

TEMAS

# La reconversión del sector portuario

Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019

*Antonio Ojeda Avilés*

## ■ LA LEY



TEMAS

■ LA LEY

# La reconversión del sector portuario

Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019

*Antonio Ojeda Avilés*

*Prólogo de Salvador A. de la Encina Ortega*

© Antonio Ojeda Avilés, 2019  
© Wolters Kluwer España, S.A.

**Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
**Tel:** 902 250 500 - Fax: 902 250 502  
**e-mail:** clientes@wolterskluwer.com  
<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** septiembre, 2019

**Depósito Legal:** M-29021-2019

**ISBN versión impresa:** 978-84-9020-926-4

**ISBN versión electrónica:** 978-84-9020-927-1

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.  
*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

## CAPÍTULO V

# LIBRE COMPETENCIA VERSUS NEGOCIACIÓN COLECTIVA PORTUARIA EN LA DOCTRINA DE LA CNMC

### 1. LAS INTERVENCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

A lo largo de los últimos años, la CNMC ha intervenido reiteradamente sobre la negociación colectiva para considerarla como posible instrumental colusorio y por tanto contrario a la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007. Las elevadas cuantías de las multas impuestas, el hecho de imponerlas por la simple firma de un convenio colectivo —cosa que contempla el artículo 1 de la LDC<sup>(1)</sup>—, o incluso por haber estado presente en las negociaciones aun cuando no se haya querido firmar, y la estricta consideración de lo que denomina principio de proporcionalidad entre el ámbito personal de las asociaciones firmantes y el ámbito del convenio colectivo, han llevado a una parálisis temerosa de las organizaciones negociadoras, que han visto cómo sus recursos ante el Tribunal Supremo han venido rechazados por éste en la mayoría de los casos<sup>(2)</sup>.

(1) Cuyo artículo 1.1 señala: «Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.»

(2) Contra la extendida opinión de que la independencia de la CNMC prácticamente implica un blindaje ante el control judicial, las resoluciones sancionatorias del Consejo de la CNMC pueden impugnarse ante la Audiencia Nacional, cuyas sentencias pueden a su vez ser recurridas ante el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo. En alguna ocasión las partes han acudido ante la Sala Social del TS en busca de amparo por las desorbitadas sanciones, confiando en una actitud de mayor comprensión hacia la negociación colectiva, pero la respuesta ha sido similar a la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Considerado un organismo público independiente cuyas funciones y estructura se ajustan a lo establecido en la normativa comunitaria, suscita algunas dudas el hecho de que su consejo rector de diez miembros sea nombrado por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad. Por otra parte, la separación entre negociación colectiva y acuerdos colusorios de la competencia que puedan infringir las libertades de la Unión Europea, una separación contemplada por la jurisprudencia del TJUE, viene acogida por la CNMC con un criterio muy restrictivo sobre cuanto pueda considerarse como materia laboral y por ende negociación colectiva lícita, como veremos en su momento.

### 1.1. Algunas notas sobre la legislación y filosofía de la CNMC

Aunque la CNMC unificó sus dos órganos —el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de mismo nombre en la anterior LDC 16/1989— a partir de la Ley 15/2007, actualmente vigente, por su inspiración en las agencias independientes norteamericanas, los casi veinte años de la anterior estructura llevan a mantener dos órganos funcionales, la Dirección de Investigación como instructora y la Comisión Nacional de la Competencia como resolutoria, que casi parecen dos instancias, con la primera permitiendo alegaciones y pruebas a su «pliego de concreción de hechos»<sup>(3)</sup>. El reglamento de la ley, RD 261/2008, concreta aspectos importantes, como el cálculo de la cuota de mercado y del volumen de negocio de las empresas implicadas, el sorprendente «programa de clemencia»<sup>(4)</sup>, el procedimiento arbitral<sup>(5)</sup>, o los formularios de denuncias y notificación de concentraciones<sup>(6)</sup>. En todo el conjunto, las normas sobre plazos para la terminación de los expedientes

---

(3) El Reglamento, art. 33, otorga quince días a las partes para alegar y proponer pruebas, a cuya terminación se cierra la fase de instrucción conforme al art. 50 de la Ley. En general vid. BENEYTO J.M. y MAILLO J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, dos vols., Tirant, Valencia 2017, 2ª edición.

(4) O condonación de sanciones al implicado que denuncie y colabore con la investigación en todos sus extremos, un ejemplo más de la influencia norteamericana en este procedimiento, art. 65 de la LDC. A completarlo están las atenuantes a la sanción por el mismo motivo, art. 64.3 y 66. Arbora & Ausonia, de Procter & Gamble, se acogieron en 2016 al programa de clemencia al denunciar al cártel de la asociación de fabricantes de pañales para adultos, por lo que se le conmutó una sanción de 68,5 millones de euros. Volkswagen Audi España, Seat y Porsche también se acogieron al programa de clemencia y fueron excluidos de la multa de 171 millones a las empresas fabricantes y distribuidoras de automóviles el año 2015.

(5) Al que dedica un capítulo completo, el IV, arts. 72 a 78, derivado de la terminación convencional que enuncia el art. 52 de la Ley.

(6) De su importancia y complejidad da idea el RD 1083/2009, por el que se regula la memoria de análisis de impacto normativo, dirigida a garantizar que se aporta la información necesaria para estimar el «impacto de la norma» en los destinatarios y agentes.

tienen fundamental importancia: en líneas generales se fija un período de dieciocho meses desde su comienzo, a distribuir entre las fases de incoación y resolución<sup>(7)</sup>, susceptible de ampliaciones.

La CNMC ha intervenido con alguna frecuencia en los últimos años en el ámbito portuario, dictando sanciones en alegación de prácticas colusorias o abuso de posición dominante más que en tema de concentraciones de empresas<sup>(8)</sup>. A nuestros efectos la LDC enumera como *prácticas colusorias*, entre otras, las siguientes cinco: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

En cambio considera como *abuso de posición dominante* a las siguientes más significativas: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores. c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

En el conjunto de sus intervenciones, la CNMC ha dejado constancia de una dureza especial en la imposición de sanciones, de elevadas cuantías, que han sufrido en especial grandes empresas del país. La posibilidad de declarar las conductas investigadas como de menor importancia (artículo 5 LDC) o susceptibles de inaplicabilidad (artículo 6 LDC) han sido práctica-

---

(7) LDC, arts. 36 ss. Hay normas particulares para las concentraciones de empresas, donde interviene el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y el Consejo de Ministros.

(8) Arts. 1, 2 y 7 LDC, respectivamente.

mente inexistentes, a pesar de que la evolución de la materia abona a una relativización en ciertos aspectos merced a la consideración de su devenir histórico, en el que entrará a continuación.

¿A qué puede haberse debido lo que parece un cambio radical en la actitud de la CNMC respecto a la habitual en su antecesora, la Comisión Nacional de la Competencia, bajo la anterior ley de 1989? ¿Por qué tal profusión de duras sanciones en el último decenio?

Una explicación de tal dureza quizá pueda encontrarse en una prudente renuncia anticipada a intervenir en casos dudosos, lo que llevaría a entrar en los asuntos de mayor nivel y por ende a imponer sanciones extraordinarias<sup>(9)</sup>.

Una segunda explicación podría estar en la nueva graduación de las infracciones y la vinculación de las sanciones a porcentajes del volumen de negocio de las empresas implicadas, una mayor claridad en tan delicado capítulo pero que paradójicamente habría llevado a situaciones rígidas y estrictas: debiendo abandonar ahora la anterior disponibilidad del Tribunal de Defensa de la Competencia —a su buen leal saber y entender—, la Comisión Nacional de la Competencia se ubicaría ahora en el tramo alto de graduación sancionatoria.

La opinión pública prefiere otra versión mucho más heroica, la del alto nivel de corrupción de la economía española —o, genéricamente, de la economía actual—, por donde las elevadas cuantías corresponderían al alto nivel de pactos colusorios, abusos de posición dominante y concentraciones empresariales contrarias a la libertad de competencia.

Una cuarta explicación, al menos en el aspecto de la frecuencia impositiva —que no en la de la dureza— estaría en el nuevo reparto de ámbitos

---

(9) Multa de 120 millones de euros por abuso de posición dominante a Telefónica, Vodafone y Orange por precios excesivos en los mensajes cortos, en 2012; y de otros 120 millones de euros en 2009 a las aseguradoras Asefa, Mapfre, Caser, Scor, Munich Re y Swiss Re; 65 millones a RENFE por obstaculizar la competencia, de 46,5 millones a Prosegur y Loomis por repartirse el mercado de transporte de fondos, de 129 millones a una asociación de fabricantes de pañales para adultos por formar un cártel, de 171 millones de euros a 21 fabricantes y distribuidoras de automóviles en 2015, o de 88 millones a varias empresas de la industria láctea; 98 millones a tres asociaciones de empresas de gestión de residuos; 72 millones a varias grandes empresas de la gestión de residuos (FCC, Ferrovial, ACS etc.) por repartirse las subastas públicas; REPSOL, 20 millones, y CEPSA, 10. Entre 2014 y 2017 la CNMC impuso 314 sanciones, en las que los sectores de las telecomunicaciones y de la energía aparecen como los mayores infractores. En total, 966 millones de euros. Cfr. diario *Intereconomía*, 3 de marzo de 2017.

entre las autoridades de defensa de la competencia nacionales y la europea, quedando la Comisaría de Competencia y la Dirección General de Competencia europeas circunscritas a los casos más relevantes.

A mi modo de ver, la dureza sancionatoria y su frecuencia tienen que ver con la apertura de mercados deseada por las grandes multinacionales y su nuevo sistema de cálculo de costes integral por trayecto, comprensivo del total de gastos portuarios desde el comienzo en, digamos, Shangai, hasta su arribada a, por ejemplo, Rotterdam. Pero en contraste con sus políticas internas o nacionales las grandes transportistas han emprendido a mediados de los pasados años noventa un proceso de concentración con la emergencia de alianzas globales de las que hablaré enseguida, con implicación de los transportistas en las operaciones portuarias, tanto financieras como gestoras, mientras que los estibadores han respondido con un proceso de concentración similar: en resumen, una sustancial concentración del mercado de la estiba, como indican Parola y Musso<sup>(10)</sup>, con empresarios unidos en fuertes alianzas enfrentados a estibadores unidos en sindicatos poderosos. Con palabras sesgadas, se indica que a nivel global la «cooperación» se está convirtiendo en una fuerza más importante que la competencia, pues impele a alianzas, fusiones y compras que han permitido aumentos de tamaño en los barcos y caídas en el coste, mientras asistimos al nacimiento de operadores globales puros, con una integración vertical entre los transportistas globales y las operadoras de terminales<sup>(11)</sup>.

Desde un flanco quizá no coincidente con el anterior, pero que podría coincidir si pudiéramos verificar la ingente masa de expedientes sancionatorios de los últimos años, la actividad de la CNMC obtiene un contraste de máxima fiabilidad jurídica en las sentencias que han resuelto los litigios planteados contra dichas sanciones, sentencias que proceden de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, en su mayor parte de la Sala 3 de lo contencioso-administrativo.

De la publicación por la propia CNMC en 2018 de un análisis de los resultados obtenidos en los cuatro años anteriores en cuanto a sentencias a favor o en contra de sus decisiones por parte de dichos tribunales, la conclusión que obtenemos no presenta un panorama demasiado optimista sobre

---

(10) PAROLA F. y MUSSO E., «Market Structures and Competitive Strategies: the Carrier-Stevedore Arm-wrestling in Northern European Ports», *Journal of Maritime Policy and Management* 3 (2007), pp. 259 y ss.

(11) En este sentido, MIDORO R., MUSSO E. y PAROLA F., «Maritime liner shipping and the stevedoring industry: market structure and competition strategies», *Journal of Maritime Policy and Management* 2 (2005), pp. 84 y ss.



**E**l sector de la estiba portuaria atraviesa por un difícil momento de reconversión en el que se plantean diversas incógnitas. A diferencia de las reconversiones industriales de los años setenta y ochenta, su actividad es boyante, y empresas y estibadores portuarios han sabido pactar en los convenios una suerte de cogestión instrumental. Los problemas, sin embargo, han llegado de distintas partes, comenzando por una intervención del Tribunal de Justicia Europeo a instancias de la Comisión Europea, flanqueada por las intervenciones de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, poco acostumbrada a los convenios colectivos con eficacia general, es decir, incluso para los que no los han firmado. El resultado es una serie de Decretos-Leyes mal encajados entre sí, y la incógnita de una liberalización del empleo en los muelles que otorga a las sociedades anónimas de gestión SAGEP ciertas alternativas de transformación o de sucesión a manos de los centros portuarios de empleo y de las empresas de trabajo temporal. Mientras tanto, los actores principales y los convenios colectivos, comenzando por el de ámbito estatal, tratan de adaptarse a la nueva situación en medio del recelo de la CNMC y de la preocupación por la suerte de los estibadores ante la supresión de la relación laboral especial de estiba.

Al análisis de todas estas incógnitas trata el libro de dar respuesta durante el período transitorio en el que todo parece estar dicho y casi nada resuelto.

