C-462/19 - 1

CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

ACUERDO POR EL QUE SE ELEVA CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 267 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SE SUSPENDE EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Expte. S/DC/0619/17, ACUERDO MARCO DE LA ESTIBA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

Dª. María Ortiz Aguilar

Dª. Clotilde de la Higuera González

Dª. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número 1119526
Luxemburgo, el 21-06-2019
Fax/E-mail:
Presentado el: 13/6/19
El Secretario, por orden
Leticia Carrasco Marco
Administradora

En Madrid, a 12 de junio de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, ha acordado remitir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**) una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del artículo 101 del TFUE determinante para la decisión que debe adoptarse en el procedimiento de referencia.

CURIA GREFFE
Luxembourg
Entrée 13. 06. 2019

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIG

RMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIG

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

INDICE

I. LEGITIMACIÓN DE LA CNMC 3

1. Cumplimiento de requisitos por parte de la CNMC 3

2. Precedentes a considerar 7

II. DISPOSICIONES NACIONALES QUE PUEDAN SER APLICABLES AL ASUNTO Y, EN SU CASO, LA JURISPRUDENCIA NACIONAL PERTINENTE 8

III. EXPOSICIÓN CONCISA DEL OBJETO DEL LITIGIO Y DE LOS HECHOS PERTINENTES 15

IV. RAZONES QUE HAN LLEVADO AL ÓRGANO REMITENTE A PREGUNTARSE SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 101 DEL TFUE Y DE LA RELACIÓN QUE EXISTE ENTRE EL CITADO PRECEPTO Y LA NORMATIVA NACIONAL APLICABLE EN EL LITIGIO PRINCIPAL 21

V. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN 27

- ¿Debe el artículo 101 del TFUE interpretarse de forma que se consideren prohibidos los acuerdos entre operadores y representantes de los trabajadores, incluso bajo la denominación de convenios colectivos, cuando determinan la subrogación de los trabajadores vinculados con la SAGEP por parte de las empresas que se separan de ella y el modo en que la citada subrogación se realiza? 27

- En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea positiva, ¿debe interpretarse el artículo 101 del TFUE en el sentido de que se opone a disposiciones del Derecho interno como las contenidas en el Real Decreto-ley 9/2019 en la medida en que ampara los convenios colectivos que imponen una determinada forma de subrogación de trabajadores que desborda las cuestiones laborales y genera una armonización de condiciones comerciales? 27

- En caso de considerar que las citadas disposiciones legales resultan contrarias al Derecho de la Unión, ¿debe interpretarse la jurisprudencia de ese Tribunal sobre la primacía del Derecho de la UE y sus consecuencias, contenidas entre otras en las sentencias Simmenthal y Fratelli Costanzo, en el sentido de obligar a un organismo de Derecho Público como la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a dejar inaplicadas las disposiciones del derecho interno contrarias al artículo 101 del TFUE? 27

- En el caso de que la respuesta a la primera pregunta sea afirmativa, ¿deben interpretarse el art. 101 TFUE y el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y la obligación de asegurar la efectividad de las normas de la UE, en el sentido de requerir de una autoridad administrativa como la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la imposición de multas sancionadoras y multas coercitivas a las entidades que llevan a cabo comportamientos como los descritos? 27

VI. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO 27

RMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

I. LEGITIMACIÓN DE LA CNMC

El artículo 267 del TFUE establece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la interpretación de los Tratados de forma que, cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

La Sala de Competencia de la CNMC debe emitir su fallo en el expediente S/DC/0619/17, ACUERDO MARCO DE LA ESTIBA, y, para ello considera necesaria la decisión del TJUE.

1. Cumplimiento de requisitos por parte de la CNMC

1. Dado que el citado precepto establece que son los órganos jurisdiccionales quienes están habilitados para presentar las cuestiones prejudiciales, debe en primer lugar analizarse la naturaleza de "órgano jurisdiccional" de la CNMC a efectos de justificar su legitimación activa para presentar esta cuestión.

Según reiterada jurisprudencia, para apreciar el carácter de «órgano jurisdiccional» del órgano remitente, cuestión que depende únicamente del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta **un conjunto** de circunstancias, como son **el origen legal** de ese órgano, su **permanencia**, el carácter **obligatorio de su jurisdicción**, el carácter **contradictorio** del procedimiento, la aplicación, por dicho órgano, de **normas jurídicas** y su **independencia**.

2. La CNMC está regulada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Es la mera existencia de la citada norma que regula su régimen de funcionamiento lo que acredita que se cumple la condición relativa al **origen legal** de ese órgano. Esta misma característica justifica su **permanencia** que tampoco cabe poner en duda en el caso de la CNMC.

3. En lo tocante al carácter **obligatorio** de su jurisdicción, el punto de partida se encuentra en el hecho de que la CNMC, en Derecho español, tiene la consideración de organismo de Derecho Público, tal y como se desprende del art. 1.1 de la citada Ley 3/2013.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ya ha afirmado que "tal hecho (el carácter administrativo) no resulta, en sí, decisivo a efectos de esta apreciación" (sentencia del Tribunal de Justicia -Gran Sala- de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme, ECLI:EU:C:2015:664, apartado 17, petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic).

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

En la misma línea se manifiesta el TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-546/16, Montte, S.L., y Musikene, ECLI:EU:C:2018:752 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. En los apartados 23 y 24 se dispone que, si bien es cierto que la competencia de dicho órgano reviste sólo un carácter potestativo, en tanto en cuanto el administrado puede optar entre el recurso ante el órgano administrativo y el recurso contencioso-administrativo, "sin embargo, se desprende de la resolución de remisión que las resoluciones del órgano remitente, **cuya competencia no depende de un acuerdo entre las partes, son vinculantes para estas**. Dadas estas circunstancias, dicho órgano cumple igualmente el criterio del carácter obligatorio de su jurisdicción (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664, apartados 23 a 25)".

Estas mismas características se verifican en el caso de la CNMC a la que la Ley 3/2013 (art. 5.f.) atribuye competencia para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE sin que su jurisdicción dependa del acuerdo entre las partes y cuyas resoluciones son ejecutivas y vinculantes para aquéllas.

4. Otra de las características a considerar es el carácter **contradictorio** del procedimiento.

La Ley de Defensa de la Competencia (Capítulo II del Título IV) y el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (Capítulo II del Título II), así como la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (aplicable supleotiramente a la CNMC, según dispone el art. 2.2 de la Ley 3/2013) aseguran el carácter contradictorio del procedimiento sancionador ante la CNMC.

Las decisiones del Consejo de la CNMC relativas a la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE se enmarcan en un procedimiento en el que median sucesivos trámites de audiencia en los que las partes interesadas pueden presentar alegaciones y proponer prueba en relación con los sucesivos actos dictados por cada uno de los órganos competentes informando sobre los hechos, su calificación jurídica y la responsabilidad que en ellos puedan tener tales partes. (Véase STJUE de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98).

De acuerdo con lo establecido con carácter general en la legislación española, la tramitación de los procedimientos sancionadores se rige por el principio de separación funcional, que exige la

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

articulación procedimental de una doble fase, la instrucción y la resolución, que corresponde a órganos separados (Dirección de Competencia y Consejo), ambos integrados en la CNMC y sin injerencia externa alguna[1].

Dicha separación funcional se concreta dentro de la CNMC en los artículos 25.2 y 29.2 de la Ley 3/2013 y los artículos 20, 29, 33 y 35 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Sobre esta base, corresponde a la Dirección de Investigación (hoy Dirección de Competencia), investigar, incoar e instruir tales procedimientos. Una vez concluida la instrucción de los procedimientos, la Dirección de Competencia eleva al Consejo una propuesta de resolución.

El Consejo dicta una resolución en la que, de acuerdo con el artículo 53 de la LDC, aplica la LDC y los artículos 101 y 102 del TFUE cuando hay afectación del comercio dentro de la Unión Europea. La decisión final del Consejo se articula como la ponderación entre la propuesta del órgano de instrucción y las alegaciones finales presentadas por las partes, pudiendo tener lugar la celebración de una vista oral en la que cada una de las partes exponga su posición sobre los hechos, su calificación jurídica y la responsabilidad que en ellos tengan las partes implicadas.

La resolución del Consejo es inmediatamente ejecutiva[2]. Contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa[3]. Sin embargo, cabe interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que conocerá del asunto de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (**LJCA**) y la sentencia de la Audiencia Nacional es recurrible al Tribunal Supremo.

5. La siguiente característica mencionada en la jurisprudencia del TJUE es la aplicación, por el órgano que puede plantear cuestión prejudicial, de **normas jurídicas**.

Tal requisito se cumple por la CNMC, tal y como se desprende de manera inequívoca del art. 2 de la Ley 3/2013.

6. La última característica mencionada en la jurisprudencia antedicha es la relativa a la **independencia** del órgano que consulta.

---

[1] Artículo 63.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento de Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[2] Artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento de Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[3] Artículo 36.2 de la LCNMC.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

El art. 2.1 de la Ley 3/2013 dispone que la CNMC "actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado". Por su parte, el art. 3, sobre independencia funcional y relación con las entidades públicas y privadas, dispone:

> "1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.
>
> 2. En el desempeño de las funciones que le asigna la legislación, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada".

Resulta claro por tanto que la CNMC cumple con las exigencias que la jurisprudencia del TJUE impone en este punto.

La CNMC tiene la **condición de tercero** con respecto a la autoridad administrativa que pueda estar sometida a su control (sentencias Corbiau, C-24/92, ECLI:EU:C:1993:118, apartado 15; Wilson, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, apartado 49; o Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664, apartado 19); **ejerce** sus funciones con **plena autonomía**, sin estar sometida a vínculo jerárquico o de subordinación alguna respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de origen alguno (sentencia Torresi, C-58/13 y C-59/13, ECLI:EU:C:2014:2088, apartado 22). Al efecto, está protegida de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de juicio de sus miembros (sentencias Wilson, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, apartado 51, y TDC, C-222/13, ECLI:EU:2014:2265, apartado 30). Además, las resoluciones dictadas por el Consejo de la CNMC son inmediatamente ejecutivas, sin estar sujetas a control, tutela, convalidación ni mecanismo de impugnación alguno ante instancia administrativa o gubernativa[4].

7. Por otro lado, la CNMC debe ejercer sus funciones con **total respeto de la objetividad y de la imparcialidad** frente a las partes en litigio y a sus respectivos intereses en relación con el objeto del litigio. Además, sus miembros son inamovibles y sólo pueden ser cesados por alguna

[4] De acuerdo con el artículo 36.2 de la LCNMC, "los actos y resoluciones del Presidente y del Consejo, en pleno y en salas, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictados en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición, siendo únicamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa".

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

de las causas expresamente enumeradas en el art. 23 de la Ley 3/2013 (sentencias Wilson, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587, apartados 52 y 53, y TDC, C-222/13, EU:2014:2265, apartados 31 y 32).

2. Precedentes a considerar

8. Ya existe un precedente de admisión por parte del Tribunal de Justicia de una cuestión prejudicial presentada por la autoridad de competencia española precedente de la CNMC, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), (sentencia de 16 de julio de 1992, C-67/91, ECLI:EU:C:1992:330). En el citado supuesto el Tribunal respondió a la cuestión sin analizar la capacidad del organismo para presentar la cuestión prejudicial.

Sin embargo, el Abogado General Jacobs realizó el análisis en sus conclusiones y concluyó que no le cabía duda de que el TDC debía ser considerado un órgano jurisdiccional a efectos del art. 177 ya que el TDC gozaba de competencia privativa en determinadas materias, con arreglo a la legislación española, ejercía sus funciones con total independencia y sus miembros eran inamovibles (Conclusiones presentadas el 10 de junio de 1992, C-67/91, ECLI:EU:C:1992:256).

Debe señalarse que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, organismo heredero del TDC, tiene un grado de independencia aún mayor que su predecesora puesto que, entonces, el órgano de instrucción dependía del Ministerio correspondiente mientras que, en este momento, tanto la Dirección de Competencia como el Consejo de la CNMC son independientes de cualquier órgano de la administración. En consecuencia, puede concluirse que, si el TDC fue considerado independiente, con mayor razón debe realizarse esa valoración en la CNMC que cumple con todos los caracteres necesarios para ser considerado como órgano jurisdiccional.

9. Debe mencionarse que, con posterioridad a la citada sentencia, el TJUE dictó otra (STJUE de 31 de mayo de 2005 asunto C-53/03 ECLI:EU:C:2005:333), respecto de las cuales conviene formular las siguientes consideraciones.

Si bien el TJUE declara no ser competente para responder a las cuestiones planteadas por el Epitropi Antagonismou (autoridad de competencia griega), lo hace a la luz de "los datos examinados, **considerados en su totalidad**" (apartado 37) y no por una única razón. Por lo tanto, es necesario analizar **todos** esos datos examinados por el Tribunal en relación con las características de la Comisión de Defensa de la Competencia griega en el momento en que se adoptó la decisión.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

En primer lugar, el TJUE destaca el hecho de que el Epitropi Antagonismou **se halla bajo la tutela del Ministro del Desarrollo** y que una tutela de esta índole implica que el citado Ministro **se halla facultado, dentro de ciertos límites, para controlar la legalidad** de las resoluciones del Epitropi Antagonismou (apartado 30).

En segundo lugar, el TJUE destaca el hecho de que la **revocación o la anulación del nombramiento** de los miembros de la Comisión de Defensa de la Competencia griega **no parece estar sujeta a garantías especiales** que puedan obstaculizar eficazmente las intervenciones o presiones indebidas por parte del poder ejecutivo sobre los miembros del organismo.

En cuanto al argumento del TJUE relativo al **derecho de avocación** del que dispone la Comisión Europea en materia de competencia, hemos de recordar que tal derecho **sólo existe cuando se estén aplicando las normas de competencia fijadas por la Unión Europea**. Por otro lado, según la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (Diario Oficial n° C 101 de 27/04/2004, pp. 43-53), la Comisión está particularmente bien situada cuando uno o varios acuerdos o prácticas, incluidas las redes de acuerdos o prácticas similares, tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales) (apartado 14), por lo que en la inmensa mayoría de los casos en los que interviene la CNMC, esta es la autoridad mejor situada para su análisis.

En este punto, hemos de recordar que este derecho de avocación ya estaba presente en el Reglamento n° 17, vigente cuando el Tribunal de Justicia admitió la cuestión prejudicial remitida por el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia a que nos hemos referido previamente.

10. En **conclusión**, esta resolución en su conjunto no es aplicable a la CNMC por todo lo señalado anteriormente en cuanto al control de legalidad de sus resoluciones únicamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, las garantías especiales de nombramiento de los miembros de su Consejo y la separación entre instrucción y resolución de los procedimientos.

Analizados todos estos datos y considerados en su totalidad, concluimos que la CNMC debe ser considerada como "órgano jurisdiccional de un Estado miembro" en el sentido del art. 267 TFUE.

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

II. DISPOSICIONES NACIONALES QUE PUEDAN SER APLICABLES AL ASUNTO Y, EN SU CASO, LA JURISPRUDENCIA NACIONAL PERTINENTE

11. El régimen de la estiba en España se caracterizó durante años por la existencia de una reserva en exclusiva de actividad a favor de los trabajadores estibadores adscritos a las sociedades de gestión, en sus distintas configuraciones (SEED, APIE, SAGEP). El artículo 9 del Real Decreto-ley 2/1986 establecía que *"sólo los trabajadores que, por su vinculación a una Sociedad Estatal, tengan acreditada su competencia profesional podrán prestar servicios en las tareas portuarias"*.

La esencia de este régimen establecía una reserva de actividad que implicaba contratación en teoría prioritaria y de hecho exclusiva, de trabajadores vinculados con las entidades de gestión con un régimen común y uno especial aprobados por la vía de los convenios colectivos (reserva consagrada en los derogados artículos 150 y 151 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –TRLPEMM-).

Además, el régimen suponía la necesaria intermediación de estas entidades de gestión de las que las empresas estibadoras debían ser accionistas (que se recogía en el artículo 143.1 del TRLPEMM)[5].

12. El sistema se mantuvo vigente hasta que se procedió a ejecutar la sentencia de 11 diciembre de 2014 del TJUE[6].

En dicha sentencia el Tribunal de Justicia declaró contrario a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 49 del TFUE el régimen regulador de la gestión de los trabajadores para los servicios de manipulación de mercancías en España[7]. En particular, el fallo de la

[5] La Ley 48/2003 se remitía a lo establecido en el Real Decreto-ley 2/1986 en lo relativo al "régimen laboral aplicable al personal que realice las actividades que constituyen el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías".

La Ley 33/2010, sin alterar este régimen, introdujo una regulación más detallada del régimen laboral aplicable a los trabajadores del servicio de manipulación de mercancías.

El artículo 149 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante recogía dos regímenes laborales para el desarrollo de las actividades y tareas del servicio portuario de manipulación de mercancías: uno común y otro especial.

[6] Asunto C-576/13. Sentencia dictada en el marco de un recurso por incumplimiento que interpuso la Comisión Europea contra el Reino de España (procedimiento de infracción 2009/4052) ECLI:EU:C:2014:2430.

[7] Según la sentencia, "...la Comisión observa que las empresas estibadoras establecidas en otros Estados miembros que deseen prestar servicios portuarios de manipulación de mercancías en un puerto de interés general español tendrán que reunir los recursos financieros suficientes para participar en la SAGEP correspondiente y, en todo caso, contratar trabajadores de la propia SAGEP en condiciones que escapan a su control —incluido un número mínimo y obligatorio de trabajadores de la SAGEP que han de contratarse de forma permanente—, especialmente en lo que atañe al precio que han de pagar a la SAGEP para recurrir a tales trabajadores" (párr. 29).

En conclusión, según la Comisión "tales obligaciones suponen necesariamente que las empresas estibadoras extranjeras tengan que modificar la plantilla de la empresa, sus estructuras de empleo y sus políticas de

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

sentencia declara el incumplimiento por parte del Reino de España de *"las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE, al* ***imponer a las empresas*** *de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general* ***tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios*** *y, en su caso, de* ***participar en el capital*** *de ésta, por un lado,* ***como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado****" (negrita añadida).*

Con el fin de dar cumplimiento a esta sentencia se aprobó el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo (en adelante RDL de 2017) [8]. Esta norma establecía la libertad de contratación de trabajadores portuarios para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, desde una doble perspectiva:

- Por un lado, se establece el principio de **plena libertad en la contratación de trabajadores** para la prestación del servicio de manipulación de mercancías "*previo cumplimiento de los requisitos establecidos que garanticen la profesionalidad de los trabajadores portuarios*" (art. 2.1). De este modo se pretende poner fin a la reserva en favor de los trabajadores vinculados con la SAGEP[9].

- Por otro, se elimina la obligación de las empresas estibadoras de participar en "*ninguna empresa cuyo objeto social sea la puesta a disposición de trabajadores portuarios*" (art. 2.2).

La disposición transitoria primera del RDL de 2017 establece un periodo transitorio de tres años (hasta el 14 de mayo de 2020) para la adaptación de las SAGEP al nuevo marco jurídico, de forma gradual:

---

contratación. En efecto, el régimen portuario español impide a las empresas estibadoras seleccionar libremente a su personal y mantenerlo en plantilla, ya que dicho régimen portuario las obliga, además, a contratar un personal que no necesitan realmente" (párr. 30).

Frente a los argumentos expuestos por el Reino de España, el Tribunal sostiene que "cabe observar que existen medidas que son menos restrictivas que las aplicadas por el Reino de España y que, al mismo tiempo, son idóneas para conseguir un resultado similar y para garantizar tanto la continuidad, regularidad y calidad del servicio de manipulación de las mercancías como la protección de los trabajadores. De este modo, por ejemplo, tal como sugiere la Comisión, cabría la posibilidad de prever que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores, o la posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras" (párr. 55).

[8] Publicado en el BOE nº114 de 13 de mayo de 2017.

[9] Los mencionados requisitos de capacitación serán los que recoge el art. 3 del propio Real Decreto-ley.

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

- Durante los primeros seis meses del citado periodo transitorio (es decir, desde el 14 de mayo hasta el 14 de noviembre de 2017), los accionistas de la SAGEP podían optar entre continuar en ella o separarse de manera individual[10]. Quienes optasen por separarse, podrían hacerlo mediante la venta de sus acciones al resto de accionistas que decidieran continuar, pudiendo estos acordar una nueva distribución del capital social y admitir nuevos accionistas. Si ningún accionista decidía continuar en la SAGEP, ésta se disolvería (apartado 3 de la disposición transitoria primera)[11].

- Con carácter general, durante la totalidad del periodo transitorio, las actuales SAGEP podrán optar por extinguirse o por continuar su actividad (apartado 1, párrafo primero, de la disposición transitoria primera).

- Transcurrido dicho periodo transitorio, las SAGEP subsistentes deberán optar entre extinguirse o continuar su actividad como Centro Portuario de Empleo (CPE) o empresa de trabajo temporal (ETT), obteniendo la autorización exigida en el artículo 2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal, cuya regulación les será de plena aplicación (apartado 1, párrafo tercero, de la disposición transitoria primera).

A partir de entonces, las SAGEP quedarían sometidas a las reglas del libre mercado al establecer la disposición transitoria primera que *"aquellas SAGEP que subsistan después del periodo transitorio lo harán en régimen de libre concurrencia, en su caso, con los centros portuarios de empleo y las demás empresas de trabajo temporal"* (apartado 1, párrafo cuarto, de la disposición transitoria primera)[12].

- Con el objeto declarado "de igualar la posición competitiva entre los accionistas de la SAGEP y la de los nuevos prestatarios del servicio" el apartado 4 de la disposición transitoria primera establece que, en el caso de que se produjera la extinción de contratos laborales de los trabajadores de las SAGEP vigentes antes de la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, por cualquiera de las causas contempladas en los artículos 51

[10] Según la disposición final quinta del Real Decreto-ley, su entrada en vigor tiene lugar al día siguiente de su publicación en el BOE, publicación que tuvo lugar el 13 de mayo de 2017.

[11] Así se establece en el apartado tercero de la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, "3… Los accionistas que deseen separarse podrán hacerlo antes de la finalización de dicho periodo, procediendo a la venta de sus acciones a los que deseen continuar, a prorrata de la participación de cada uno de ellos, y los accionistas que decidan continuar deberán adquirirlas por su valor neto contable. Si la venta no pudiese efectuarse en todo o en parte en el plazo máximo de seis meses desde la comunicación de separación, las correspondientes acciones serán amortizadas con cargo a la SAGEP, con la consiguiente reducción del capital."

[12] Como alternativa a las SAGEP transformadas o a las ETT, el artículo 4 del RD-Ley 8/2017, prevé la existencia de los Centros Portuarios de Empleo (CPE) de creación potestativa, sometidas a la normativa reguladora de las ETT, cuyo objeto será "el empleo de los trabajadores portuarios en el servicio portuario de manipulación de mercancías, así como su cesión temporal a empresas titulares de licencia…".

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

y 52 del Estatuto de los Trabajadores, la Autoridad Portuaria correspondiente asumirá obligatoriamente el 100% de las indemnizaciones procedentes por esta causa por el periodo correspondiente hasta la extinción de los contratos o hasta el fin del período transitorio si fuera anterior[13].

- Por último, la disposición transitoria segunda establece que durante el periodo transitorio todas las empresas estibadoras, permanezcan o no a la SAGEP, deberán cubrir con trabajadores vinculados con ella un porcentaje mínimo de sus actividades de estiba en cómputo interanual, que será del 75% el primer año, del 50% el segundo año y del 25% el tercer año.

13. La Disposición adicional primera del RDL de 2017 prevé que las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a este nuevo régimen en el plazo de un año, **siendo nulas de pleno derecho** las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan dicha obligación, **restrinjan la libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías o de los servicios comerciales o limiten la competencia**[14].

Desde el 29 de julio de 2013 resulta aplicable el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (IV Acuerdo marco) suscrito por ANESCO, en representación de las empresas del sector y por los sindicatos CETM, UGT, CC.OO. y CIG en representación del colectivo laboral afectado[15].

Este acuerdo vino precedido del fallido IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, suscrito el 26 de julio de 2007, por ANESCO, y los sindicatos CIG, CETM y LAB, que fue declarado en parte contrario a la normativa de competencia tanto nacional como europea por parte del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en resolución confirmada por el Tribunal Supremo[16].

Tras la entrada en vigor del RDL de 2017, el IV Acuerdo Marco fue objeto de una modificación que es la analizada en el expediente que da lugar a esta cuestión y cuyo contenido se expone en el siguiente apartado.

[13] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En particular, el artículo 51 hace referencia a los supuestos de despido colectivo y el artículo 52 al despido por causas objetivas.

[14] Esta disposición fue luego modificada por la disposición final 43ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado de 2018. Esta última disposición, a su vez, fue derogada por el Real Decreto-ley 9/2019.

[15] Publicado en el BOE nº26 de 30 de enero de 2014, mediante Resolución de 17 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo.

[16] CNC, Resolución de 24 de septiembre de 2009, expediente 2805/07 EMPRESAS ESTIBADORAS, Sentencia del Tribunal Supremo 538/2016, de 8 de marzo (recurso de casación 1666/2013).

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

14. Antes de finalizar la tramitación del expediente sancionador de la CNMC que da lugar a esta cuestión, el 31 de marzo de 2019 entró en vigor el Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo (RDL de 2019)[17]. Su Exposición de Motivos manifiesta:

> *Por tanto, resulta esencial y urgente completar la regulación incluida en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, con los mismos principios que inspiraron el mismo. Es decir, con el objetivo de conjugar los principios de libertad de contratación con los derechos de los trabajadores, de manera que se produzca un tránsito ordenado al nuevo marco en el que la aplicación de los principios del Derecho de la Unión Europea inspiradores de la libertad de competencia se lleve a efecto sin menoscabo de los derechos laborales básicos de los trabajadores y, sobre todo, sin merma del empleo en el sector.*

A los efectos que interesan a este procedimiento, cabe destacar, en primer lugar, que esta norma otorga a los agentes sociales la **posibilidad** de establecer por medio de acuerdos o convenios colectivos una subrogación obligatoria del personal de las SAGEP para casos en los que las empresas deseen separarse de estas, convertirse en CEP o disolverse.

En particular, el artículo 4 del RDL de 2019 recoge lo siguiente:

> 1. Con el fin de garantizar el principio de estabilidad en el empleo, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales podrán establecer, mediante un acuerdo o un convenio colectivo, las medidas de subrogación necesarias para el mantenimiento del empleo de los trabajadores que, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, estuvieran prestando servicios portuarios de manipulación de mercancías y sigan prestándolos a la entrada en vigor del presente, en los supuestos previstos en los siguientes apartados.
>
> 2. Cuando las empresas titulares de licencias del servicio portuario de manipulación de mercancías opten por dejar de ser accionistas de la SAGEP, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, produciéndose el decrecimiento de la actividad de esta última, procederá la aplicación del mecanismo subrogatorio cuando así se acuerde conforme a lo dispuesto en el apartado 1. Igual facultad negociadora dispondrán las citadas organizaciones cuando los socios de las SAGEP opten por su disolución. El mecanismo subrogatorio que, en su

[17] Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, que modifica la ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario (publicado en el BOE de 30 de marzo de 2019 y vigente al día siguiente según su disposición final cuarta).

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

caso, pueda acordarse deberá ser transparente, objetivo y equitativo, de acuerdo con los principios y garantías que informan el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores[18].

[18] Artículo 44. La sucesión de empresa.

1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito.

4. Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.

Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.

5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.

6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad, de los siguientes extremos:

a) Fecha prevista de la transmisión.

b) Motivos de la transmisión.

c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión.

d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.

8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.

9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho periodo de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del periodo de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4.

10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en este artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

3. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, en los casos en que conforme a la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, las SAGEP opten por transformarse en centros portuarios de empleo, el nuevo centro portuario se subrogará en la posición de empleador de los trabajadores de las SAGEP una vez consumada la sucesión de la actividad relativa al empleo de trabajadores de la estiba portuaria para su puesta a disposición, de forma temporal, entre empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

4. Las facultades conferidas por el presente artículo a los agentes sociales, podrán ejercerse exclusivamente durante el periodo transitorio establecido en el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo.

15. Cabe además recordar que esta norma con rango Ley extiende el plazo para el ejercicio del derecho de separación a todo el periodo transitorio previsto en la disposición transitoria primera del RDL de 2017, esto es, hasta 14 de mayo de 2020)[19].

III. EXPOSICIÓN CONCISA DEL OBJETO DEL LITIGIO Y DE LOS HECHOS PERTINENTES

16. El 3 de noviembre de 2017, la Dirección de Competencia de la CNMC incoó el procedimiento sancionador S/DC/0619/17, *ACUERDO MARCO DE LA ESTIBA.* El mismo se inicia contra:

- La Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO) que ostenta el 100% de la representación empresarial.

- Los sindicatos: Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (CETM) con 78,70% de representatividad en el acuerdo alcanzado; Unión General de Trabajadores (UGT) con 7,87%; Comisiones Obreras (CCOO) con 4,17%; Langile Abertzaleen Batzordeak (LAB) con 2,31%; Confederación Intersindical Galega (CIG) con 1,39% y Eusko Langileen Alkartasuna (ELA) con 0,93%.

17. Los hechos por los que se incoa el expediente se resumen a continuación.

que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquellos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.

[19] Cabe recordar que según dicha disposición transitoria, el derecho de separación por parte de los accionsitas de la SAGEP solo podía ejererce durante los primeros seis meses del periodo transitorio de 3 años, es decir, hasta el 14 de noviembre de 2017.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

Tras la entrada en vigor del RDL de 2017, se constituye una Comisión Negociadora para aprobar el "V Acuerdo Marco Estatal para la regulación de las relaciones laborales del sector de la estiba portuaria" y para modificar parcialmente el IV acuerdo, vigente, hasta que se consiga el objetivo principal[20].

Para conseguir "que los sindicatos se comprometan a mantener la paz social durante ese periodo" ANESCO y sus empresas asociadas "se comprometen a garantizar el 100% del empleo de los estibadores portuarios contratados por las SAGEP hasta el 30 de septiembre de 2017"[21]:

El 6 de julio de 2017, se celebró la reunión en la que se adoptó la modificación puntual del IV Acuerdo Estatal, que consistió en la adición de una disposición adicional séptima, con la siguiente redacción[22]:

> *Sexto. Acuerdo de modificación del IV-ASE, mediante la adición de una nueva disposición adicional.*
>
> *[...]*
>
> *Disposición adicional séptima.*
>
> *Aquellas empresas que opten por decidir su separación de la SAGEP en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 8/2017,* ***se subrogarán*** *el personal de la estiba portuaria, que a fecha de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley integraba la plantilla de la SAGEP,* ***en proporción a su participación accionarial en la correspondiente sociedad.*** *En consecuencia, el citado personal, tendrá derecho a su incorporación voluntaria en dichas empresas estibadora en las mismas condiciones laborales individuales y colectivas que posee actualmente. Este supuesto se regirá, por analogía, por lo previsto en el artículo 44 del estatuto de los trabajadores para la sucesión de empresas y seguirán rigiéndose por el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE número 26, de 30 de enero de 2014), incluida la presente modificación y otras que se acuerden, y por los convenios colectivos sectoriales del puerto en vigor a la fecha de la firma de esta disposición adicional o sus modificaciones posteriores, hasta su sustitución por el V Acuerdo o por los nuevos convenios colectivos sectoriales y de pluralidad de empresas u otros que resulten aplicables.*

[20] Acta de Constitución de la Comisión Negociadora del V Acuerdo Marco Estatal de la reunión de 1 de junio de 2017, aportada por ANESCO en contestación a requerimiento de información realizado por la DC.

[21] Acta de la Comisión Negociadora del V Acuerdo Marco Estatal reunida el 29 de junio de 2017, aportada por ANESCO en contestación a requerimiento de información realizado.

[22] Acta de la reunión de 6 de julio de 2017 de modificación del IV Acuerdo del sector de la estiba portuaria, aportada por ANESCO y publicada mediante Resolución de 7 de julio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica como convenio colectivo (BOE 170 de 18 de julio de 2017).

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIG
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
RMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

En el caso de que todas las empresas decidan la separación de la SAGEP y, por tanto, se proceda a su liquidación, igualmente, los trabajadores tendrán derecho a la subrogación en las empresas estibadoras según su porcentaje de participación en el capital de la SAGEP.

Antes de que se ejecute por las empresas las decisiones de separación de la SAGEP, deberán informar a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal, que incorpora a sus competencias la emisión de informe preceptivo sobre sus efectos y sobre el sistema de asignación de trabajadores a cada empresa que se pactará en el ámbito estatal. Asimismo, la Comisión Paritaria Sectorial Estatal asume la competencia de interpretación y resolución de conflictos de la presente disposición adicional.

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

Este acuerdo fue votado favorablemente por la parte empresarial (ANESCO). Por la representación sindical contó con el voto favorable de CETM, UGT, CC. OO. y CIG (lo que supone el 96,601% de la representatividad sindical). Se publicó como convenio colectivo estatutario de los previstos en el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores[23].

18. Posteriormente, se llevaron a cabo otras dos modificaciones puntuales que atendían al objetivo común de imponer la subrogación convencional para garantizar el 100% del empleo a los trabajadores de las SAGEP en los casos de separación de sus accionistas:

- La modificación del artículo 19 del IV Acuerdo relativo a la Comisión Paritaria Sectorial Estatal que atribuía a esta comisión nuevas funciones respecto de la subrogación del personal estibador, consistentes en: *"5) Las de interpretación de las condiciones de subrogación estipuladas en el presente convenio colectivo y resolución de discrepancias y, en su caso, mediación, surgidos en los procesos de subrogación y determinación de excedentes estructurales, así como conocer, con carácter previo a la vía jurisdiccional, de las discrepancias, controversias y reclamaciones que puedan suscitarse, individual y colectivamente, como consecuencia de la aplicación de los procesos regulados en la Disposición Adicional séptima".*

- La modificación de la disposición adicional séptima del IV Acuerdo, añadiendo un apartado segundo en relación con las condiciones de asignación de los trabajadores subrogados por la empresa que decida separarse de la SAGEP *"con el fin de que la*

[23] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE nº 255, de 24 de octubre de 2015.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

posición competitiva de dichas empresas no se vea perjudicada tras su separación"[24].

En virtud de esa modificación la incorporación voluntaria (para los estibadores) a la empresa estibadora que se separe de la SAGEP en virtud de lo previsto en la disposición transitoria primera del RDL de 2017, se deberá regir por los siguientes principios:

- la más estricta neutralidad en relación con la situación anterior a la separación y evitando, en particular, que la posición competitiva de las empresas que ejerzan dicho derecho se vea perjudicada tras su separación.

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

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

La información sobre la distribución por categorías y especialidades de trabajadores empleada por la empresa separada de la SAGEP durante los doce meses anteriores a la fecha de la comunicación de separación se considerará estrictamente confidencial para el resto de empresas y solo será conocida por los gestores de la SAGEP, que asumirán un compromiso de reserva sobre la información facilitada.

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

- Una vez determinados el número de trabajadores por categorías y, en su caso, especialidades, la SAGEP hará pública la oferta de subrogación de la empresa saliente. La aceptación de la oferta será voluntaria para los trabajadores y, en el caso de que el número de voluntarios sea

[24] Resolución de 7 de marzo de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo parcial de modificación del IV Acuerdo (BOE 63 de 13 de marzo de 2018), que fue aprobado por la Comisión negociadora del IV Acuerdo con el mismo apoyo que el acuerdo de modificación aprobado en fecha 20 de diciembre de 2017.

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

superior al de puestos a cubrir por cada categoría y especialidad, tendrá preferencia, alternativamente, el de mayor y menor antigüedad en la SAGEP.

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

19. Durante los seis meses previstos por el RDL de 2017 para solicitar la separación de la SAGEP, solo una empresa estibadora realizó la solicitud, en concreto de la SAGEP del Puerto de Sagunto (en adelante, SESASA)[25]. La entidad lo comunicó a SESASA el 13 de noviembre de 2017. Los motivos expuestos para ejercer su derecho de separación han sido los siguientes: la insuficiencia del servicio prestado por SESASA; la incompatibilidad entre las especialidades de los estibadores requeridas por la entidad para su operativa y la organización de asignación de especialidades de la SESASA; el incumplimiento de los pactos alcanzados en 2011 con el Comité de Empresa y la inseguridad jurídica y laboral de cara al futuro, dada las diferencias de los plazos concesionales con otros socios de la SAGEP.

A partir del momento en el que la entidad comunicó su intención de separarse de SESASA, tanto ella como otras empresas pertenecientes a su grupo, han sido objeto de una serie de actos que han perjudicado notablemente su negocio y competitividad y que la Dirección de Competencia considera que podrían ser constitutivos de boicot (reducción del rendimiento de los trabajadores contratados por mediación de SESASA; pérdida de clientes, a causa de la imposibilidad de ofrecer un servicio competitivo como consecuencia del acreditado descenso del rendimiento de los trabajadores cedidos por SESASA y otras conductas que podrían ser constitutivas de boicot).

Iniciado el procedimiento de separación de la SAGEP y en aplicación del IV Acuerdo modificado, se inicia el correspondiente procedimiento para hacerse efectiva la subrogación convencional y se convoca la Comisión paritaria sectorial que informa de que *"en dichas reuniones se consensuó que <u>el número de trabajadores a subrogar es de 19, con las siguientes</u>*

[25] En el Puerto de Vilagarcia de Arosa, una empresa habría comunicado su interés de separarse de la SAGEP, pero sin que se tenga información de su efectiva tramitación. Igualmente, las empresas socias de las SAGEP de Ferrol, Coruña y Marín, han anunciado su intención de disolverlas, si bien no se ha adoptado aún ningún acuerdo al efecto.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIG
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
RMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

categorías y especialidades: 2 capataces, 3 clasificadores, 3 operadores de grúas portainer, 5 mafistas, 4 carretilleros y 2 estibadores. Como quiera que el número de voluntarios era superior al de trabajadores a subrogar, se acordó efectuar la asignación de personal conforme al criterio previsto en el apartado (v) de la citada disposición adicional, de donde resultó un listado nominal de estibadores, en relación con el que concurría la conformidad de todas las partes".

El número concreto de trabajadores asignados a la solicitante corresponde al 19,02% de su participación en el accionariado de la SAGEP.

20. Los hechos descritos son calificados por la Dirección de Competencia como una conducta prohibida por el artículo 101 del TFUE y por el artículo 1 de la LDC.

La razón es que el RDL de 2017, en su disposición transitoria primera, permite a las empresas accionistas de las SAGEP ejercer su derecho a separarse de la misma, en un plazo de seis meses, de manera individual y voluntaria, sin más condicionamientos que la venta de sus acciones al resto de accionistas que decidan continuar en ella. Sin embargo, los operadores y los sindicatos llegan a un acuerdo (que se publica como convenio colectivo) en el que se habrían introducido una serie de obligaciones adicionales a las empresas como la imposición de la subrogación del personal estibador de la SAGEP, en proporción a la participación accionarial previa de la sociedad que se decida separar y con unas categorías laborales impuestas por una comisión integrada por representantes de las empresas activas en el mercado (competidoras de la solicitante) y la representación de los trabajadores.

Tales acuerdos implicarían, de acuerdo con la valoración realizada por la Dirección de Competencia, una imposición de condiciones comerciales entre operadores que, al ir más allá del ámbito propio de la negociación colectiva, constituirían una restricción al ejercicio del derecho de separación y por lo tanto a las condiciones de libre competencia que se pretendían garantizar con el cambio normativo acaecido tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El 12 de noviembre de 2018, la Dirección de Competencia dictó una propuesta de resolución, en la que concluía que la conducta constituye una medida injustificada, desproporcionada y discriminatoria que afecta a la libertad de contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y de la libertad de las empresas titulares de la licencia para la prestación de dicho servicio de participar o no en sociedades cuyo objeto social sea la puesta a disposición de los trabajadores, constituyendo una infracción del artículo

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, de la que serían responsables las entidades mencionadas.

La propuesta de resolución fue elevada al Consejo de la CNMC el 5 de diciembre de 2018.

21. Tal como se ha indicado en el apartado referido a las normas jurídicas, el RDL de 2019 contiene una expresa habilitación a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales para establecer, mediante un acuerdo o un convenio colectivo, "las medidas de subrogación necesarias para el mantenimiento del empleo de los trabajadores que, a la entrada en vigor del RDL de 2017, estuvieran prestando servicios portuarios de manipulación de mercancías". Es decir, ampararía en 2019 las subrogaciones realizadas desde la vigencia del RDL de 2017 y las que se produjesen hasta el fin de período transitorio.

Esta norma, tendría por tanto de facto un cierto efecto retroactivo en la medida en que pudiese suponer una validación de las determinaciones sobre subrogación llevadas a cabo con carácter previo a la vigencia del RDL de 2019 y afectando por tanto a la subrogación impuesta por la Comisión paritaria a que se ha hecho referencia y a los acuerdos contenidos en la modificación del IV acuerdo marco que dio lugar a la incoación del expediente sancionador que da lugar a esta cuestión prejudicial, en contra de lo que establecía el RDL de 2017 que, como recordábamos establece que "las normas convencionales vigentes deberán adaptarse a este nuevo régimen en el plazo de un año, **siendo nulas de pleno derecho** las disposiciones de los convenios colectivos que incumplan dicha obligación, **restrinjan la libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías o de los servicios comerciales o limiten la competencia"**.

22. Debe recordarse finalmente que el artículo 4 de la Ley española de competencia (LDC) dispone que, sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones europeas en materia de defensa de la competencia, la prohibición del artículo 1 de la LDC no se aplicará a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

IV. RAZONES QUE HAN LLEVADO AL ÓRGANO REMITENTE A PREGUNTARSE SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 101 DEL TFUE Y DE LA RELACIÓN QUE EXISTE ENTRE EL CITADO PRECEPTO Y LA NORMATIVA NACIONAL APLICABLE EN EL LITIGIO PRINCIPAL

23. El artículo 101 del TFUE prohíbe, del mismo modo que el artículo 1 LDC, cualquier acuerdo entre operadores económicos que tenga por objeto o efecto restringir la competencia en el mercado europeo.

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

Numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha mantenido que el citado precepto se aplica a los operadores que uniformizan las condiciones de prestación de servicios en el mercado y que el concepto de operador es un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea. Así se pronuncia en la sentencia de 22 de octubre de 2015 As. C-185/14, párrafo 37:

> *A este respecto procede señalar, en una primera fase, que, por un lado, a efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Por otro lado, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véase la sentencia Compass-Datenbank, C-138/11, EU:C:2012:449, apartado 35)*[26].

Ya ha aclarado por tanto el Tribunal que nada obsta a la aplicación de la normativa de competencia a entidades que agrupen a los trabajadores (por ejemplo las de naturaleza sindical) siempre que su actuación desborde de las cuestiones que les son propias y tenga como objeto o efecto la armonización de cuestiones comerciales.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999 (As. C- 67/96, Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie.- Petición de decisión prejudicial: Kantongerecht Arnhem - Países Bajos, en adelante sentencia Albany) niega la exclusión *per se* de los convenios colectivos de la aplicación de las normas de competencia, imponiendo a las autoridades de competencia un examen previo de la naturaleza y objeto del acuerdo antes de concluir si es o no de aplicación el artículo 101.1 del TFUE.

La sentencia Viking, relativa a las restricciones a la libertad de establecimiento derivadas de la aplicación de un convenio colectivo considera que, si bien la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un derecho fundamental que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, dichas medidas deben ser las adecuadas para obtener el objetivo legítimo y no deben ir más allá de lo necesario para conseguirlo[27]. El Tribunal no respalda una exención incondicionada *per se*, de lo que se

[26] Véase igualmente sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637, apartado 17). Sobre el concepto de actividad económica y el hecho de que abarca cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (sentencias de 24 de octubre de 2002, Aéroports de Paris/Comisión, C-82/01 P, Rec. p. I-9297, apartado 79; de 1 de julio de 2008, MOTOE, C-49/07, Rec. p. I-4863, apartado 22, y de 3 de marzo de 2011, AG2R Prévoyance, C-437/09, Rec. p. I-973, apartado 42).

[27] Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de diciembre de 2007, cuestión prejudicial en el Asunto C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v. Viking Line (2007) ECLI:EU:C:2007:772.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

deduce que no es suficiente que el acuerdo sea negociado entre interlocutores sociales para quedar excluido del ámbito de aplicación de las normas del Tratado, sino que es necesario que cumpla unos requisitos mínimos[28].

Por tanto, cuando el acuerdo o convenio va más allá de esos ámbitos (tales como las cuestiones relacionadas con los salarios, las vacaciones, la jornada laboral, la organización del trabajo), las autoridades de competencia, de acuerdo con la doctrina de la sentencia Albany, deberán analizar la naturaleza y objeto del mismo antes de decidir si cae bajo las normas de competencia o está excluido de las mismas. En ese análisis habrán de prestar especial atención no sólo a las materias que trate el convenio, sino también, a si establece obligaciones a terceros o afecta a otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva.

En la misma línea se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de la EFTA, de 19 de abril de 2016 (asunto E-14/15, Holship Norge AS contra Norsk Transportarbeiderforbund en sus párrafos 41 a 52). En ella el Tribunal manifiesta

> *"It is beyond question that certain restrictions of competition are inherent in collective agreements between organisations representing employers and workers. However, the social policy objectives pursued by such agreements would be seriously undermined if such agreements were prohibited because of their inherent effects on competition.*
> *Yet, to exclude all collective agreements from the reach of competition law would go too far. It would create a legal environment where collective agreements containing provisions restricting competition could be concluded, without there being any judicial review of such restrictions.*
> *(...)*
> *It is not sufficient that the broad objective of a collective agreement is recognised as seeking to improve conditions of work and employment, as individual provisions may be directed towards other purposes"*

En este sentido el Tribunal concluye que deben analizarse las condiciones caso por caso pero que no puede considerarse amparado un derecho de preferencia de unos trabajadores frente a

[28] Véase igualmente el asunto C-341/05, Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet (2007) ECLI:EU: C: 2007:809. La citada jurisprudencia ha ido evolucionando en un grupo de asuntos entre los que destacan el C-346/06, Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen (2008) ECLI:EU:C:2008:189 ; el C-319/06, Commission v. Luxembourg (2008) ECLI:EU:C:2008:350, y el C-115/14 RegioPost GmbH & Co. KG v Stadt Landau in der Pfalz ('RegioPost') ECLI:EU:C:2015:760 que hacen refencia fundamentalmente a cuestiones salariales sin que se alteren la consideraciones recogidas.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

otros ni el establecimiento de medidas de boicot para conseguir el objetivo de aprobar el convenio.

24. El RDL de 2019 ampararía, declarando que lo hace en aras de garantizar el respeto a los derechos laborales de los trabajadores de la estiba que estaban vinculados con las SAGEP, la realización de convenios colectivos (entre operadores y representantes de los trabajadores) que contemplen la subrogación en los términos analizados (esto es imponiendo número, personas o porcentajes para esa subrogación que resultan ajenos a las necesidades de las empresas al tener en cuenta las necesidades de la que se disuelve e incluso incluyendo cuestiones como las diferentes categorías profesionales y con la intervención de una comisión de seguimiento en que las empresas competidoras tiene un acusado protagonismo en las decisiones que se adoptan).

También es reiterada la jurisprudencia que reconoce el principio de primacía del derecho de la UE sobre el derecho nacional. Incluso el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en el Asunto CIF manifestando[29]:

> *51. **A este respecto**, es irrelevante que, en el supuesto de que la normativa nacional obligue a las empresas a adoptar comportamientos contrarios a la competencia, no se pueda imputar también a estas últimas la infracción de los artículos 81 CE y 82 CE (véase en este sentido la sentencia Comisión y Francia/Ladbroke Racing, antes citada, apartado 33). En efecto, las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de los artículos 3 CE, apartado 1, letra g), 10 CE, 81 CE y 82 CE, que son distintas de las que imponen a las empresas los artículos 81 CE y 82 CE, no obstante subsisten, de modo que la autoridad nacional de defensa de la competencia sigue estando obligada a excluir la aplicación de la medida nacional controvertida.*
> *52. Por el contrario, en relación con las sanciones que pueden imponerse a las empresas implicadas, es preciso establecer una distinción doble, en función de si la normativa nacional elimina o no la posibilidad de una competencia que todavía pueda ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas y, en el primer caso, en función de si los hechos que se examinan son anteriores o posteriores a la declaración de la autoridad nacional de defensa de la competencia de excluir la aplicación de la citada normativa nacional.*

[29] STJUE de 9 de septiembre de 2003, en el asunto C-198/01 (CIF), ECLI:EU:C:2003:430, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48552&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8869564

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

53. En primer lugar, si una ley nacional elimina la posibilidad de una competencia que pueda ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas, procede señalar que, so pena de vulnerar el principio general del Derecho comunitario de la seguridad jurídica, la obligación, a cargo de las autoridades nacionales de defensa de la competencia, de descartar la aplicación de dicha ley contraria a la competencia no puede suponer que las empresas implicadas se expongan a ser sancionadas, tanto si se trata de sanciones de naturaleza penal como administrativa, por un comportamiento pasado, en la medida en que la citada ley imponía dicho comportamiento.

55. En cuanto a la sanción de los comportamientos futuros de empresas *hasta entonces obligadas por una ley nacional a adoptar comportamientos contrarios a la competencia, es importante destacar que, desde el momento en que la decisión de la autoridad nacional de defensa de la competencia por la que se declara la infracción del artículo 81 CE y se excluye la aplicación de dicha ley nacional contraria a la competencia se convierte en definitiva frente a ellas, dicha decisión es vinculante para las empresas implicadas. A partir de entonces las empresas ya no pueden alegar que estaban obligadas a infringir las normas comunitarias en materia de competencia. Por tanto, su comportamiento futuro puede ser objeto de sanciones.*

58. Por consiguiente, *a la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que, ante comportamientos de empresas contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, que vienen impuestos o se ven favorecidos por una normativa nacional que legitima o refuerza sus efectos, en concreto por lo que atañe a la fijación de los precios y al reparto del mercado, una autoridad nacional de defensa de la competencia, que tiene encomendada, entre otras, la tarea de velar por el respeto del artículo 81 CE:*

- *está obligada a excluir la aplicación de dicha normativa nacional;*
- *no puede imponer sanciones a las empresas implicadas por comportamientos realizados cuando era la propia normativa nacional la que exigía dichos comportamientos;*
- *puede imponer sanciones a las empresas implicadas por sus comportamientos posteriores a la decisión de excluir la aplicación de dicha normativa nacional, una vez que esta decisión se ha convertido en definitiva frente a ellas;*
- *puede imponer sanciones a las empresas implicadas por comportamientos realizados cuando la citada normativa nacional simplemente los fomentaba o facilitaba, siempre que tenga debidamente en cuenta las particularidades del marco normativo en el que actuaron las empresas.*

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

25. Siendo este precedente de extraordinaria relevancia al supuesto analizado, esta Sala considera que no cabe realizar una aplicación directa de la jurisprudencia establecida por la citada sentencia, ya que los hechos de ambos casos no son, como se ha podido comprobar, coincidentes, en la medida en que en el asunto CIF la normativa nacional imponía obligaciones a las empresas mientras que en el supuesto que nos ocupa tan solo se permite a los operadores llegar a acuerdos amparados por los convenios colectivos. Además, y sobre todo, en el supuesto que sirve de precedente a la posible inaplicación de la normativa nacional y a la imposición de sanciones por conductas posteriores a la decisión de inaplicación de la normativa nacional, no se recoge amparo alguno relacionado con los convenios colectivos.

26. Todo cuanto antecede lleva a esta Sala a plantearse, considerando la regulación aplicable al caso, la interpretación que debe ofrecerse del artículo 101 del TFUE para determinar si la conducta realizada en el supuesto objeto del expediente (lo mismo que sucedería con otras posteriores de contenido y efecto equivalente) podría considerarse subsumible en la prohibición del párrafo primero del precepto o podría considerarse excluida del mismo.

27. Por otro lado, se entiende que así mismo puede ser relevante en el supuesto que nos ocupa la jurisprudencia establecida por el TJUE en el asunto Fratelli Costanzo (sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, asunto 103/88, ECLI:EU:C:1989:256, apartados 28 a 33), ratificada posteriormente en sentencias como la de 12 de enero de 2010, Petersen (C-341/08, ECLI:EU:C:2010:4), apartado 80, o de 14 de septiembre de 2017, The Trustees of the BT Pension Scheme (C-628/15, ECLI:EU:C:2017:687), apartado 54, según la cual las autoridades administrativas de los Estados miembros tienen la obligación de garantizar la plena eficacia de estas disposiciones dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición nacional contraria sin solicitar o esperar la derogación previa de dicha disposición nacional por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional.

En este contexto, a los efectos de poder dictar una resolución en el procedimiento sancionador de referencia, de acuerdo con la propuesta elevada por la Dirección de Competencia y las alegaciones de las partes, a la vista de la promulgación del RDL de 2019 se plantea la siguiente cuestión prejudicial.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

V. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

- ¿Debe el artículo 101 del TFUE interpretarse de forma que se consideren prohibidos los acuerdos entre operadores y representantes de los trabajadores, incluso bajo la denominación de convenios colectivos, cuando determinan la subrogación de los trabajadores vinculados con la SAGEP por parte de las empresas que se separan de ella y el modo en que la citada subrogación se realiza?

- En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea positiva, ¿debe interpretarse el artículo 101 del TFUE en el sentido de que se opone a disposiciones del Derecho interno como las contenidas en el Real Decreto-ley 9/2019 en la medida en que ampara los convenios colectivos que imponen una determinada forma de subrogación de trabajadores que desborda las cuestiones laborales y genera una armonización de condiciones comerciales?

- En caso de considerar que las citadas disposiciones legales resultan contrarias al Derecho de la Unión, ¿debe interpretarse la jurisprudencia de ese Tribunal sobre la primacía del Derecho de la UE y sus consecuencias, contenidas entre otras en las sentencias Simmenthal y Fratelli Costanzo, en el sentido de obligar a un organismo de Derecho Público como la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a dejar inaplicadas las disposiciones del derecho interno contrarias al artículo 101 del TFUE?

- En el caso de que la respuesta a la primera pregunta sea afirmativa, ¿deben interpretarse el art. 101 TFUE y el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y la obligación de asegurar la efectividad de las normas de la UE, en el sentido de requerir de una autoridad administrativa como la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia la imposición de multas sancionadoras y multas coercitivas a las entidades que llevan a cabo comportamientos como los descritos?

VI. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

27. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece en su artículo 22 las causas de suspensión del plazo máximo para resolver los procedimientos. Entre ellas, la letra g establece como causa de suspensión "cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, lo que habrá de comunicarse a los interesados, hasta que la Administración tenga constancia del mismo, lo que también deberá serles comunicado."

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

Por esta razón, la Sala acuerda la suspensión del procedimiento sancionador hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se haya pronunciado al respecto de esta cuestión prejudicial, lo que, de acuerdo con la Ley, será notificado a las partes.

Certifica en Madrid, 12 de junio de 2019

EL SECRETARIO DEL CONSEJO,

FIRMADO DIGITALMENTE -]

FIRMADO DIGITALMENTE -]

Fdo. Joaquim Hortalà i Vallvé

Expediente: S/DC/0619/17 ID: SWBV17 Copia auténtica

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIG

RMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM