



Roj: **SAN 1182/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1182**

Id Cendoj: **28079230062023100125**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/03/2023**

Nº de Recurso: **748/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000748 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07035/2018

Demandante: LINEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS, S.A. (LME)

Procurador: D^a ADELA CANO LANTERO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a dos de marzo de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 748/18 promovido por la Procuradora D^a Adela Cano Lantero, en nombre y representación de **LINEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS , S.A. (LME)** contra la resolución de 26 de julio de 2018, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 199.276 euros por la comisión de una infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala, se dicte sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia:

"a) Declare nula o subsidiariamente anule la resolución de 26 de julio de 2018, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en el expediente S/DC/0596/16 ESTIBADORES VIGO.

ii) Declare la inexistencia de conducta infractora del art. 1 de la LDC y 101 del TFUE y

(iii) Declare no haber lugar a la multa impuesta, todo ello con expresa imposición de costas o

(iv) subsidiariamente, modere la multa de conformidad con el fundamento jurídico DÉCIMO en los términos que en él se solicitan."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Mediante auto de 11 de febrero de 2019, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 199.276 euros, se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 19 de diciembre de 2022, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 18 de enero de 2023, en que tuvo lugar

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 26 de julio de 2018, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 199.276 euros por la comisión de una infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "Expte. S/DC/0596/16 ESTIBADORES VIGO," era del siguiente tenor literal:

"Primero. 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:

LINEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS, S.A.

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

LINEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS, S.A.: 199.276 euros

Cuarto. Intimar a las empresas infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente resolución.

Quinto. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta resolución.

Sexto. Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho 5.9."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

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 cual se daba traslado de la comunicación realizada el 19 de julio de 2016 por dicho organismo a Puertos del Estado. En esa comunicación, la APV ponía de manifiesto la firma el 1 de marzo de 1996, con aplicación desde dicha fecha, de un pacto extra-estatutario (el 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. o "S.E.E.D." (en la actualidad, Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios o SAGEP de Vigo), que podría resultar contrario al IV Acuerdo para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector de la Estiba Portuaria -publicado en el BOE el 30 de enero de 2014- y contravenir la resolución de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, de 24 de septiembre de 2009, referente al antiguo IV Acuerdo ("Fallido IV Acuerdo Marco") para la Regulación de las Relaciones Laborales en el Sector de la Estiba Portuaria así como la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2016, que ratificaba la anterior.

A juicio de la APV, se podría estar infringiendo tanto el artículo 1 de la LDC como el artículo 101 del TFUE e incluso producirse una infracción de abuso de posición dominante.

2. La Dirección de Competencia, inició una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador. Así, el 26 de octubre de 2016, la DC requirió información a la APV solicitándole la remisión del denominado Convenio Colectivo SEED de 1996 y de la documentación relativa a los requerimientos realizados desde la APV a la SAGEP de Vigo y a las empresas estibadoras en relación con dicho pacto que fueron aportados.

3. El 24 de enero de 2017, la Dirección de Competencia acordó la incoación de un expediente sancionador por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, consistente en la firma y/o aplicación, por parte de las citadas 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 contra la Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO), Confederación Intersindical Galega (CIG), LÍNEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS, S.A., BERGÉ MARÍTIMA, S.L., ESTIBADORA GALLEGA, S.A., TERMINALES MARÍTIMAS DE VIGO, S.L.U. y PÉREZ TORRES MARÍTIMA, S.L.

4. Entre el 15 de febrero y el 22 de junio de 2017, la DC efectuó diversos requerimientos de información.

5. El 29 de septiembre de 2017, se acordó ampliar el acuerdo de incoación a la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT); la COORDINADORA ESTATAL DE ESTIBADORES PORTUARIOS- ORGANIZACIÓN DE ESTIBADORES DEL PUERTO DE VIGO (CEEP-OEPV); la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) del Puerto de Vigo, y la Autoridad Portuaria de Vigo por una posible infracción del artículo 1 de LDC y del artículo 101 del TFUE, consistente en acordar la reserva de la prestación de servicios a estibadores de la S.E.E.D./SAGEP de Vigo en actividades más allá del ámbito propio reservado por ley a las labores de estiba portuaria.

6. El 3 de octubre de 2017, la DC requirió a la SAGEP de Vigo información sobre la cesión de trabajadores para los servicios de manipulación de mercancías, embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular.

7. El 8 de noviembre de 2017, la DC formuló Pliego de Concreción de Hechos requiriendo a las entidades incoadas la aportación de los datos relativos a su volumen de negocio.

8. El 14 de noviembre de 2017, se solicitó al Consello Galego de Competencia la emisión de informe preceptivo no vinculante que fue remitido el 27 de diciembre.

9. El 23 de enero de 2018, la DC, acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente, con el fin de redactar la Propuesta de Resolución.

El 21 de febrero de 2018, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC, proponiendo que se declarase " *la 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* ".

10. El 31 de mayo de 2018, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó Acuerdo de recalificación, remisión a la Comisión Europea y requerimiento de información 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 se encontraban calificados 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 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.



Asimismo, se acordó la suspensión del plazo para resolver y notificar de conformidad con lo establecido en los artículos 37 de la LDC y 12 del RDC. La suspensión del plazo máximo para resolver y notificar se levantó el día 6 de julio de 2018, lo que fue comunicado debidamente a las empresas imputadas.

11. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y aprobó este acuerdo en su reunión de fecha 26 de julio de 2018.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, LINEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS (LME), del siguiente modo:

Se trata de una empresa dedicada, según sus estatutos a tareas de construcción de buques, consignación, y transporte, tránsito y almacenamiento de mercancías en general. En el puerto de Vigo se dedica a la prestación de servicios de estiba. Se encuentra participada al 100% por FLOTA SUARDIAZ, S.L., perteneciente al Grupo SUARDIAZ, dedicado, según su web corporativa, a la prestación de servicios marítimos globales (Transporte Marítimo, Logística, Almacenaje, Aduanas, Ferrocarril, Estibas, Forwarding y Carga de Proyectos).

Según la información remitida por la APV, a fecha 15 de octubre de 2016 LÍNEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS, S.A. participa en un 16,825% del capital de la SAGEP de Vigo.

TERCERO.- La resolución recurrida explica la evolución del régimen regulador de la estiba caracterizado por una progresiva liberalización que opera en torno a los siguientes aspectos:

A. Naturaleza jurídica del servicio.

El régimen regulador de la estiba pasó de tener la condición de servicio público esencial de titularidad estatal en 1986 a ser prestado en régimen de libre competencia -aunque previa obtención de licencia y sometidos a determinadas obligaciones de servicio público- con la entrada en vigor de la Ley 48/2003.

En el marco jurídico definido por el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, las actividades de estiba y desestiba se encuentran incluidas dentro del denominado servicio portuario de manipulación de mercancías, el cual se halla integrado por "las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte" y se presta por la iniciativa privada en régimen de libre competencia.

B. Definición del ámbito material de la estiba.

La normativa ha venido reduciendo las actividades reservadas en exclusiva para el personal estibador.

Así, hasta la Ley 48/2003 se delimitaba el ámbito material de la estiba en sentido negativo, detallando las actividades que quedaban fuera de dicho ámbito.

La Ley 48/2003 delimita de un lado, las actividades que integran el servicio de "carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías" y paralelamente excluye determinadas actividades relacionadas con las anteriores pero que no tienen la consideración de servicio portuario básico y pueden prestarse sin recurrir a la contratación de personal de las Sociedades Estatales de Estiba o Desestiba (SEED) o las Agrupaciones de Interés Económico (APIE).

La 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, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre mantienen un enfoque similar.

El Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, define las actividades integradas dentro de la estiba junto a un doble listado de mercancías y actividades que quedan excluidas de su ámbito, de forma que estas últimas tendrán la consideración de servicio comercial, quedando excluidas de la aplicación del régimen propio de la estiba. El TRLPEMM excluye expresamente del ámbito de la estiba el embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular.

C. Gestión de trabajadores dedicados a la estiba

El régimen jurídico de la estiba se basa en la reserva exclusiva de las labores propias de la estiba en favor de los trabajadores que forman parte de estas sociedades de gestión.

D. Régimen de propiedad de las sociedades gestoras del personal estibador

En 1986, se crearon las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba (SEED) en cada puerto de interés general con participación de las empresas prestadoras del servicio de estiba y desestiba de cada puerto, pero con una participación mayoritaria del Estado.



En 2003, fueron creadas las APIE en sustitución de las SEED con el fin de adecuarlas al nuevo régimen jurídico de los servicios de estiba y desestiba, que pierden su condición de servicios de titularidad estatal para quedar sujetos a la iniciativa privada.

La Ley 33/2010 creó la "Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios" (SAGEP), que vino a sustituir las dos figuras anteriores. Se trata de una sociedad anónima mercantil privada cuyo objeto social consiste en la gestión de la contratación y puesta a disposición de sus accionistas (empresas estibadoras), de los trabajadores demandados para el desarrollo de las actividades y tareas del servicio portuario de manipulación de mercancías que no puedan realizarse con personal propio de su plantilla, con el régimen de contratación que se explica a continuación.

E. Régimen de contratación de trabajadores para la prestación de servicios de estiba.

El régimen se basa en la 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 (SEED, APIE, SAGEP), régimen que se ha mantenido hasta la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2017.

Desde 1986 hasta 2017 se han centrado en la regulación del régimen laboral aplicable a los trabajadores del servicio de manipulación de mercancías, distinguiéndose dos regímenes:

- El denominado *régimen laboral especial* en el que el trabajador es contratado por la SAGEP de forma indefinida y cedido temporalmente a una empresa estibadora. La SAGEP responde del cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social y la empresa usuaria de otro tipo de obligaciones, como las relacionadas con la prevención de riesgos laborales.

- El denominado *régimen laboral común* que permite que el trabajador sea contratado directamente por parte de las empresas titulares de licencias de manipulación de mercancías que, sin embargo, deben hacerlo prioritariamente a través de ofertas nominativas o innominadas a los trabajadores de la SAGEP. En estos casos, la relación laboral con la SAGEP quedará suspendida. Sólo en los casos en que no exista en la SAGEP personal portuario adecuado o suficiente o se rechacen las ofertas recibidas, se podrán realizar las contrataciones libremente por parte de las empresas estibadoras.

El artículo 142 del TRLPEMM define la SAGEP y configura su objeto social. De dicho precepto se deduce que la función de la SAGEP es completar la mano de obra de las empresas, pero no sustituirla ("actividades (...) que no puedan realizarse con personal propio de su plantilla").

Los artículos 150 y 151 del TRLPEMM limitan la opción de las empresas estibadoras de contratar a trabajadores capacitados para la prestación del servicio sin la mediación de la SAGEP, ya que sólo podrán contratar libremente si no existe en la SAGEP personal portuario adecuado o en número suficiente o si aun existiendo, se rechazaran las ofertas recibidas.

Este régimen de contratación fue derogado por el Real Decreto-Ley 8/2017, que dio cumplimiento a la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014.

Adecuación del régimen regulador de la estiba a la STJUE asunto C-56/13

Mediante su sentencia de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-576/13), el TJUE 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 TJUE constata en la sentencia el incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones que le incumben en relación con la libertad de establecimiento 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 SAGEP y participar en el capital de ésta, como la de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por la SAGEP y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente.

El Real Decreto-ley 8/2017 dio cumplimiento a esta sentencia del TJUE derogando este régimen de contratación de los trabajadores para la prestación de servicios de estiba.

Por tanto, se consagra el principio de libertad de contratación de trabajadores, ya que no será necesario que los titulares de la correspondiente licencia participen en ninguna empresa cuyo objeto social sea la puesta a disposición de trabajadores portuarios. Se prevé un período transitorio de tres años, finalizado el cual, las SAGEP podrán seguir desarrollando su actividad en régimen de libre competencia siempre que cumplan los requisitos establecidos para las empresas de trabajo temporal.



El Real Decreto-ley 8/2017 deroga una parte importante del régimen regulador del servicio de manipulación de mercancías contenido en el TRLPEMM, también el precepto que excluía del ámbito del servicio de manipulación de mercancías los servicios de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular, reintegrándose dicho servicio dentro del ámbito propio del servicio de manipulación de mercancías (artículo 130.3.c).

Regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria

A. El fallido IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria de 2007 y la Resolución del Consejo de la CNC en el expediente 2805/07. En julio de 2007 la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (ANESCO), la Confederación Intersindical Galega (CIG), la Coordinadora estatal de Trabajadores del Mar (CETM) y Laginle Abertzaleen Batzordeak (LAB) suscribieron el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (en adelante, el IV Acuerdo), que pretendía reemplazar al III Acuerdo firmado en este ámbito en septiembre de 1999.

El IV Acuerdo fue declarado contrario a la normativa de competencia, tanto nacional como de la Unión Europea, mediante Resolución de 24 de septiembre de 2009, dictada por la antigua Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el seno del expediente sancionador 2805/07 Empresas Estibadoras.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por ANESCO contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012 que desestimó su recurso contra la resolución sancionadora de la CNC, en la medida en que el Acuerdo mencionado: (i) desbordaba el marco estrictamente laboral de los convenios colectivos al extender su ámbito aplicativo subjetivo y funcional contraviniendo los postulados de liberalización de los servicios portuarios que informan la Ley 48/2003. Esta consideración se debe a que el acuerdo incluía, en el régimen de exclusividad reservado a la estiba, actividades complementarias no amparadas por esa reserva y al incorporar al sistema trabajadores no amparados por el sistema establecido; e (ii) incluía cláusulas que tenían por objeto restringir la competencia en el mercado de los servicios complementarios a los portuarios que afectaban a todos los puertos de interés general en beneficio de los estibadores.

La Audiencia Nacional desestimó los recursos contencioso-administrativos interpuestos por el resto de las partes mediante sentencias de 30 de septiembre de 2010, 19 de octubre de 2011 y 13 de noviembre de 2012.

B. El IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria de 2014.

Al dictarse la resolución recurrida se encontraba en vigor el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria suscrito en julio de 2013 por ANESCO y CETM, UGT, CCOO Y CIG. Como consecuencia de la modificación del régimen de la estiba operada por el Real Decreto-Ley 8/2017, se procedió al desarrollo de negociaciones tendentes a la adopción de un nuevo Acuerdo.

CUARTO.- La resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados relacionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, así, la información proporcionada por la Autoridad Portuaria de Vigo y la procedente de las contestaciones a los requerimientos de información formulados por la Dirección de Competencia a las incoadas y terceros.

Explica la resolución recurrida que la Ley 33/2010 excluye expresamente del ámbito de la estiba, y por tanto de la reserva de actividad vinculada a la misma por nuestro ordenamiento, una serie de servicios que pasan 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.

A partir de la entrada en vigor de dicha norma, se establecen dos regímenes diferentes de contratación de trabajadores en función de la actividad afectada:

- (i) el servicio de manipulación de mercancías (salvo en el caso de los vehículos a motor sin matricular) queda reservado a los estibadores y exige mediación de la SAGEP
- (ii) 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.

Para escapar a las consecuencias del cambio normativo, tanto el mantenimiento de la vigencia del Acuerdo SEED de 1996 como el Acuerdo de 2010 tenían por objeto que las empresas firmantes, entre ellas LINEAS MARITIMAS ESPAÑOLAS al margen de lo establecido en la normativa vigente, obviarán la liberalización permitida por la Ley. De este modo, por medio de un acuerdo, las partes se comprometen a uniformar las condiciones de contratación de mano de obra asumiendo que el servicio sea prestado por estibadores y con la



intermediación de la SAGEP también en las labores complementarias y en las de estiba de vehículos a motor sin matricular.

Así, en el Acuerdo de 2010 se estipuló que la APV debía tener en cuenta lo siguiente a la hora de conceder las licencias:

"1. Las empresas autorizadas para la prestación de los servicios comerciales referidos al tráfico de vehículos nuevos, camiones, maquinaria, etc, realizarán dichos trabajos de estiba con el personal integrado en los censos de la S.E.E.D, solicitándolos a través de una empresa estibadora que forme parte de la S.E.E.D. del puerto Vigo.

2. Las empresas autorizadas para la prestación de los servicios comerciales referidos al tráfico de vehículos nuevos, camiones, maquinaria, etc, realizarán dichos trabajos de estiba con el personal integrado en los censos de la SAGEP, solicitándolos a través de una empresa estibadora que forme parte de la SAGEP del puerto de Vigo" (subrayado añadido; folio 399).

Asimismo, el Acuerdo reconoce la vigencia y la voluntad de mantener la aplicación del Acuerdo SEED y de que éste se aplicara no sólo a la manipulación de vehículos sino a cualquier actividad a la que tradicionalmente se aplicara:

"3. El convenio actual de la S.E.E.D. del Puerto de Vigo, será de aplicación a las actividades en las que se prestará el servicio de manipulación de vehículos nuevos, camiones, maquinaria, etc. Referido a los dos puntos anteriores. Así como aquellas que tradicionalmente se venían haciendo hasta la fecha" (folio 399).

El Acuerdo de 12 de junio de 2013, también suscrito por LINEAS MARITIMAS ESPAÑOLAS continúa 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 trabajadores.

Así, se acordó que la asignación de personal para la prestación del servicio de manipulación de vehículos se realizase:

"como se venía haciendo hasta la actualidad, pudiendo en caso necesario incorporar personal ajeno hasta un límite de 15 trabajadores en el nombramiento de la mañana, sea la jornada normal o intensiva" (folio 401).

Igualmente, se establecía que: *" en el nombramiento de la tarde y sucesivos se podrá incorporar personal ajeno a la manipulación de coches hasta un máximo de 15 trabajadores ajenos, una vez que la plantilla de Vigo Estiba SAGEP hubiera doblado. Se acuerda que dentro de 1 año las partes evaluarán el acuerdo al objeto de analizar su funcionamiento" (folio 402).*

Afirma por ello la resolución recurrida que tanto el Acuerdo SEED de 1996 (que continuó aplicándose tras la entrada en vigor de la Ley 33/2010 y estuvo vigente hasta diciembre de 2016), como los Acuerdos de 2010 y 2013 tienen por objeto restringir indebidamente la contratación por las empresas de trabajadores ajenos a la SAGEP, eludiendo las previsiones de la Ley 33/2010 y del TRLPEMM, que liberalizan la contratación de trabajadores para las actividades excluidas del servicio de manipulación de mercancías (artículos 130.3.c y 141 del TRLPEMM), ofreciendo libertad a las empresas para determinar la composición de su fuerza laboral.

Los acuerdos encarecen los servicios complementarios a la estiba y benefician a la SAGEP y a los trabajadores vinculados con ella, porque les permite realizar determinadas actividades en régimen de monopolio sin amparo legal que lo autorice.

Además, explica la resolución sancionadora, que el acuerdo beneficia a las empresas estibadoras, a pesar de sus alegaciones en relación con la presión ejercida sobre ellas por parte de los trabajadores y de que evidentemente incrementa sus costes de operación, ya que garantiza una uniformidad del modo de prestación del servicio sin que exista riesgo de que ninguna de las empresas competidoras recurra, en aplicación de la normativa vigente, a la contratación de efectivos en condiciones más favorables; es decir, el acuerdo garantiza la armonización en la forma de prestación de los servicios y hace desaparecer el riesgo de competencia entre las empresas (al menos en la parte basada en este relevante criterio) en un marco en el que conocen de antemano la política de contratación laboral y el coste de la mano de obra de sus competidoras, permitiéndoles homogeneizar estructuras y precios y conservar el statu quo existente, eliminado un posible factor de competencia entre las mismas basado en la contratación de nuevos trabajadores ajenos a la SAGEP.

Añade, que el acuerdo proporciona a las empresas la necesaria paz social pero paralelamente el acuerdo de fijación de las condiciones de prestación de servicios no portuarios, asumido por las empresas estibadoras, la SAGEP, los sindicatos y la APV perjudica a los clientes finales de los servicios portuarios, importadores y



exportadores, que ven encarecida la importación y exportación de sus productos por un mayor coste de estos servicios portuarios.

Por ello, la resolución de 28 de julio de 2018 aquí recurrida, sanciona a LINEAS MARITIMAS ESPAÑOLA, por su participación en 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 unificar el modo de contratación de trabajadores de empresas competidoras y reservar en exclusiva en favor del personal de la SAGEP de Vigo (o restringir de manera muy relevante la alternativa) la contratación de trabajadores para la prestación de los servicios de (i) embarque y desembarque de vehículos a motor 50 sin matricular y, (ii) de recepción y entrega de mercancías, desde la entrada en vigor de la Ley 33/2010.

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente plantea los siguientes motivos impugnatorios.

En primer lugar, la improcedencia de aplicar el art. 101 del TFUE, de conformidad con las Directrices de la Comisión relativas al concepto de "efecto sobre el comercio" contenido en los arts 81 y 82 del Tratado, ahora 101 y 102 del TFUE, preceptos que limitan su aplicación a aquellos acuerdos y prácticas que puedan producir un mínimo de efectos transfronterizos en la UE.

Expone la entidad recurrente que las toneladas de tráfico portuario en los puertos españoles fue 47.013.559 y de ellas correspondieron al puerto de Vigo, 394.791 es decir, menos del 0,9% del total por lo que no puede afirmarse que la conducta objeto de sanción afecte de forma apreciable al comercio entre Estados Miembros.

En segundo lugar, la caducidad del expediente porque la resolución recurrida no acredita la fecha de emisión efectiva de la información prevista en el art. 11.4 del Reglamento CE Nº 1/2003 del Consejo, lo que genera indefensión pues no puede determinar si la reanudación del cómputo del plazo para resolver se realizó de conformidad con el artículo 12 del RLDC.

En tercer lugar, denuncia la vulneración de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE dada la inexistencia de prácticas prohibidas al no entrar los acuerdos enjuiciados dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE porque exigen que los acuerdos susceptibles de infringir el Derecho de la competencia sean acuerdos "entre empresas". A sensu contrario, no pueden ser acuerdos "intra-empresas".

Además, no son acuerdos restrictivos de la competencia por su naturaleza y entiende por ello que la resolución sancionadora infringe el art. 37 CE al no respetar la negociación colectiva.

Tampoco los acuerdos tienen por objeto restringir la competencia.

Rechaza el carácter anticompetitivo por efecto de los acuerdos y denuncia la vulneración del artículo 4.1. de la LDC porque la conducta de LME viene amparada por la aplicación de una Ley.

Considera también infringido el artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015 y el principio de confianza legítima, así como la jurisprudencia que lo desarrolla.

Denuncia, por último, la infracción del artículo 63 de la LDC y 32 de la CE dada la inexistencia de culpa o negligencia en la actuación de LME, la vulneración del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable y la del artículo 64.1 de la LDC y del principio de proporcionalidad en cuanto a la sanción impuesta.

SEXTO.- Entrando a examinar los motivos impugnatorios y sobre la inaplicación del art. 101 del TFUE que pretende la actora debemos acudir a las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Precisan las Directrices que en el caso del artículo 101 del TFUE, si el acuerdo en su conjunto puede afectar al comercio entre países de la UE, se aplicará el Derecho de la UE a todo el acuerdo, incluidas las partes del acuerdo que no afecten individualmente al comercio entre países de la UE.

Precisan además las Directrices, tres conceptos:

El *concepto de comercio entre países de la UE* que no se limita a los tradicionales intercambios transfronterizos de bienes y servicios, sino que se trata de un concepto más amplio que abarca toda actividad económica transfronteriza, incluido el establecimiento. El concepto implica que debe haber una repercusión en la actividad económica transfronteriza en la que participen al menos (partes de) 2 países de la UE;

El significado de las palabras *«puede afectar»* que definen la naturaleza del impacto requerido en el comercio entre los países de la UE. Según el modelo de análisis desarrollado por el Tribunal de Justicia, debe ser posible prever con un grado suficiente de probabilidad, con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho o, de hecho, que el acuerdo o práctica puede tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, en las



corrientes comerciales los países de la Unión Europea. Cuando el acuerdo o práctica es susceptible de afectar a la estructura de la competencia en la Comunidad, se aplica el Derecho de la UE;

El concepto de «apreciabilidad»: limita la aplicación del Derecho de la UE a los acuerdos y a las prácticas que puedan producir efectos de cierta magnitud. La evaluación de la apreciabilidad depende de las circunstancias de cada asunto, en particular de la naturaleza del acuerdo o práctica, de la naturaleza de los productos de que se trate y de la posición de mercado de las empresas afectadas.

La recurrente rechaza la aplicación del art. 101 TFUE porque considera que el porcentaje de toneladas de tráfico portuario que corresponde al Puerto de Vigo, respecto del total de los puertos españoles fue de 47.013.559 es decir, un 0,9% del total por lo que no puede afirmarse, a su juicio, que afecte de forma apreciable al comercio entre Estados Miembros.

Para esta Sala ese criterio, el movimiento de toneladas en proporción al total de los puertos españoles no es determinante y sí la proyección de la actividad del puerto sobre el comercio internacional pues la Memoria de 2016 destaca que el comercio internacional había representado para el Puerto de Vigo el 87,5% del total de su tráfico de mercancías, constituyendo el intercambio con los países de la UE el 30,05% del total de dicho tráfico frente a los intercambios con origen/destino en España que alcanzaban el 12,5 % del mismo.

A ello se une la ubicación estratégica del puerto de Vigo facilitando el tránsito hacia Europa, América, Asia y África como lo refleja la Memoria del Puerto de 2017 en la que se afirma que:

"Desde el punto de vista del origen y destino de los tráficos, destacan Francia, Marruecos, China, Turquía y EEUU, ya que juntos se reparten casi el 35% del tráfico internacional de carga y descarga del Puerto. Otros países, como Bélgica, Sudáfrica, Reino Unido Holanda y Argentina, tienen también un peso relevante, representando en conjunto más del 16% del tráfico internacional de carga y descarga de mercancías".

Entendemos por ello, siguiendo los criterios expuestos en las Directrices que las conductas analizadas pueden afectar al comercio entre países de la UE en forma apreciable lo que determina la aplicación del art. 101 del TFUE como consideró la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- Debemos rechazar la invocación de la caducidad del expediente sancionador.

El Acuerdo de 31 de mayo de 2018, suspendió el plazo del procedimiento por tres causas diferentes en aplicación conjunta de lo dispuesto en los artículos 37.1.a), 37.1.f) y 37.2.c) de la LDC y los artículos 12.1.a) y 12.2 del RDC.

La recurrente conocía las fechas de inicio de la suspensión del plazo (31 de mayo), de remisión a la Comisión Europea (6 de junio) y de fin de la suspensión (6 de julio), sin que pueda alegar desconocimiento o indefensión al respecto.

El expediente sancionador fue incoado el día 24 de enero de 2017 (folio 410 del expediente). En consecuencia, los 18 meses que la CNMC tenía para resolver y notificar la resolución sancionadora, en aplicación del artículo 36 de la LDC finalizaban el día 24 de julio de 2018. Sin embargo, dicho plazo estuvo suspendido por un total de 36 días naturales con motivo del Acuerdo de recalificación, remisión a la Comisión Europea y requerimiento de información de 31 de mayo de 2018.

Por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12.3 del RDC, el plazo para resolver y notificar finalizaba el día 29 de agosto de 2018. Al haber sido dictada la resolución sancionadora el día 26 de julio de 2018 y notificada a LME el 30 de julio de 2018 (ese mismo día se puso a disposición de la demandante y ésta accedió a la notificación), la resolución fue dictada y notificada en plazo, por lo que no concurre la caducidad invocada.

OCTAVO.- Denuncia la actora la infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE porque rechaza la existencia de prácticas prohibidas al no entrar los acuerdos enjuiciados dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE.

La recurrente considera que tanto el Acuerdo SEED de 1996 como los Acuerdos de 2010 y 2013 son acuerdos intra empresa al haber sido negociados dentro de la SAGEP por ella misma, las empresas -que por mandato legal forman parte de su accionariado- y los trabajadores con ella vinculados por lo que los acuerdos no pueden considerarse contrarios a la competencia.

La Sala no comparte esa apreciación porque el examen de las actuaciones revela que los firmantes de los acuerdos actúan con independencia económica, autonomía orgánica y plenos poderes de gestión y administración.

Recordemos que la SAGEP de Vigo, creada al amparo de la Ley 33/2010, (art. 133) , se constituye como sociedad anónima mercantil privada. Su objeto social consiste en gestionar la puesta a disposición de sus

accionistas de los trabajadores por ella contratados para el desarrollo de las actividades de manipulación de mercancías que no puedan realizar con personal propio de su plantilla. En el capital social de la SAGEP participan obligatoriamente las empresas que deseen prestar servicios de manipulación de mercancías y obtengan la correspondiente licencia.

En octubre de 2016, participan en la misma cinco entidades mercantiles: dos sociedades anónimas, participadas a su vez, dos sociedades limitadas y una sociedad limitada unipersonal: LÍNEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS SA, ESTIBADORA GALLEGA SA, BERGÉ MARÍTIMA SL, PÉREZ TORRES MARÍTIMA SL y TERMINALES MARÍTIMAS DE VIGO SLU.

Ahora bien, como decimos, estas sociedades mercantiles actúan con independencia económica, autonomía orgánica y plenos poderes de gestión y administración. Así lo refleja su diferente objeto social, ámbito de actuación, domicilio social, así como su distinta estructura orgánica y accionariado, en los párrafos 27 a 35 del Pliego de Concreción de Hechos y confirma el contenido de las respuestas efectuadas por las mismas a los requerimientos de información realizados por la Dirección de Competencia y de las alegaciones presentadas por cada una de ellas.

De hecho, el propio Acuerdo SEED identifica en el primer apartado de su artículo 2 "Ámbito personal", por la parte empresarial, a la SEED (ahora SAGEP de Vigo) por un lado y a las empresas estibadoras por otro:

"ART. 2.- ÁMBITO PERSONAL 1.- Afectará, como Empresas, a la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Vigo constituida al amparo del Real Decreto Ley 2/86, y a las Empresas Estibadoras que tengan encargada la gestión del servicio público de estiba y desestiba".

Asimismo, para la negociación del acuerdo se reconocen tres partes: los trabajadores, la SEED (ahora SAGEP de Vigo) y las empresas estibadoras.

"De conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 del II Acuerdo Sectorial a los efectos de definir la legitimación para negociar convenios de ámbito inferior al referido Acuerdo Sectorial, se atribuye a los representantes de los estibadores de relación laboral especial y común incluidos en su ámbito de aplicación, a la Sociedad de Estiba y a la Asociación de Empresas Estibadoras del puerto de Vigo por parte empresarial" (folio 228).

También en la composición de la Comisión Paritaria, regulada en el artículo 7 del Acuerdo SEED de 1996, se diferencia entre los representantes de la SAGEP de Vigo y los de las empresas estibadoras: "estará compuesta por ocho (8) miembros; cuatro (4) en representación de los trabajadores, y otros cuatro (4) en representación de la Sociedad y Empresas, (2 representantes de la Sociedad Estatal y 2 de la Asociación Empresarial firmante) que serán designados por las respectivas representaciones en la Comisión Negociadora de este Convenio" (folio 213).

El Acuerdo de 2010 también diferencia las distintas partes: "Reunidos las Empresas Estibadoras, Autoridad Portuaria de Vigo y Comité de empresa de la SEED y gerente de la SEED" (folio 399). De hecho, viene firmado por un lado por el Gerente de la SEED en nombre de ésta y por las representaciones de las diferentes empresas estibadoras (folio 399).

En los mismos términos, diferencia el Acuerdo de 2013: "reunidos el Presidente, Directora y Jefe de explotación de la Autoridad Portuaria de Vigo con las empresas estibadoras del Puerto de Vigo, el Comité de Empresa de Vigo Estiba SAGEP y el Gerente de la misma" (folio 400).

Además, LME incluye como participantes en los acuerdos que denomina "intra- empresa" a la gerencia y los accionistas de la SAGEP por parte de la empresa. Los acuerdos que LME considera "intra-empresa" son denominados en el Estatuto de los Trabajadores (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) "convenios de empresa y de ámbito inferior".

Según el artículo 87 del citado Estatuto relativo a la legitimación para la negociación de los convenios, en los convenios de empresa y de ámbito inferior, estarán legitimados para negociar en representación de los trabajadores "el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité". El mismo artículo 87, en su apartado 3, establece que en representación de los empresarios estarán legitimados para negociar: "a) En los convenios de empresa o ámbito inferior, el propio empresario."

Sin embargo, aparece acreditado en el expediente que en la negociación de los acuerdos participaron como personas jurídicas diferenciadas la SAGEP y las distintas empresas estibadoras que componían su accionariado.

Así, dice la resolución recurrida que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 del II Acuerdo Sectorial a los efectos de definir la legitimación para negociar convenios de ámbito inferior al referido Acuerdo Sectorial,



se atribuye a los representantes de los estibadores de relación laboral especial y común incluidos en su ámbito de aplicación, a la Sociedad de Estiba y a la Asociación de Empresas Estibadoras del puerto de Vigo por parte empresarial" (folio 228; subrayado añadido).

De esto modo, resulta manifiesto que las empresas estibadoras no actuaron durante la negociación de los acuerdos como representantes de la SAGEP (que tenía su propia representación en la negociación), sino representándose a sí mismas como sociedades mercantiles diferenciadas.

Por ello, no cabe interpretar los acuerdos como "convenios de empresa o ámbito inferior".

Por lo tanto, el que la SAGEP de Vigo fuera una empresa participada no le impedía llegar a acuerdos anticompetitivos con las empresas estibadoras -que forman parte de su accionariado por mandato legal- o incluso inducirlos a la restricción de la competencia actuando como impulsor o facilitador de un acuerdo entre ellas.

Coincide por ello la Sala con la resolución recurrida en que la SAGEP de Vigo constituye el instrumento mediante el que se vulneran en este caso los artículos 1 de la LDC y el 101 del TFUE porque tanto el Acuerdo SEED de 1996 como los Acuerdos de 2010 y 2013 son acuerdos entre operadores del mercado en los que los empresarios pactan una posición común para adecuar su estructura y organización interna y al mismo tiempo, cerrar el mercado de los servicios complementarios a trabajadores distintos de los vinculados con la SAGEP; de ese modo se garantizan un modo uniforme de prestación de servicios evitando que cualquier otro operador pretenda competir invocando la normativa vigente, mediante la contratación libre de trabajadores. Resulta por ello evidente la restricción de la competencia en la prestación de los servicios, sin amparo alguno en la normativa entonces aplicable.

NOVENO.- Sostiene la parte recurrente que no puede hablarse de acuerdos anticompetitivos pues es necesario respetar el ámbito de la negociación colectiva que consagra el artículo 37 de la CE.

Expone que, aunque el Acuerdo SEED no sea un Convenio Colectivo puro o "estatutario" por no cumplir con los requisitos del art. 82 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, ello no impide su calificación como convenio colectivo extraestatutario.

Tales pactos extraestatutarios, que se encuentran amparados por el art. 37 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal "erga omnes", y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que limitan su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias. Se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil). La lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales."

Por tanto, la eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios circunscribe su fuerza vinculante a los representados por las partes signatarias de los mismos, pero ello no altera su naturaleza de convenio colectivo, pues encuentran su amparo en el artículo 37 de la C.E., que garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y empresarios.

Concluye la actora que, tratándose de un convenio colectivo, a los acuerdos les es de aplicación de lleno la doctrina comunitaria que consagra la inmunidad parcial de estos frente a las normas de competencia y cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2009, asunto C-67/96, Albany International BV y Stichting Bedrijfspensionenfonds Textiellindustrie según la cual los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación de la normativa de competencia.

Frente a este razonamiento conviene recordar que en la sentencia de 5 de julio de 2013, rec.800/2009 ya declaramos que " *la inmunidad de las normas de la competencia respecto de los convenios colectivos y organizaciones sindicales no es total sino condicionada al cumplimiento de varias condiciones. Así las sentencias más recientes siguen la línea iniciada por precedentes y entre ellas las citadas en la resolución recurrida (sentencia Albany). La sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2011 dictada en el asunto C-437/09 AG2R Prevoyance señala que "es necesario recordar en primer lugar que el Tribunal de Justicia declaró que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales, destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE , apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Albany, apartado 60; Brentjens', apartado 57, y Drijvende Bokken, apartado*



47; sentencias de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451, apartado 67, así como de 21 de septiembre de 2000, van der Woude, C-222/98, Rec. p. I-7111, apartado 22).

30. Por ello, es preciso examinar si la naturaleza y el objeto de un acuerdo como el controvertido en el litigio principal justifican que dicho acuerdo quede fuera del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1"

De conformidad con esta doctrina conviene distinguir de un lado las condiciones de trabajo, es decir, los aspectos relativos a los salarios, las vacaciones, la jornada laboral, la organización del trabajo, etc, materias propias de la negociación colectiva que efectivamente son inmunes a las normas de competencia y de otro, el contenido de unos acuerdos cuya única finalidad es eludir la aplicación de la normativa que permite a las empresas que prestan servicios complementarios y realizan carga y descarga de vehículos a motor sin matricular y contratar a los trabajadores libremente sin someterse a las exigencias establecidas por las normas para el caso de los servicios de estiba. Acuerdos que persiguen inaplicar esa normativa y garantizar que todas las empresas estibadoras asuman el compromiso de no establecer competencia alguna en este aspecto concreto.

En este sentido, advierte la Sala que la resolución sancionadora se ha limitado a enjuiciar aquellos aspectos del Acuerdo SEED de 1996 que exceden del ámbito propio de un convenio colectivo que determine las condiciones laborales de la estiba portuaria, incidiendo en los mercados sin entrar a valorar aspectos que serían propios de la regulación laboral por afectar a las condiciones de trabajo. Efectivamente, ninguno de los preceptos analizados en la resolución recurrida regula condiciones laborales de los trabajadores.

En realidad, el Acuerdo SEED de 1996, amplía el ámbito de las tareas portuarias y define de manera no amparada por la Ley el modo de prestación de las actividades complementarias. En este aspecto le resulta aplicable la normativa de competencia, porque su contenido excede de las materiales laborales propia de la negociación colectiva

Por esa razón, coincide la Sala con la resolución sancionadora en que la aplicación después de 2010 del acuerdo de 1996 y el acuerdo alcanzado en 2013 no puede considerarse amparada por la regulación laboral porque bajo la invocación formal de la negociación colectiva se encubren acuerdos colusorios en los que las empresas estibadoras unifican el modo de prestación del servicio en un factor muy relevante de su estructura de costes limitando la entrada en el mercado laboral de trabajadores que de conformidad con la normativa entonces vigente podrían ser contratados para prestar el servicio sin estar vinculados a la SAGEP.

DÉCIMO.- Denuncia también la actora la vulneración de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE al no existir prácticas prohibidas por no tener los acuerdos por objeto restringir la competencia.

Alega que los acuerdos no tenían por objeto ni por efecto impedir, restringir o falsear la competencia. Considera que los acuerdos no son anticompetitivos por objeto, ya que afectan únicamente a las empresas que los firman y sus trabajadores por lo que no pueden tener por objeto restringir la competencia.

Añade que no cabe efectuar asimilación con el expediente 2805/07 *Empresas Estibadoras* ya que en este último caso el acuerdo objeto del análisis tenía eficacia *erga omnes*.

En cualquier caso, debería aplicársele el artículo 5 de la LDC por tratarse de una conducta de escasa importancia.

Conviene precisar que la resolución recurrida hace referencia en ocasiones al expediente 2805/07 *EMPRESAS ESTIBADORAS* y a la STS que anuló el IV Acuerdo-Marco porque la argumentación expuesta en la Resolución, avalada después por la AN y el TS, resulta aplicable a este caso en la medida en que el ámbito personal y funcional de los acuerdos controvertidos es prácticamente coincidente con el del IV Acuerdo-Marco excediendo, por tanto, del ámbito propio de un convenio colectivo laboral de la estiba portuaria e incidiendo en la libre competencia en los mercados.

LME afirma que los acuerdos cuestionados en el expediente S/DC/0596/19 *Estibadores Vigo* no tienen eficacia *erga omnes* por ser sólo de aplicación a las empresas que lo firman y sus trabajadores, pero el apartado 4 del artículo 2 del Acuerdo SEED recogía, dentro del ámbito personal, el siguiente párrafo (folio 209):

" 4- Igualmente afectará a Empresas y trabajadores que, en el espacio físico del puerto, realicen actividades que, sin ser de servicio público, sean de las relacionadas en el artículo 3".

Como el artículo 3 se refería a las actividades complementarias que no tenían carácter de servicio público, resulta que el Acuerdo nació con vocación *erga omnes*, al extender su ámbito de aplicación también a empresas que realizaran actividades complementarias y a sus trabajadores.

En cuanto a la aplicación del artículo 5 de la LDC a las conductas sancionadas, dicho precepto dispone que: "Las prohibiciones recogidas en los Artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas



que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado".

Efectivamente, en el Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el reglamento de defensa de la competencia se establecieron los criterios para determinar cuándo una conducta era de escasa importancia, refiriéndose el artículo 1 a las conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado, el artículo 2 a las conductas excluidas del concepto de menor importancia y el artículo 3 a otras conductas de menor importancia, atendiendo a su contexto jurídico y económico.

Sin embargo, en el presente caso no es necesario entrar en consideraciones de cuotas de mercado ya que las normas sobre la aplicación de la regla de minimis han previsto una serie de conductas cuya realización, con independencia de la cuota de las empresas en el mercado y los efectos que las conductas hayan producido en el mismo, presuponen la existencia de una restricción de la competencia por objeto.

En este sentido, el artículo 2 del RDC, dispone que: "1. Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros; b) la limitación de la producción o las ventas; c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones".

Al tratarse de una infracción por objeto del art. 1 LDC, no resulta aplicable el artículo 5 de dicha Ley a las conductas sancionadas por la resolución ahora recurrida.

DÉCIMOPRIMERO.- Denuncia la actora la vulneración del artículo 4 LDC.

Dicho precepto se refiere a conductas que entrarían en el ámbito del artículo 1 de la LDC pero que al estar contempladas en una ley quedarían amparadas frente a dichas prohibiciones del artículo 1 de la LDC siendo necesario "que las conductas claramente se encuentren amparadas en la norma invocada".

El precepto establece que:

"1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley."

Considera la actora que su conducta se encontraba amparada por el artículo 155 del TRLPEMM que tiene como objetivo restringir la libre competencia en el mercado nacional en relación con las actividades complementarias a la estiba.

Dicho precepto establecía que *"Las empresas que estén autorizadas para la realización de actividades comerciales, que no tienen la consideración de servicio portuario de manipulación de mercancías de acuerdo con lo previsto en el artículo 130.3.c) de esta ley, deberán atender sus necesidades de personal para estos servicios mediante la utilización de personal de la SAGEP siempre y cuando su oferta sea igual o más ventajosa en términos de calidad y coste en el sector de la estiba"*.

La actora explica que contratar a personal estibador resultaba más beneficioso en términos de calidad y coste para las empresas estibadoras y que contratar personal no estibador supondría infringir un precepto legal con el correspondiente riesgo de imposición de sanciones administrativas.

Sin embargo, a juicio de esta Sala, la conducta de la actora no se ve amparada por el citado precepto. Este no impone la necesidad de contratar al personal de la SAGEP sino que únicamente abre la posibilidad de hacerlo una vez comparadas otras ofertas de prestación del servicio en cuanto a su coste y calidad.

La actora no ha aportado ofertas que permitiesen verificar que la contratación del personal de la SAGEP respondía a la mayor calidad de la prestación del servicio en cuanto a los citados parámetros y por tanto, su conducta no tiene encaje en el art. 155 del Texto Refundido ni amparada por la reserva legal del art. 4.1 de la Ley 15/2007.

En realidad, el hecho de no comparar otras ofertas para la prestación del servicio acredita que las empresas competidoras, entre ellas la recurrente, pactaban de común acuerdo la contratación de trabajadores de la SAGEP pese a que no había necesidad de hacerlo pues legalmente podían recurrir a otras ofertas. De este modo, mediante los acuerdos a los que se ha hecho referencia unificaban la forma de prestación del servicio al imponer la contratación de personal de la SAGEP por parte de las empresas estibadoras, eliminando toda incertidumbre respecto a las posibilidades de organización que concedía la Ley 33/2010 para todas ellas.



DÉCIMOSEGUNDO.- Denuncia la recurrente la infracción del artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015 y del principio de confianza legítima así como de la jurisprudencia que lo desarrolla.

Expone que la Autoridad Portuaria de Vigo, en función de las competencias que tiene atribuidas debía analizar siempre posibles infracciones de la competencia por lo que, si dudaba de la legalidad de los acuerdos, debía de haberlos puesto en conocimiento de la CNMC. Sin embargo, al firmarlos, la APV transmitió signos inequívocos de su legalidad.

La sentencia del TJUE de 18 de junio de 2013 en el asunto C- 681/11, Schenker advierte que:

"na die puede invocar la violación del principio de protección de la confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas (véanse las sentencias de 17 de marzo de 2011, AJD Tuna, C-221/09, Rec. p. I-1655, apartado 72, y de 14 de marzo de 2013, Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11, apartado 25). De ello se deduce que el dictamen jurídico de un abogado no puede en ningún caso generar en el empresario una confianza legítima de que su comportamiento no infringe el artículo 101 TFUE o de que no dará lugar a la imposición de una multa."

La jurisprudencia del TJUE exige, además que:

"estas garantías deben ser de tal naturaleza que puedan suscitar una esperanza legítima en el ánimo de la persona a la que se dirigen."

En tercer lugar, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables [véanse las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Masdar (UK)/Comisión, C-47/07 P, EU:C:2008:726, apartado 81 y jurisprudencia citada, y de 23 de febrero de 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Comisión, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 77 y jurisprudencia citada], habiéndose precisado además que las garantías ofrecidas sobre el hecho de que no se recuperará una ayuda, que pueden resultar de las garantías ofrecidas sobre la imposibilidad de calificar de ayuda la medida de que se trate, son conformes con el artículo 14 del Reglamento n.º 659/1999 (véase el apartado 44 supra; véase igualmente, en este sentido, la sentencia dictada hoy Banco Santander y Santusa/Comisión, T-399/11 RENV, apartados 272 a 278)." En el mismo sentido, la STJUE T-207/10, de 15 de noviembre de 2018 Deutsche Telekom AG y Comisión Europea que cita la recurrente."

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de diciembre de 2007, rec. 1907/2005 ha indicado que para la aplicación del principio de confianza legítima se exige que la Administración haya dado al particular que la invoca garantías concretas que fundamentalmente le hacen concebir esperanzas fundadas y su admisión debe basarse en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes.

Además, como ha reiterado la jurisprudencia - SSTS de 13 de diciembre de 2021, rec. 371/2021, 28 de diciembre 2012, rec.. 273/2009) y 3 de julio 2013 (Rec. 2511/2011), entre otras muchas el principio de confianza legítima " no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico".

En el presente caso, no podemos apreciar confianza legítima alguna generada por la Administración porque la Autoridad Portuaria de Vigo no ofreció garantía alguna a la actora ya que no podía prestarla al ser consciente de la ilicitud de los acuerdos. La propia resolución recurrida destaca que la APV participó en la firma del Acuerdo de 2010 y desde esa fecha tuvo constancia de la existencia y aplicación del Acuerdo SEED de 1996 así como de la apertura de un período de reuniones entre las empresas estibadoras y el personal de la SAGEP de Vigo a partir de abril de 2013 en orden a la consecución de los acuerdos controvertidos.

En esas circunstancias, la mera invocación de que la Autoridad Portuaria de Vigo fue firmante de los acuerdos citados no es suficiente para justificar la aplicación del citado principio.

Subsidiariamente entiende la actora que de no considerarse aplicable el principio de confianza legítima hay que tener en cuenta la incertidumbre jurídica que mitiga la culpabilidad de los sujetos infractores hasta el punto de resultar imposible imputarles responsabilidad por infracción del derecho de la Competencia, con cita de la sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2012.

Considera que la incertidumbre jurídica generada por la aplicación del art. 155 del Texto Refundido de la ley de Puertos y la actitud de la Autoridad Portuaria de Vigo firmando los acuerdos investigados excluyen, a su juicio, el elemento intencional en la comisión de la infracción.

El argumento debe rechazarse pues la sentencia que invoca la recurrente se refiere a un supuesto diferente y no sirve de término de comparación pues en el presente caso no existía incertidumbre jurídica alguna ya que el art. 155 del TRLP no imponía la necesidad de contratar al personal de la SAGEP sino que únicamente abría la posibilidad de hacerlo una vez comparadas otras ofertas de prestación del servicio en cuanto a su coste y calidad, comparación que, como ya se ha expuesto, nunca se hizo.



Tampoco excluye la culpabilidad de la actora la presión ejercida por los sindicatos.

Coincidimos con la resolución recurrida en que hubo una resistencia a cualquier tipo de modificación del marco regulatorio que pudiera suponer una amenaza para la reserva de estas tareas en favor de los trabajadores de la SAGEP pero eso no exonera de responsabilidad a las empresas estibadoras ni permite afirmar que esa era la única conducta posible con el fin de conseguir la paz social y la competitividad del Puerto de Vigo.

Antes al contrario, la concertación entre ellas permitió unificar la forma de prestación del servicio al imponer las empresas la contratación de personal de la SAGEP por parte de las empresas, armonizando su estructura de costes en este punto, eliminando así toda incertidumbre respecto a las posibilidades de organización que concedía la Ley 33/2010 para todas ellas.

DÉCIMOTERCERO.- Denuncia la actora la vulneración del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable en virtud de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2017, de 12 de mayo, porque el marco legal sobre el que se sustentan los reproches a LME se encuentra ya derogado. Es decir, con el marco jurídico actual ya no es anticompetitivo utilizar exclusivamente personal estibador, al contrario, hoy es obligatorio llevar a cabo las actividades de carga y descarga de vehículos a motor sin matricular con personal portuario.

No hay infracción de tal principio porque el principio de irretroactividad de las normas, consagrado en el artículo 9.3 de la CE y el 26 de la ley 40/2015, establece que deberán aplicarse las normas vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción y al mismo tiempo se reconoce la aplicación retroactiva de las normas que favorezcan al presunto infractor, pero para ello dichas normas han de tener carácter sancionador.

El Real Decreto ley 8/2017, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052), establece el nuevo marco legal del servicio portuario de manipulación de mercancías que carece de naturaleza sancionadora.

La resolución sancionadora fija el período de duración de la conducta desde el 27 de agosto de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2016 al que aplica las normas sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que eran, por un lado, el art. 1 de la LDC y, por otro, el art. 1 del TFUE.

Al margen de que el RD-Ley 8/2017 no tiene naturaleza sancionadora y aunque vuelve a integrar la actividad de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular en el servicio de manipulación de mercancías, dicha actividad se beneficia, igual que el resto de actividades de la libertad de contratación por lo que incluso su aplicación retroactiva no eximiría de responsabilidad a las entidades sancionadas al imponer restricciones a la libertad de contratación en este ámbito.

DECIMOCUARTO.- Denuncia por último la actora la vulneración del artículo 64.1 de la LDC y del principio de proporcionalidad por infracción de la jurisprudencia que establece que, en los casos en los que el contexto normativo conlleve una situación de incertidumbre jurídica aun apreciada la culpabilidad de la infracción, tal circunstancia justifica una atenuación que lleva aparejada una reducción del importe de la sanción y cita la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 2013, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015.

En realidad, el supuesto de hecho analizado por esas sentencias aludía a la aprobación de una Orden autonómica que dio apariencia de legalidad a una conducta que se indica expresamente pero no puede compararse, como pretende la actora, con la aplicación del art. 155 del TRLP que permitía (no obligaba) a las empresas estibadoras a contratar personal de la SAGEP cuando ello fuera más favorable en términos de calidad y coste.

Por lo demás, la recurrente no cuestiona la aplicación que hace la resolución sancionadora de los criterios del art. 64 LDC para cuantificar la sanción impuesta de 19 9.276 euros, por lo que procede desestimar el recurso.

DÉCIMOQUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la entidad recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora D^a Adela Cano Lantero, en nombre y representación de **LINEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS, S.A. (LME)** co ntra la resolución de 26 de julio de 2018, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 199.276 €. por la comisión de una infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, resolución que declaramos conforme a derecho.



Con imposición de costas a la entidad recurrente.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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 CENDOJ