017. Más aún, este tipo de reglas ha de entenderse que tendría toda su legitimidad y apoyo en constituir una respuesta de concreción al mandato de la Directiva sobre contratos de duración determinada dirigida a prevenir los abusos en la contratación temporal sucesiva. Incluso puede entenderse que es una regla que va en consonancia con la previsión del Reglamento UE sobre requisitos mínimos exigibles

a las empresas prestadoras de servicios portuarios<sup>24</sup>. Es cierto que este tipo de reglas, de manera indirecta, provocaría un uso más reducido de la contratación temporal, bien sea la directa como sobre todo la indirecta vía empresas de trabajo temporal. No obstante, a estos efectos, debe tenerse presente también que la propia Directiva sobre empresas de trabajo temporal admite el establecimiento de de restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores, que, entre otros fundamentos, puede basarse en “la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”<sup>25</sup>. Aquí ni siquiera nos enfrentaríamos a una restricción formal del recurso a la cesión, si bien es evidente que puede tener un efecto reflejo, pero que a nuestro juicio sin duda entraría entre los fundamentos admitidos por la propia Directiva. Más aún, la propia Directiva admite que tales restricciones pueden derivar no sólo de la normativa estatal de transposición, sino que pueden encontrar su acogida por parte de los convenios colectivos<sup>26</sup>. A mayor abundamiento, la propia normativa estatal de transposición contempla las mismas causas justificativas de las posibles restricciones, sin que en ningún momento exija que dichas restricciones sean establecidas por la norma estatal, ni por tanto prohíba que dichas restricciones se incorporen a través de la negociación colectiva<sup>27</sup>.

Una segunda posibilidad de establecer algún tipo de reglas favorecedoras de la estabilidad en el empleo sería que los convenios aplicables a las empresas estibadoras asumieran la remisión recogida en el Estatuto de los Trabajadores dirigidos a prevenir la utilización de los contratos temporales con distintos trabajadores para desempeñar un mismo puesto de trabajo, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal (art. 15.5 p. 3 ET). Ha de tenerse en cuenta que esta remisión legal afecta a un aspecto concreto de la transposición de la Directiva sobre contratos temporales en lo que afecta al encadenamiento de contratos, pues ello se entiende que puede afectar también a supuestos de afectación a diversos trabajadores que sucesivamente desempeñan la misma

<sup>24</sup> “Es importante que todos los prestadores de servicios portuarios, a petición del organismo gestor del puerto, puedan demostrar su capacidad de atender a un número mínimo de buques, mediante la dotación necesaria de personal” (Considerando 14, desarrollado por el art. 4 del Reglamento UE 2017/352, de 15 de febrero (DOUE 3 de marzo), por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos).

<sup>25</sup> Art. 4.1 Directiva 2008/104, de 19 de noviembre (DOUE 5 de diciembre), relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.

<sup>26</sup> Arts. 4.3 y 11 Directiva 2008/104, citada. Para el análisis de un aspecto muy singular del modo de aplicar estas restricciones a través de la negociación colectiva, STJUE 17 de marzo de 2015, asunto C-533/13, AKT Auto-ja Kuljetusalan, ECLI:EU:C:2015:173. Sobre la misma, M. Llano Sánchez, Prohibiciones o restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal, *La Ley Unión Europea* n.º 27, Junio 2015. Cruz Villalón, *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Temas Laborales n.º 130 (2015), pgs. 40 ss.

<sup>27</sup> Disp. adic. 4 Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

ocupación<sup>28</sup>. Se trataría en estos casos de conjurar los riesgos, ya advertidos con anterioridad, de que la conversión en indefinidos del encadenamiento de contratos temporales por parte de un mismo trabajador, de desarrollo de prácticas empresariales dirigidas e evitar dicha conversión por la vía del incremento de la rotación contractual con ocupación directa o indirecta de distintos trabajadores. Al final, se trataría de actuar sobre una misma realidad, sucesión de contratos temporales, con el mismo o diverso trabajador, que manifiesta la presencia de una necesidad de empleo permanente para la empresa, a pesar de que sea el resultado de contrataciones externas justificadas con otras mercantiles. Podría, así, actuarse con reglas complementarias o alternativas a las precedentes, que basándose en la remisión legal estatutaria, procediera a establecer reglas de conversión de temporales en indefinidos. A pesar de la indiscutible irregularidad del empleo en la actividad de la estiba, siempre es posible como ya indicamos detectar un volumen mínimo de necesidades de ocupación continuada en su intensidad, que podría permitir, con una eficaz organización del trabajo por parte de las empresas estibadoras, asumir este tipo de conversiones, sin por ello introducir rigidez en sus plantillas. En todo caso, más allá de cuáles puedan ser las estrategias negociales de las partes a estos efectos, lo que parece irrefutable es que el texto estatutario efectúa una remisión a la negociación colectiva, que puede asumirse con plena corrección jurídica por parte de los convenios colectivos de la estiba.

### **6.3. La continuidad del empleo en las empresas de trabajo temporal**

Finalmente, la dosis mayor de inestabilidad laboral puede provenir de la presencia a partir de ahora en el ámbito de la estiba de los servicios prestados por las empresas de trabajo temporal, incluidos entre ellas los centros portuarios de empleo. Debe recordarse que el mecanismo de la cesión de las ETT comporta puestas a disposición temporales al servicio de las empresas usuarias, que en este caso se trataría de cesiones de estibadores a las empresas estibadoras por el tiempo requerido para la carga o descarga de un concreto buque. Más aún, que la normativa sobre ETT contempla la posibilidad de contratación temporal de ese trabajador por el tiempo coincidente del preciso para el objeto del contrato de puesta a disposición, siendo precisamente esta la fórmula universalmente utilizada en nuestro mercado de trabajo, con olvido de otras posibilidades legales. Por tanto, una extensión generalizada de la temporalidad se podría producir a resultas de la irrupción de las ETT en el sector.

Como ya adelantamos en el apartado precedente, uno de los escenarios posibles en el proceso de desaparición de las SAGEP es el de su transformación en ETT y, más en concreto, en centros portuarios de empleo. De acordarse dicha transformación, la misma por imperativo legal supone que la nueva entidad se

<sup>28</sup> STJUE 3 de julio de 2014, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, Fiamingo y otros, apartado 72.

subrogará en los contratos de trabajo de los estibadores hasta entonces vinculados a la SAGEP, pues ni siquiera es necesario que se produzca la aplicación de las reglas estatutarias en materia de subrogación (art. 44 ET), pues aquí ni siquiera hay cambio de titularidad de la empresa, sino simplemente de una “modificación del estatus jurídico de la empresa” que requiere de informe previo del comité de empresa (art. 64.5 d ET). Lo relevante a los efectos que estamos tratando aquí es que desde el punto de vista contractual se mantienen de principio idénticas condiciones de trabajo, salvo aquella que por propia naturaleza deban alterarse a resultas del cambio producido por imperativo legal. Todos estos trabajadores vinculados hasta el presente a la SAGEP se encontraban vinculados por medio de un contrato por tiempo indefinido, de modo que en principio continuarían en idénticas condiciones. Pasaría de estar vinculados a un SAGEP a estarlo a una ETT, en concreto, a un centro portuario de empleo, lo que comportaría pasar automáticamente, de someterse a una relación laboral especial de estibador, a regirse por contrato por un contrato de trabajo ordinario pero sometido a la normativa general en materia de ETT. Ello se podría hacer manteniendo su condición de contrato por tiempo indefinido. En aplicación de la normativa sobre ETT podrán conservar su condición de trabajadores por tiempo indefinido (art. 10.1 LETT). Al igual que sucedía a través de su vinculación con la SAGEP, no habrá garantía de ocupación efectiva de manera continuada, pues ello depende de los contratos de puesta a disposición que se celebren con las empresas estibadoras. Pero mientras que esa falta de ocupación no tenía supónía especial perjuicio para el estibador, pues conservaba el grueso de su retribución, ahora ello no lo tiene garantizado pues a partir de su conversión en ETT desaparece esa obligación de abono de retribuciones durante los periodos de inactividad. Lo que antes no presentaba para el estibador una especial preocupación (la falta de cesión a las empresas estibadoras) sí que lo presenta a partir del cambio de referencia.

Dicho de otro modo, con ese cambio lo que se produce es una traslación de los riesgos de la irregularidad del empleo desde la SAGEP hacia los propios estibadores. En sentido técnico formal, a pesar de tratarse de contratos por tiempo indefinido, la ETT no asume obligación alguna de puesta a disposición mínima, de ocupación efectiva mínima en una empresa estibadora, de modo que se trataría en el sentido estricto del término un régimen plenamente identificado al denominado contrato de cero horas, que a través de esta concreta fórmula de puesta a disposición sería plenamente lícita en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, parece oportuno encontrar elementos de corrección que eviten este indeseable régimen de contrato de cero horas. Se trata, pues, de analizar hasta qué punto es posible adoptar desde la negociación colectiva algún tipo de medidas de equilibrio, que permitan un cierto reparto de la traslación de los riesgos derivados de la irregularidad del empleo propia de la actividad de la estiba en los puertos de interés general.

Ciertamente las medidas de posible incorporación a la negociación colectiva analizadas en el apartado anterior podrían paliar en parte un previsible escenario de generalizada temporalidad en el sector a partir de ahora. Pero se trata también de preguntarnos hasta qué punto serían lícitas otra serie de fórmulas introducidas a través de la negociación colectiva que, complementariamente a las anteriores, contemplaran también alguna fórmula de mantenimiento y continuidad en el empleo de los estibadores contratados por las ETT y, entre ellas, de los centros portuarios de empleo.

Ante todo, recordando lo ya dicho en cuanto a las reglas relativas a la estructura de la negociación colectiva y el obligado respeto al principio de correspondencia, las reglas adicionales que se podrían establecer lo serían exclusivamente a través de los convenios colectivos de ETT, sean de sector, de subsector o de empresa. En sentido negativo, a nuestro juicio no lo podrían ser por vía de los convenios colectivos de las empresas estibadoras, lo sean de sector o de subsector. Más allá de las restricciones indirecta al uso de la cesión vía ETT a las que nos hemos referido previamente, autorizadas por la Directiva y la normativa de transposición en nuestro ordenamiento interno, las reglas favorecedoras de la continuidad y mantenimiento del empleo de los estibadores contratados por las ETT para ser puestos a disposición de las empresas estibadoras deben quedar establecidos en los convenios de las primeras y no de las segundas.

En esa clave, las posibles reglas establecidas al efecto difícilmente podrían introducirse en el convenio estatal general para todas las ETT, pues se trataría en ese ámbito de una cuestión tan particular del sector de la estiba que es difícil que llega a ser materia a debatir en la comisión negociadora correspondiente. Por tanto, ello sólo sería concebible en un hipotético convenio colectivo de subsector para los centros portuarios de empleo o bien para en un hipotético convenio colectivo de empresa de un concreto centro portuario de empleo.

Por lo demás, las reglas concretas a pactar en dicho ámbito no serían fáciles de imaginar, pero siempre cabría proyectar algunos compromisos al respecto. Por ejemplo, compromisos de ocupación mínima efectiva de los ya contratados dentro del centro portuario de empleo, antes de realizar nuevas contrataciones por parte del centro portuario de empleo; o bien, para el personal de nuevo ingreso que no debe contratarse necesariamente por tiempo indefinido, uso de la posibilidad ofrecida por la normativa de ETT, que permite un contratación con destino a varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes y, con ello, también un compromiso mínimo de ocupación (art. 10.3 Ley de Empresas de Trabajo Temporal). En esa clave, sería igualmente posible celebrar compromisos de ocupación mínima, junto con el correlativo compromiso de ejecución adicional de ejecución de trabajo hasta la jornada máxima legal, en términos de aplicación analógica del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial con amplia disponibilidad a la realización de horas complementarias.