



Roj: **SAN 1220/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1220**

Id Cendoj: **28079230062023100152**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/02/2023**

Nº de Recurso: **744/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso: 0000744 /2018**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 07079/2018**

**Demandante: PEREZ TORRES MARITIMA SL**

**Procurador: DÑA. GLORIA MESSA TEICHMAN**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidenta:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil veintitrés.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **744/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por la entidad **PÉREZ TORRES MARÍTIMA, S.L.** representada por la procuradora doña Gloria Messa Teichman contra la resolución de 26 de julio de 2018, expediente S/DC/0596/16 ESTIBADORES VIGO, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le imponía una sanción por importe de 490.000 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.**- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.**- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando que «[s]e estime el recurso contencioso administrativo presentado y se declare nula, anule o deje sin efecto la resolución recurrida, por las razones expuestas en la presente demanda [...]».

**TERCERO.**- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

**CUARTO.**- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 18 de enero del año en curso en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Es objeto del presente recurso, deducido por la entidad PÉREZ TORRES MARÍTIMA, S.L. contra la resolución de 26 de julio de 2018, expediente S/DC/0596/16 ESTIBADORES VIGO, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le imponía una sanción por importe de 490.000 euros.

En la parte dispositiva de dicha resolución, se indicaba:

« [P]RIMERO.-Declarar acreditada una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, consistente en la adopción de acuerdos con el fin de armonizar las condiciones de contratación de las empresas estibadoras con el fin de reservar en exclusiva o limitar de manera injustificada en favor del personal de la SAGEP de Vigo la prestación de los servicios de (i) embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular y, (ii) de recepción y entrega de mercancías, desde la entrada en vigor de la Ley 33/2010 hasta 2016.

SEGUNDO. Declarar responsables de dicha infracción a PÉREZ TORRES MARÍTIMA, S.L., (...)

TERCERO. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en la infracción a la que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:

- PÉREZ TORRES MARÍTIMA, S.L.: 490.000 euros [...]».

Como resumen de los hitos más relevantes podemos señalar que:

1.- El 31 de agosto de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito remitido por la Autoridad Portuaria de Vigo (APV), por el que se daba traslado la comunicación realizada el 19 de julio de 2016 de este organismo, en el que se ponía de manifiesto la firma, el 1 de marzo de 1996, de un pacto extra-estatutario denominado Convenio Colectivo SEED de 1996, entre las empresas estibadoras que participaban en el capital social de la Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Vigo, S.A. (SEED, en la actualidad, Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios, SAGEP de Vigo), que podría resultar contrario al IV Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector de la Estiba Portuaria (BOE de 30 de enero de 2014) y contravenir la resolución de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), de 24 de septiembre de 2009, referente al antiguo IV Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector de la Estiba Portuaria; y a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2016.

2.- La denuncia dio lugar al inicio de una información reservada durante la cual se practicaron requerimientos y se solicitó información a diversas empresas implicadas.

3.- El 24 de enero de 2017, la Dirección de Competencia (DC), tras valorar la existencia de indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas acordó la incoación del procedimiento sancionador de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por una infracción de su artículo 1 y del artículo 101 del TFUE, consistente en la firma y/o aplicación, por parte de las entidades del Acuerdo SEED firmado en el año 1996, cuyos ámbitos personal y funcional de aplicación desbordarían el propio reservado a las labores de estiba portuaria.

4.- Tras varias diligencias de investigación, el 8 de noviembre de 2017 la DC formuló el pliego de concreción de hechos (PCH).

5.- Presentadas las alegaciones por los interesados y recibido el informe preceptivo no vinculante del Consejo Galego de Competencia, el 21 de febrero de 2018 la DC elevó su informe y propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC para que se declarase « [l]a inexistencia de prácticas prohibidas al no entrar las conductas descritas dentro del ámbito de aplicación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE [...]».



6.- El 31 de mayo de 2018, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó un acuerdo mediante el que: (i) modificaba la calificación propuesta por la DC en virtud de lo establecido en el artículo 51.4 de la LDC, por entender que los hechos habían sido valorados de forma incorrecta, debiendo calificarse como conductas contrarias al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE; (ii) requería a las entidades imputadas información sobre sus volúmenes de negocio total consolidado en el año 2017; y (iii) acordaba remitir a la Comisión Europea la información prevista en el artículo 11.4 del 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 101 y 102 del TFUE.

7.- Presentadas las alegaciones a la recalificación y la información sobre el volumen de negocios, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y aprobó, en su reunión de fecha 26 de julio de 2018, el acuerdo objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

**SEGUNDO.-** Son varios los motivos que invoca la recurrente para instar la anulación del acuerdo sancionador. Comienza el escrito de demanda haciendo referencia al régimen jurídico aplicable y su evolución, entremezclando alegaciones de corte jurídico que repite en la parte dedicada a los fundamentos de derecho del escrito rector.

Sostiene, en primer lugar, (i) la infracción del artículo 2.1 Ley de Defensa de la Competencia de 1989 y el artículo 4 de la Ley 15/2007 (LDC), de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en relación con los artículos 149 ley 48/2003, el artículo 155 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, y los artículos 1 LDC y 101 TFUE; en segundo, (ii) la vulneración del principio de legalidad y de tipicidad en el ámbito sancionador y la exención del artículo 4 LDC; (iii) y en tercero, la falta de tipicidad e indeterminación de la conducta infractora citando los artículos 24 y 25 de la CE. Estos tres primeros motivos pueden ser objeto de una respuesta conjunta, puesto que están conectados entre sí.

Antes de resolver estas primeras cuestiones es preciso aclarar algunos puntos que la demanda aborda como cuestiones fácticas o al menos identifica en la parte del escrito dedicada a fijar la descripción de hechos que pueden tener relevancia de cara a la respuesta que vamos dar.

La conducta sancionada se circunscribe, en síntesis, a seis empresas estibadoras y cinco sindicatos por pactar acuerdos que restringían la competencia en el Puerto de Vigo, encarecían precios y le hacían perder competitividad. Los pactos impedían el embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular, y la recepción y entrega de mercancías por parte de trabajadores que no formaran parte o estuvieran integrados dentro de la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) de Vigo.

De entre esas empresas imputadas y quien aquí recurre, PÉREZ TORRES MARÍTIMA, S.L., absorbió a PÉREZ TORRES MARÍTIMA VIGO, S.L., anteriormente denominada TERMINALES MARÍTIMAS DEL ATLÁNTICO, S.A., subrogándose en todos sus derechos y obligaciones. Esta compañía fue constituida en Vigo en el año 2001, siendo sus socios las compañías JESÚS DÁVILA Y CIA, S.A., BONIFACIO LOGARES, S.A. y PÉREZ TORRES Y CIA, S.L., entrando en ese mismo año a formar parte del accionariado de la extinta SEED. PÉREZ TORRES Y CIA, S.L., absorbida en el año 2005 por otra empresa del grupo PÉREZ TORRES OPERACIONES PORTUARIAS FERROL, S.L. que en ese mismo año cambió su denominación por la actual PÉREZ TORRES MARÍTIMA, S.L. y que se convertiría en 2010 en socia única de TERMINALES MARÍTIMAS DEL ATLÁNTICO, S.A. Tras ello se procedió a cambiar la denominación social de TERMINALES MARÍTIMAS DEL ATLÁNTICO, S.A. por PÉREZ TORRES MARÍTIMA VIGO, S.L., a quien dio de alta la Autoridad Portuaria de Vigo como empresa estibadora en enero del 2013. El objeto social es « *la realización de servicios portuarios relacionados con la recepción, embarque, desembarque y entrega de mercancías de todo tipo y, en especial, a toda clase de operaciones de elevación a bordo, colocación en el interior del buque y descenso a tierra de toda clase de cargamentos, así como las operaciones de manutención en muelle, desplazamiento en la zona portuaria, almacenaje y depósito y, en general todas las operaciones que preceden y siguen al embarque y desembarque de las mercancías*».

El objeto social y la actividad de la recurrente coincide o se integra dentro del marco de actuación empresarial, comercial, mercantil y geográfica en que la CNMC detecta e investiga la conducta colusoria.

**TERCERO.-** Tampoco podemos obviar el contexto normativo en el ámbito de la estiba, los pronunciamientos del TJUE sobre la materia, así como las necesidades de cambios en el régimen jurídico aplicable, porque han revelado una pertinaz conducta anti colusoria de varios de los agentes, operadores y empresas implicadas en el sector de la carga y descarga de mercancías en esa área portuaria.

Tradicionalmente se ha establecido una reserva exclusiva de las tareas de servicio portuario de manipulación de las mercancías en favor de los trabajadores pertenecientes a las sociedades de gestión en sus distintas configuraciones, en la SEED en el año 1986, en la APIE en 2003 (con la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general), y la SAGEP en el 2010

[Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003 y el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre].

Esta estructura y reserva material en el régimen de las actividades relacionadas con la carga y descarga de mercancías portuarias se ha mantenido hasta la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2017. Nos referimos a reserva material cuando el régimen jurídico hasta entonces vigente y a pesar de la liberación del sector, establecía un doble listado de mercancías y actividades que quedan excluidas del ámbito de la estiba el embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular, que tenían la consideración de servicio comercial.

La última reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 8/2017, es consecuencia de la STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-56/13, que constató la infracción cometida por el Reino de España en este concreto sector y mercado, y declaró contrario a la libertad de establecimiento el régimen regulador de la gestión de los trabajadores para los servicios de estiba hasta entonces vigente en España. El Tribunal consagra el principio de libertad de contratación de trabajadores, ya que no será necesario que los titulares de la correspondiente licencia participasen en ninguna empresa cuyo objeto social fuera la puesta a disposición de trabajadores portuarios. Sin embargo, la reserva material a la que nos hemos referido, que excluía a los llamados servicios complementarios de la estiba, parecía permitir un marco de legalidad que estas empresas pudieran seguir prestando sus «servicios» para estas actividades complementarias.

Dijo el Tribunal que el Reino de España había incumplido las obligaciones en relación con la libertad de establecimiento al imponer a las empresas de otros Estados miembros que desearan desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general, tanto la obligación de inscribirse en una SAGEP y participar en el capital de esta, como contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por la SAGEP, y a un mínimo de esos trabajadores sobre una base permanente.

Con el Real Decreto-ley 8/2017 se pretendió dar cumplimiento a esta sentencia derogando este régimen de contratación para la prestación de servicios de estiba, bajo el prisma del principio de libertad de contratación de trabajadores, sin que fuera necesario que participaran en ninguna empresa cuyo objeto social fuera la puesta a disposición de trabajadores portuarios. Y para ello deja sin efecto el artículo 130.3.c) del TRLPEMM que excluía del ámbito del servicio de manipulación de mercancías los servicios de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular, reintegrándose al ámbito natural propio del servicio de manipulación de mercancías.

No obstante, llama la atención por su falta de explicación, las razones por las que el Real Decreto Ley fijó un periodo transitorio de tres años. Una vez finalizado este periodo transitorio, las SAGEP podrían seguir desarrollando su actividad en régimen de libre competencia, pero siempre que cumplan los requisitos establecidos para las empresas de trabajo temporal, lejos del sistema cautivo que venían utilizando.

Es decir, que condenado el Reino de España por incumplir las normas de competencia por una sentencia del TJUE de año 2014, no se restablece, si se nos permite la expresión, un régimen jurídico compatible con la libre competencia hasta el año 2020, lo que a priori y sin mayores explicaciones que el Real Decreto-Ley no nos ofrece, resulta a todas luces difícil de comprender.

A la vista de la STJUE, y a pesar del énfasis de la demanda, resulta irrelevante de cara a la infracción imputada el que la Ley 33/2010 excluyera expresamente del ámbito de la estiba una serie de servicios que pasaban a considerarse complementarios de las labores de carga y descarga de las mercancías: (i) el embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular y (ii) la entrega y recepción de mercancías, puesto que en ambos casos solo se explica para reconducir la prestación de estas actividades de manera cautiva a través del objeto la SAGEP.

Esto explica que, ante el intento de liberación que se introdujo en el año 2010, tuviera lugar el 11 de mayo el acuerdo entre representantes de la APV, el Comité de Empresa de la SEED, la gerencia de la SEED y empresas estibadoras LÍNEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS S.A., BERGÉ MARÍTIMA S.L., ESTIBADORA GALLEGA S.A., TERMINALES MARÍTIMAS DE VIGO, S.L.U., TERMINALES MARÍTIMAS DEL ATLÁNTICO S.L., donde llegaron a un acuerdo para mantener la reserva de actividad que existía hasta entonces a las actividades que iban a ser liberalizadas, centrándose en la exención legalmente prevista para la prestación de los servicios comerciales referidos al tráfico de vehículos nuevos, camiones, maquinaria y actividades que seguirían siendo prestadas a través de los trabajadores de la SEED.

En este contexto debemos destacar dos hechos relevantes: (i) el acuerdo de 12 de junio de 2013, con el objeto de poner un límite a la contratación de personal ajeno a la SAGEP para la prestación del servicio de manipulación de vehículos; y (ii) la aprobación, el 16 de febrero de 2016, por la APV de los pliegos para la prestación del servicio comercial de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular.



**CUARTO.**- Tras esta necesaria introducción que revela como se comportaba el mercado, concluimos que las dudas a las que se refieren los primeros tres motivos del escrito de demanda en torno a la tipificación de la conducta imputada vienen auspiciadas por la inicial calificación de la DC.

Consideró la DC que los acuerdos enjuiciados no entraban dentro del ámbito de aplicación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, al considerar que los mismos no constituían acuerdos adoptados propiamente entre empresas. Se trataba de acuerdos negociados dentro de la SAGEP por las dos partes implicadas, la empresa y sus trabajadores, siendo acuerdos intra-empresa de los que habría tenido conocimiento APV. También apreció que el Comité de Empresa no reunía los requisitos exigidos por la LDC para ser sujeto infractor, pues no tenía la condición de persona jurídica, y sus miembros, que eran personas físicas (trabajadores), tampoco reunían la condición de directivos ni ocupaban ningún cargo de responsabilidad en la empresa (SAGEP). Añadió que este problema de imputabilidad resultaba también de no haberse podido acreditar la participación directa de los sindicatos incoados en las decisiones adoptadas por los miembros del Comité de Empresa de la SAGEP, pese a conocer su afiliación y representación sindical.

En cuanto a las empresas estibadoras, la DC consideró que tampoco es posible declararlas responsables puesto que el objeto y contenido de los acuerdos analizados, al obligarse a seguir contratando personal de la SAGEP, resultaba en beneficio de los trabajadores de la SAGEP y en detrimento de sus clientes. Para ello entendió que, en un acuerdo colusorio exclusivamente entre las empresas estibadoras competidoras en el aprovisionamiento de mano de obra, estas se habrían beneficiado de evitar el monopolio de oferta de trabajadores en la actividad liberalizada. Razón por la que argumentaba que la SAGEP tampoco puede resultar sancionada.

En cuanto a la APV, como firmante de los acuerdos, entiende que tampoco su conducta era susceptible de constituir por sí sola una infracción de la normativa de defensa de la competencia. Añadió que su colaboración había sido importante en la investigación de la DC, aunque lamenta que no fuera más contundente en el cumplimiento de la normativa y en garantizar la eficiencia y competitividad del Puerto de Vigo. Sin embargo, y esta es una apreciación de la Sala, la resolución sancionadora abandona toda opción de imputar cualquier tipo de responsabilidad a la APV cuando era conocedora, sino facilitadora, desde sus inicios de estas prácticas colusorias.

La inicial calificación de la DC fue rectificada por la Sala de Competencia, rectificación que compartimos íntegramente, en cuanto que las conductas recogidas sí reflejan una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, tal y como pasa explicar, con detalle, el acuerdo sancionador.

Vistos los términos en que se sucedieron los acontecimientos, pocas dudas tenemos sobre la existencia del acuerdo de voluntades entre empresas competidoras y del alcance que, por su objeto, pudo producir en el mercado afectado, lo que encaja sin dificultad en la prohibición del artículo 1 de la LDC.

Tanto el Acuerdo SEED de 1996 como los Acuerdos posteriores de 2010 y 2013 celebrados entre partes constituyen acuerdos entre empresas competidoras que tuvieron por objeto una restricción a la competencia, consistente en la creación de una reserva en exclusiva para los trabajadores de la SEED y la SAGEP, de actividades complementarias a las de la estiba liberalizadas por la Ley 33/2010.

Tras la entrada en vigor de esta Ley no existía duda alguna de que las actividades complementarias a la estiba se rigen por el principio de libertad de contratación de trabajadores sin necesidad, por tanto, de la mediación de la SAGEP. Queda acreditado con el único fin de escapar de esta liberación del mercado, se mantuvo el Acuerdo SEED de 1996 y el Acuerdo de 2010 sobre los servicios complementarios, entre los que incluía la carga y descarga de vehículos nuevos sin matricular a favor de las empresas signatarias. Esto les permitía continuar controlando las condiciones de contratación de mano de obra asumiendo que el servicio fuera prestado, con la intermediación de la SAGEP, por estibadores de modo análogo a las demás actividades, hasta ese momento, propias de la estiba.

El Acuerdo de 2013 sigue en la misma línea de limitar la liberalización exigida por la Ley, aunque mantiene una reserva de actividad, no absoluta, ya que las partes se comprometen a permitir la contratación libre tan solo en los casos de excesos de demanda sobre la plantilla de la SAGEP « *una vez que la plantilla de la SAGEP hubiera doblado* » y siempre limitada a un número máximo de quince

Trabajadores, circunstancia esta última de la que ni tan siquiera tenemos referencia en la demanda ni constancia de que se llegara a producir.

**QUINTO.**- Dice la demanda que se ha vulnerado el principio de retroactividad de las normas sancionadoras favorables, puesto que en el momento de dictarse la resolución recurrida ya había entrado en vigor el Real Decreto ley 8/2017, de 12 de mayo de 2017, que integra de nuevo al ámbito de la estiba el embarque y desembarque de vehículos sin matricular.



No alcanza la Sala a comprender como conecta la demanda la pretendida retroactividad con la modificación legislativa. Es cierto que, tras la entrada en vigor de esta Ley, no existía duda alguna de que las actividades complementarias a la estiba se rigen por el principio de libertad de contratación de trabajadores sin necesidad, por tanto, de mediación de la SAGEP. Sin embargo, y como hemos visto al hilo de la jurisprudencia del TJUE, la restricción que de los servicios de estiba se hizo a favor de la SEED y luego de la SAGEP, tampoco resultaba compatible con un marco legislativo de la UE.

Lo que viene a corregir el Real Decreto Ley es una distorsión, por reserva material del mercado, contraria al Derecho de la Unión que solo se justifica desde la presión que, sobre esta actividad portuaria, ejercieron otros agentes y operadores.

**SEXTO.-** Se denuncia la vulneración del principio de culpabilidad, de responsabilidad y de proporcionalidad. Nada que objetar a los términos de motivación de la culpabilidad que hace la resolución impugnada, en cuanto identificó y determinó la participación y conocimiento de la actora en los acuerdos a los que ya nos hemos referido. Acuerdos en los que no solo participó, sino de los que se benefició como acertadamente describe el acuerdo sancionador al que nos remitimos sin necesidad de reproducirlo.

Cuando dice que se le ha privado de desplegar los medios de defensa no se concretan los términos en los que se materializa la supuesta indefensión. Al contrario, lo que revela el expediente administrativo y el contenido del escrito de demanda es que ha podido y ha alegado cuantos motivos ha considerado oportunos para rebatir el acto impugnado, sin restricción o limitación alguna.

La resolución sancionadora especifica e indica, respecto de la conducta sancionada, que la duración para todas las empresas se extiende desde el 27 de agosto de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2016. Determinó, a través de la información recibida de la actora, que la facturación del año 2017 ascendió a 80.669.586 euros, a los efectos de cuantificar el monto sobre el que calcular el importe de la sanción. Para su aplicación se tuvo en cuenta el volumen de negocios en el mercado afectado atribuido a la actora de 10.259.393 euros, lo que suponía un porcentaje del 14,4 %. Descartó la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes y le aplica un porcentaje de entre el 1 y el 10% correspondiente a las infracciones muy graves del 4%.

Las quejas sobre motivación y proporcionalidad en las sanciones impuestas por la CNMC en materia de competencia vienen siendo habituales y conocidas por las decisiones de esta Sala. En primer término, la cuantificación de la sanción se llevó a cabo siguiendo las líneas trazadas por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013E, que no vamos a reproducir por ser de sobra conocido por las partes que intervienen en este litigio. Siguiendo los parámetros de la citada sentencia y de los que no se aparta la resolución sancionadora, la cuantificación de la multa no carece de motivación ni tampoco resulta desproporcionada. Fija un porcentaje que sitúa por debajo de la media el tipo sancionador máximo, porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes respecto del valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión. No apreciamos desproporcionalidad entre los márgenes de los tipos sancionadores aplicados a las empresas intervinientes en el cártel que permitía corregir criterios arbitrarios o no razonados de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

En definitiva, son claros los elementos que sirven para explicar la decisión que toma la Administración en la cuantificación de la nueva sanción, así como una ponderada y explicada motivación. Debemos tener presente que esta Sala ha reiterado en varias sentencias, entre las que podemos recordar las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que « *[l]os criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC- Treuhand AG "a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 123/81). [...]*».

**SÉPTIMO.-** También debemos rechazar la infracción del principio de confianza legítima y buena fe, que sustenta en el conocimiento e intervención de la APV en todo el proceso.

El que la Administración en general fuera concedora de estas prácticas, en ningún caso ampara la conducta bajo el auspicio del principio de confianza legítima.

Hagamos un somero repaso de la relevancia de este principio en nuestro ordenamiento jurídico. Comenzaremos con la jurisprudencia del TJUE, que lo ha destacado como parte de los principios



fundamentales de la Unión (véase, en particular, la sentencia de 5 de mayo de 1981, Dürbeck, 112/80, Rec. p. 1095, apartado 48). Se ha afirmado que todo particular tiene el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima cuando se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria, al darle seguridades concretas, le hizo concebir esperanzas fundadas (sentencias de 16 de diciembre de 1987, Delauche/Comisión, 111/86, Rec. p. 5345, apartado 24; de 25 de mayo de 2000, Kögler/Tribunal de Justicia, C82/98 P, Rec. p. I3855, apartado 33; y de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión, C182/03 y C217/03, Rec. p. I5479, apartado 147). Además, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de junio de 1985, Pauvert/Tribunal de Cuentas, 228/84, Rec. p. 1969, apartados 14 y 15, y de 6 de febrero de 1986, Vlachou/Tribunal de Cuentas, 162/84, Rec. p. 481, apartado 6).

En la sentencia de 13 de febrero de 2019, asunto C434/17, se puntualizaba que « [34] En efecto, procede recordar que el principio de seguridad jurídica, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, exige, en particular, que las normas jurídicas sean claras, precisas y previsibles en cuanto a sus efectos (sentencia de 18 de noviembre de 2008, Förster, C158/07, EU:C:2008:630, apartado 67).

35 El imperativo de seguridad jurídica se impone con rigor especial cuando se trata de una normativa que puede implicar cargas financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que esta les impone (sentencia de 29 de abril de 2004, Sudholz, C17/01, EU:C:2004:242, apartado 34 y jurisprudencia citada).

36 también se ha declarado que, para respetar los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, las normas sustantivas del Derecho de la Unión deben interpretarse, en principio, en el sentido de que solo contemplan situaciones creadas con posterioridad a su entrada en vigor (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 2002, Falck y Acciaierie di Bolzano/Comisión, C74/00 P y C75/00 P, EU:C:2002:524, apartado 119). Así, el principio de seguridad jurídica se opone, en general, a que un acto de la Unión comience a producir efectos antes de su publicación o de su notificación, según proceda, puesto que el Tribunal de Justicia ha declarado que puede ocurrir de otro modo, con carácter excepcional, siempre que lo exija un fin de interés general y se respete debidamente la confianza legítima de los interesados (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 1982, Amylum/Consejo, 108/81, EU:C:1982:322, apartado 4, de 26 de abril de 2005, "Goed Wonen", C376/02, EU:C:2005:251, apartado 33 y jurisprudencia citada, y de 28 de noviembre de 2006, Parlamento/Consejo, C413/04, EU:C:2006:741, apartado 75 y jurisprudencia citada). [...]».

Tal y como se ha entendido la confianza legítima, se vincula al principio de seguridad jurídica y adquiere un rango de relevancia equiparable al de legalidad. En determinadas circunstancias es la seguridad jurídica la que prima sobre la legalidad ordinaria.

Dentro del ámbito doméstico la relevancia de la confianza legítima ha sido destacada por el Tribunal Constitucional como corolario del principio de seguridad jurídica, « [p]rotege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles [...]» entre otras muchas, la STC 82/2009.

Según esta doctrina, para determinar cuándo una norma puede vulnerar este principio ha de estarse a las circunstancias específicas que concurren en cada caso, tomando en consideración especialmente la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y el alcance de la misma, pues « [s]olo después de una ponderación de los distintos elementos en presencia es posible concluir si el art. 9.3 CE ha resultado vulnerado o si, por el contrario, la seguridad jurídica, que, insistimos, no es un valor absoluto, debe ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. [...]», STC 182/1997.

Se destaca en la STC 173/1996 que « [L]a seguridad jurídica, según constante doctrina de este Tribunal, es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio [...]». Si bien no puede erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente, tampoco debe entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal, como puntualizan las SsTC 27/81 y 6/83; « [s]í protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad [...]», SsTC 150/90 y 197/92.

La relevancia de este principio fue abordada por las SsTS de 19 de septiembre de 2017, casación 2941/2016, y 13 de junio de 2018, casación 2800/2017, y si bien se referían a actos de naturaleza tributaria, su doctrina es plenamente aplicable al supuesto que ahora enjuiciamos.



Constatamos que no se dan los presupuestos necesarios para su aplicación puesto que a la actora le movían (i) creencias subjetivas del administrado, (ii) descansaba en meras expectativas de invariabilidad de circunstancias fácticas o jurídicas, (iii) no cabe que sea aplicada con eficacia anulatoria sin actos o signos externos lo suficientemente concluyentes como para generar una razonable convicción en el ciudadano de que existe una voluntad inequívoca de la Administración en el sentido correspondiente, y (iv) no existe decisión o acto administrativo alguno expreso que ampare la actuación de la empresa de manera que, inequívocamente, le llevé a pensar que estaba actuando conforme a Derecho.

Concretamente, en el ámbito de la competencia, la STS de 26 de junio de 2017, recurso 2468/2015, dijo que « [e]l derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima exige que concurren tres requisitos acumulativos, en primer lugar, la Administración debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y coherentes que emanen de fuentes autorizadas y fiables, en segundo lugar, estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen, y en tercer lugar, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables. [...]».

**OCTAVO.**- Denuncia la vulneración del principio *non bis in ídem* en la medida que se sancionó a la actora por una doble vía, a título personal y como entidad perteneciente a la SAGEP.

Recordemos que el principio *non bis in ídem* fue constitucionalizado, pues desde la STC 2/1980 de 30 de enero se entiende incluido en el precepto constitucional del artículo 25.1 de la Constitución, inherente al principio de legalidad. Pero no solo el artículo 25.1 se refiere al principio *non bis in ídem*, sino también, entre otros preceptos, el artículo 133 de la Ley 30/1992, aplicable en la fecha de los hechos analizados, según el cual « [n]o podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal y administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento [...]».

El test previo para constatar la aplicación de este principio requiere la comprobación de identidad, subjetiva, objetiva y sustantiva. En este caso no concurre la identidad subjetiva, puesto que no son lo mismo la actora y la SEED o la SAGED a pesar de que estas últimas estuvieran integradas por empresas participantes en el cártel, y entre otras por la recurrente. Al margen de la distinta personalidad de ambas, la participación y actividad desarrollada por cada una de estas entidades en la conducta colusoria resulta identificada, diferenciada y discriminada por el acuerdo sancionador.

**NOVENO.**- En último lugar, afirma la actora que se ha completado el plazo de prescripción. No estamos ante una infracción continuada por lo que, a fecha de la incoación del expediente, el 24 de enero de 2017, ya habían transcurrido los cuatro años previstos en el artículo 68 de la LDC para completar esta causa de extinción de la responsabilidad.

Recordemos que cuando se califica una infracción como única y continuada es porque se tiene la constancia de que la participación en las prácticas colusorias va precedida de (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, como nos recordó la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

El efecto directo de este tipo de calificación supone, por un lado, la posible imputación de conductas en las que la sancionada no ha tenido participación directa, pero que le hace extensiva por su conexión y anuencia al plan preconcebido, y por otro, permite una sustancial alteración de las reglas de la prescripción en cuanto a los supuestos de interrupción.

En el presente caso pocas dudas tenemos de la existencia de una infracción de esta naturaleza, cuyo plan pre ordenado a la consecución de un fin era evidente, y cuando decimos evidente, es que ni tan siquiera era desconocido por terceros. No estamos ante el habitual, pero no necesario, carácter secreto de un cártel donde la mayor dificultad a la hora de establecer la pauta colusoria reside en determinar el acuerdo planificado de voluntades de los partícipes. En este caso, el plan era conocido, público y su contenido contrario a las normas de competencia.

Tampoco ofrece dudas sobre la participación y engancha a la trama de la actora a través de las diferentes personificaciones y sociedades que se fueron sucediendo.

En estos casos, la prescripción se computará desde el día en que la infracción haya cesado, y como hitos temporales destacamos tanto el Acuerdo SEED de 1996 como los Acuerdos de 2010 y 2013, que perseguían como fin el mantenimiento de la contratación exclusiva o mayoritaria de trabajadores de la SAGEP en varias acciones a lo largo del tiempo.





No obstante, la conducta imputada solo se extiende del 27 de agosto de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2016, por lo que cuando se inició el procedimiento sancionador mediante acuerdo de 24 de enero de 2017, no habían prescrito las infracciones que se perseguían.

**DÉCIMO.**- Lo expuesto nos lleva a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a la recurrente, de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

#### FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **PÉREZ TORRES MARÍTIMA, S.L.** contra la resolución de 26 de julio de 2018, expediente S/DC/0596/16 ESTIBADORES VIGO, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con expresa condena en costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENJOS