



Roj: **SAN 1194/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1194**

Id Cendoj: **28079230062023100137**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **03/03/2023**

Nº de Recurso: **757/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000757 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 7081/2018

Demandante: BERGÉ MARITIMA, S.L.

Procurador: DÑA. ADELA CANO LANTERO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

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 tres de marzo de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **757/2018**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Adela Cano Lantero, que actúa en nombre y en representación de la mercantil **BERGÉ MARITIMA, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 26 de julio del 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0596/16 ESTIBADORES DE VIGO, por la que se le impuso una sanción de multa por importe de 1.480.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMER O. 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 esta Sala que dicte sentencia por la que se "(i) estime íntegramente el presente recurso contencioso-administrativo, y, en consecuencia, anule la Resolución recurrida, o subsidiariamente, (ii) anule, total o parcialmente, la multa impuesta a BERGÉ, (iii) o la reduzca, atendiendo a los criterios objetivos expuestos en el presente escrito".

SEGUNDO. El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 25 de enero de 2023.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER O. En el presente recurso contencioso-administrativo, la mercantil recurrente, BERGÉ MARITIMA; S.L., impugna la Resolución dictada en fecha 26 de julio de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0596/16 ESTIBADORES DE VIGO, por la que se le impuso una sanción de multa por importe de 1.480.000 euros por la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE.

Concretamente, la parte dispositiva de la resolución impugnada tiene el siguiente contenido:

"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 PÉREZ TORRES MARÍTIMA, S.L., ESTIBADORA GALLEGA, S.A., LINEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS, S.A., TERMINALES MARÍTIMAS DE VIGO, S.L.U., BERGÉ MARÍTIMA, S.L., SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DE VIGO, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, COORDINADORA ESTATAL DE ESTIBADORES PORTUARIOS, ORGANIZACIÓN DE ESTIBADORES DEL PUERTO DE VIGO, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA, CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, COMISIONES OBRERAS y AUTORIDAD PORTUARIA DE VIGO.

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

(...)

BERGÉ MARITIMA, S.L.: 1.840.000 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".

Concretamente, la CNMC ha considerado que las empresas estibadoras sancionadas y la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios de Vigo (SAGEP de Vigo), en colaboración con los sindicatos con representación en el Comité de Empresa de la SAGEP y la Autoridad Portuaria de Vigo, han adoptado acuerdos anticompetitivos prohibidos en el artículo 1 de la LDC y artículo 101 del TFUE que implican la comisión de una infracción muy grave de las normas de competencia al haber alterado, sin amparo legal, el funcionamiento del mercado de la prestación de los servicios complementarios de la estiba y de su ejercicio, así como de la carga y descarga de vehículos a motor sin matricular en el Puerto de Vigo al imponer unas condiciones uniformes y claramente restrictivas de la competencia en la contratación de trabajadores para la prestación de los citados servicios no portuarios.

La CNMC ha concluido que constituyen prácticas restrictivas de la competencia los acuerdos de prórroga de la vigencia del Acuerdo SEED de 1996 con posterioridad a la Ley 33/2010, de 5 de agosto, así como la adopción de los Acuerdos en 2010 y 2013 celebrados entre las partes sancionadas por cuanto constituían acuerdos que restringían la competencia a través de la creación de una reserva en exclusiva para los trabajadores de



la SEED/SAGEP para la realización de actividades complementarias a las de la estiba liberalizadas por la Ley 33/2010. Y en la resolución impugnada se dice porque esos acuerdos son anticompetitivos: "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 y (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 signatarias, 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. El Acuerdo de 2013 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 (15). En conclusión, 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 como objeto bloquear o restringir indebidamente la contratación por las empresas de trabajadores ajenos a la SAGEP, eliminando la autonomía contractual de los operadores presentes en el mercado y eliminando un factor de competencia de extrema relevancia permitido por la Ley. De este modo los acuerdos examinados se apartan de las previsiones de la Ley 33/2010 y del TRLPEMM, normas 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. Dichos acuerdos encarecen los servicios complementarios a la estiba y producen beneficios tanto a la SAGEP como a los trabajadores vinculados con ella, dado que se les permite realizar determinadas actividades en régimen de monopolio y obtener por tanto las rentas inherentes a toda actividad monopolística, sin que exista amparo legal que lo permita. Igualmente puede considerarse 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. Además, la aplicación del acuerdo proporciona a las empresas la necesaria paz social. Este acuerdo de fijación de las condiciones de prestación de servicios no portuarios, asumido por las empresas estibadoras, la SAGEP, los sindicatos y la APV tiene, como todo acuerdo de fijación de condiciones comerciales, serias implicaciones para los clientes finales de los servicios portuarios, los importadores y exportadores, que verán encarecida la importación y exportación de sus productos por un mayor coste de estos servicios portuarios. Las empresas deben determinar el modo en que llevan a cabo su operativa de forma individual, sometidas a la incertidumbre inherente a un régimen de competencia, situación que no se ha dado en el presente expediente al ponerse de acuerdo las empresas signatarias en su política de contratación de trabajadores. Como indica el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de marzo de 2016, dictada en relación con el expediente 2805/07 Empresas Estibadoras, en referencia a la aplicación del artículo 81 del TCE (actualmente 101 del TFUE), el fin de dichos acuerdos entre empresas competidoras puede, además, perjudicar los intereses de terceras empresas (...)".

Y la resolución sancionadora termina diciendo: "En conclusión, la Sala considera que los tres acuerdos examinados de 1996, 2010 y 2013 tienen un objeto contrario a la competencia al acordar de forma colusoria la organización interna de las empresas implicadas y bloquear o restringir indebidamente la contratación por las mismas de trabajadores ajenos a la SAGEP, pactando las condiciones de ejercicio de uno de los elementos más relevantes de su política de costes. Además, incluyeron diversas obligaciones de la APV en relación con la emisión de licencias o autorizaciones para realizar actividades en el puerto, imponiendo el uso por las empresas autorizadas de personal integrado en los censos de la SEED del Puerto de Vigo o de la SAGEP".



A la mercantil recurrente, BERGÉ MARITIMA, S.L., se le ha sancionado porque, tal como se recoge en la resolución impugnada, es una "empresa perteneciente al grupo BERGÉ Y CÍA, S.A. y cuyo objeto social, según su declaración, es "la prestación de servicios de agencia y representación de buques, compañías y organizaciones explotadoras del negocio marítimo, así como de líneas regulares marítimas y otros negocios navieros como armadora y consignataria de buques y mercancías. En concreto, BERGÉ MARÍTIMA, S.A. se dedica a las actividades anexas al transporte marítimo y por vías navegables interiores, incluyendo los servicios de estiba, desestiba y consignación". Y se le ha considerado responsable por su participación en la realización de las prácticas colusorias sancionadas por la CNMC con una duración que va desde el 27 de agosto de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2016.

SEGUNDO O. Entendemos imprescindible relatar la evolución del régimen regulador de la estiba lo que permitirá analizar adecuadamente el contenido de los acuerdos que la CNMC ha calificado de anticompetitivos.

En relación con este aspecto, la resolución impugnada señala que: "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 TRLPEMM, 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. (...) 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. Sin embargo, esta norma efectúa tanto una definición en positivo delimitando las actividades que integran el servicio de "carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías" como una en negativo en la que se excluyen 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 y el TRLPEMM mantienen un enfoque similar. El TRLPEMM establece una definición de 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".

Asimismo, en la resolución que revisamos se dedica un apartado específico a la "Gestión de trabajadores dedicados a la estiba" que, por su importancia con el análisis del caso analizado, transcribimos: "La gestión de este colectivo de trabajadores ha sido tradicionalmente encomendada a unas específicas sociedades de gestión de personal que únicamente se dedican a la puesta a disposición de las empresas prestadoras del servicio de estiba/manipulación de mercancías del personal que éstas necesiten para su actividad. Por tanto, 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".

Y en cuanto al "Régimen de propiedad de las sociedades gestoras del personal estibador", la CNMC señala que: "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. Como consecuencia, la ley prevé la separación y salida del accionariado de las Autoridades Portuarias, quedando las empresas estibadoras como las únicas accionistas de las nuevas entidades. 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...".

Por otra parte, explica la resolución impugnada el "Régimen de contratación de trabajadores para la prestación de servicios de estiba" diciendo: "El pilar sobre el que se ha construido este régimen es 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. Las principales novedades 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 . (...) 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. En su sentencia, el TJUE constata 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 STJUE derogando este régimen de contratación de los trabajadores para la prestación de servicios de estiba (artículos 142 a 155). 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)".

TERCER O. En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente, BERGÉ MARITIMA, S.L., se solicita la nulidad de la resolución sancionadora y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Sostiene que ni el Convenio Colectivo S.E.E.D. de 1996 ni los Acuerdos de 2010 y de 2013 son restrictivos de la competencia por su objeto ni por sus efectos, sino que, en todo caso, fueron procompetitivos.

Se ha vulnerado, a su juicio, el principio de tipicidad de las infracciones administrativas por cuanto no existió un acuerdo entre empresas en el sentido de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

La CNMC ha efectuado una interpretación errónea de la normativa aplicable en el momento de los hechos porque tanto la Ley 33/2010, de 5 de agosto, como el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante obligaban a contratar trabajadores de la SAGEP siempre que la oferta fuese igual o más ventajosa.

Se ha vulnerado el principio de culpabilidad, puesto que BERGÉ actuó de buena fe y en aplicación del principio de confianza legítima ante la intervención activa de la Autoridad Portuaria de Vigo con el refrendo de los acuerdos adoptados.

Añade que el Consejo de la CNMC prejuzgó el resultado del procedimiento y, por tanto, vulneró el derecho a la presunción de inocencia de BERGÉ al notificar a la Comisión Europea el Acuerdo de Recalificación sin otorgar previamente un trámite de audiencia y antes de recibir las alegaciones de las partes a la nueva calificación.

Asimismo, refiere que la resolución sancionadora infringe el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable, al omitir lo establecido en el Real Decreto Ley 8/2017, que convalida las prácticas sancionadas.



Finalment e sostiene que la sanción impuesta es desproporcionada y que carece de motivación.

CUARTO . Centrado el objeto de debate, esta Sala aprecia que las partes discrepan en cuanto a la calificación que debe otorgarse a los acuerdos adoptados y que se han sancionado. Así, mientras que la CNMC los ha calificado como anticompetitivos, la recurrente entiende que han sido procompetitivos.

La CNMC ha entendido que se han adoptado acuerdos anticompetitivos porque su único objetivo era *"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"*. Y concreta que *"tanto el Acuerdo S.E.E.D. de 1996 como los Acuerdos de 2010 y 2013 tienen como objeto bloquear o restringir indebidamente la contratación por las empresas de trabajadores ajenos a la SAGEP, eliminando la autonomía contractual de los operadores presentes en el mercado y eliminando un factor de competencia de extremada relevancia permitido por la Ley"*.

Por el contrario, la mercantil recurrente entiende que los acuerdos quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de defensa de la competencia y que, además, no constituyen una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE porque no eran aptos para producir efectos anticompetitivos puesto que el único objetivo de los Acuerdos de 2010 y 2013 era mantener la paz social y garantizar el funcionamiento del Puerto de Vigo. En este sentido, refiere que los Acuerdos de 2010 y 2013 únicamente se firmaron para asegurar la operatividad del puerto de Vigo y por ello pueden considerarse procompetitivos en la medida en que permitieron que el Puerto de Vigo siguiera funcionando con normalidad y compitiendo con otros puertos cercanos, como el puerto de Marín.

La Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general supuso un importante cambio en el ámbito de la estiba quedando fuera del ámbito de la estiba el embarque y el desembarque de vehículos a motor sin matricular, así como la entrega, recepción y otras operaciones de manipulación de mercancías que pasaron a ser consideradas actividades complementarias. A partir de la entrada en vigor de dicha norma se establecieron 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) que quedaba reservado a los estibadores y exigía mediación de la SAGEP y (ii) las actividades complementarias a la estiba que debían regirse por el principio de libertad de contratación de trabajadores sin necesidad, por tanto, de mediación de la SAGEP.

Sin embargo, como veremos, la mercantil recurrente junto con las otras empresas y entidades sancionadas quisieron obviar la liberalización pretendida por la Ley 33/2010 con el mantenimiento de la vigencia del Acuerdo SEED de 1996 y con la adopción del Acuerdo de 2010 ya que, al margen de lo establecido en la normativa vigente, las partes se comprometieron a uniformar las condiciones de contratación de mano de obra asumiendo que el servicio fuera 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.

Modificación legislativa que no se respetó en los siguientes acuerdos y actuaciones que se han calificado por la CNMC como prácticas colusorias y que comparte esta Sala:

(i) El Acuerdo SEED adoptado en 1996 en el Puerto de Vigo entre los sindicatos en representación de los trabajadores (UGT, CCOO, CIG), la SEED y las empresas estibadoras (LÍNEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS S.A., ESTIBADORA GALLEGA S.A., TERMINALES MARÍTIMAS DE VIGO, S.L., ESTICARGO S.A., y BONIFACIO LOGARES S.A.) regulaba las relaciones laborales en el ámbito de la estiba, pero mantuvo su vigencia y aplicación con posterioridad a la entrada en vigor de la regularización recogida en la Ley 33/2010 - 27 de agosto de 2010- que había excluido del ámbito de la estiba tanto los servicios considerados complementarios como la carga y descarga de vehículos de motor sin matricular. Acuerdo que mantuvo su aplicación hasta que se denunció su vigencia en fecha 31 de diciembre de 2016 como así se aprecia en el folio 936 del expediente administrativo. Y durante ese periodo la reserva a favor del personal de la SAGED recogido en su artículo 3 se aplicó también a la prestación de los servicios de las actividades complementarias y al embarque y desembarque de los vehículos de motor sin matrícula.

(ii) El Acuerdo de 2010. Tal como se aprecia en el folio 399 del expediente administrativo en fecha 11 de mayo de 2010 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.) adoptaron un acuerdo por el que se decidió que no se llevaría a cabo la liberalización recogida en la Ley 33/2010 que excluía expresamente del ámbito de la estiba y, por tanto, de la reserva de actividad vinculada a la misma, una serie de servicios que, a partir de la vigencia de la citada Ley, pasaron a considerarse complementarios de las labores



de carga y descarga de las mercancías. Es decir, a partir de la entrada en vigor de dicha norma, se establecieron 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) quedaba reservado a los estibadores y exigía mediación de la SAGEP y (ii) las actividades complementarias a la estiba que se debían regir por el principio de libertad de contratación de trabajadores sin necesidad, por tanto, de mediación de la SAGEP. Y, sin embargo, con la adopción del Acuerdo de 2010 no se llevó a cabo esa liberalización en cuanto a las actividades de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular y en cuanto a la entrega y recepción de mercancías en las que se mantuvo la vigencia del régimen de reserva a favor de trabajadores de la SAGEP recogido en el Acuerdo SEED de 1996. Conclusión esta que se deduce del contenido del citado acuerdo en el que se decía: "... ante la modificación de la ley 48/2003 que se está tramitando, en la que se prevé la exención de la manipulación de los coches nuevos, camiones, maquinaria, etc. del servicio portuario de manipulación de mercancías y su transformación en un servicio comercial, sujeto al otorgamiento de la licencia pertinente, por parte de la Autoridad Portuaria de Vigo". Y para ello en dicho 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".

Asimismo, en el Acuerdo de 2010 se aprecia que las partes intervinientes reconocieron la vigencia y manifestaron la voluntad de mantener la aplicación del Acuerdo SEED de 1996 a las actividades que habían sido liberalizadas por la Ley 33/2010 al decirse: "3. El convenio actual de la S.E.E.D. del Puerto de Vigo, se aplicará 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".

(iii) El Acuerdo de 2013 adoptado entre la APV, las empresas estibadoras, el Comité de Empresa y la Gerencia de la SAGEP de Vigo continúa en la misma línea de limitar la liberalización exigida por la Ley 33/2010 puesto que las partes se comprometieron a permitir la contratación libre pero solo en los casos de excesos de demanda sobre la plantilla de la SAGEP y siempre limitada a un número máximo de trabajadores, en concreto a 15.

En definitiva, esta Sala, al igual que la CNMC, entiende que tanto la prórroga de la vigencia del Acuerdo SEED de 1996 a partir de la entrada en vigor de la Ley 33/2010, como los Acuerdos adoptados en 2010 y 2013 celebrados entre las partes sancionadas mantuvieron una reserva en exclusiva para los trabajadores estibadores de la SEED/SAGEP de las actividades complementarias a las de la estiba, así como al embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular que se habían liberalizado por la Ley 33/2010, de 5 de agosto.

Modificación legislativa que no se respetó por la APV, el Comité de Empresa de la SEED, la gerencia de la SEED y las empresas estibadoras.

Acuerdos que no solo incumplen las exigencias legales previstas en la Ley 33/2010, sino que también pueden calificarse como de prácticas colusorias y de acuerdos anticompetitivos porque bloquearon o restringieron indebidamente la contratación por parte de las empresas estibadoras de trabajadores ajenos a la SAGEP, eliminando así la autonomía contractual al armonizar las condiciones de contratación de las empresas estibadoras a favor del personal de la SAGEP. Esa armonización de las empresas estibadoras implicaba que todas las empresas actuaran de forma uniforme en cuanto a uno de los elementos esenciales de la estructura de costes de una empresa, pues se conocía previamente cual podía ser el coste de la mano de obra de las empresas competidoras lo que suponía uniformidad en las estrategias empresariales relacionadas con la contratación de trabajadores; y, además, ello limitaba la libertad empresarial en cuanto a la posibilidad de modificar esos costes de personal contratando a trabajadores ajenos a la SAGEP eliminando así toda incertidumbre respecto a las posibilidades de organización abiertas por la Ley 33/2010, de 5 de agosto.

Conductas que, en ningún caso, pueden ser consideradas procompetitivas porque no tienen encaje en el artículo 1.3 de la LDC que dispone que la prohibición del artículo 1.1 de la LDC no se aplicará a aquellos acuerdos que mejoren la producción o comercialización y distribución de bienes y servicios o promuevan el progreso técnico o económico. Los acuerdos sancionados no son subsumibles en ninguno de los apartados del artículo 1.3 de la LDC dado que ni contribuyeron a mejorar la producción ni la comercialización ni la distribución de bienes y/o servicios ni promovieron el progreso técnico. Por otra parte, los acuerdos adoptados no se pueden justificar ni se pueden incluir en la excepción analizada del artículo 1.3 por las medidas de presión



que pudieron realizar los trabajadores en el puerto de Vigo con huelgas y boicots ya que, en ningún caso, esos hechos permiten ni justifican la adopción de los acuerdos analizados ya que la responsabilidad de las empresas estibadoras era respetar la normativa vigente y, en todo caso, pudieron ejercitar las acciones que el ordenamiento jurídico reconoce para los casos en los que las huelgas puedan calificarse como "salvajes".

Tampoco compartimos la afirmación de la recurrente cuando sostiene que, en todo caso, los acuerdos no han producido efectos anticompetitivos en el mercado y ello debe determinar la nulidad de la resolución sancionadora. En relación con esta afirmación seguimos los criterios recogidos en la sentencia dictada por el TJUE en fecha 20 de noviembre de 2008 (asunto C-209/07) en la que se recogen los criterios para determinar cuando nos encontramos ante una infracción por el objeto o cuando es necesario establecer su incidencia sobre el mercado. Concretamente, en dicha sentencia se dice: *"P rocede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE , apartado 1, un acuerdo debe tener "por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". Es jurisprudencia reiterada del TJUE, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. Para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE , apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125). Este examen debe efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en que se inscribe (sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie Royale Asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83 , Rec. p. 1679, apartado 26 , y de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, apartado 66)".*

Y, en el caso analizado, esta Sala considera que los acuerdos colusorios sancionados son una infracción por el objeto en la medida en que por su naturaleza pueden impedir, restringir o falsear la competencia toda vez que, atendiendo al contenido de los acuerdos, a los objetivos que pretendían alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se adoptaron poseían un grado de nocividad suficiente como para poder considerarse una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, lo cual, tal como se recoge por el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de marzo de 2018, hace innecesario examinar los efectos anticompetitivos producidos en el mercado. Por tanto, eran acuerdos restrictivos por su objeto en cuanto que por su propia naturaleza y contenido podían provocar la consiguiente elevación del precio de los servicios; podían limitar la entrada en el mercado laboral de trabajadores que lícitamente pudieran ser contratados para prestar el servicio, y podían impedir la competencia entre las empresas estibadoras en la medida en que por medio de los pactos se unificaba el modo de prestación del servicio en un elemento muy relevante de su estructura de costes. Y todo ello suponía una reducción de la competitividad en el puerto de Vigo en el que se aplica esta conducta. Como así ya se reconoció por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 8 de marzo de 2016 (recurso de casación nº 1666/2013) en relación con el expediente de la CNC 2805/07 Empresas Estibadoras en la que se dijo que este tipo de acuerdos persiguen *"perjudicar los intereses de las empresas no estibadoras al restringirles la posibilidad de desarrollar sus actividades de prestación de servicios portuarios complementarios, así como los derechos de los trabajadores pertenecientes a empresas no estibadoras"*.

En definitiva, esta Sala concluye que son acuerdos anticompetitivos por el objeto adoptados por empresas competidoras que perseguían unificar las condiciones comerciales de las empresas firmantes restringiendo su libertad de contratación de trabajadores en materias en las que la regulación no amparaba tal restricción.

Por otra parte, entendemos conveniente destacar que los acuerdos sancionados no regulaban las relaciones entre la empresa y sus trabajadores ni contenían referencia alguna a condiciones laborales, sino que el objetivo de estos acuerdos era eludir la aplicación de la normativa que permitía a las empresas que prestan servicios complementarios y realizan carga y descarga de vehículos a motor sin matricular contratar a los trabajadores libremente sin someterse a las exigencias establecidas por las normas para el caso de los servicios de estiba. En definitiva, lo que se está sancionando es el acuerdo adoptado entre empresas competidoras para concertar de forma conjunta una decisión que debe ser individual de cada empresa como es su estructura empresarial interna, su política de personal y la fuerza laboral empleada por cada una de ellas.



QUINTO. Por otra parte, la mercantil recurrente sostiene que los acuerdos sancionados no encajan en la prohibición establecida en el artículo 1 de la LDC ni en el artículo 101 del TFUE por cuanto que no son acuerdos adoptados entre empresas competidoras sino que son acuerdos intraempresa adoptados en el seno de la SAGEP del Puerto de Vigo entre la empresa (a través de su gerencia y los accionistas de la SAGEP, que hasta 2011 incluía a la propia APV) y sus trabajadores (a través del comité de empresa) y que, por tanto, no son acuerdos adoptados entre empresas competidoras.

No compartimos esa afirmación porque en la adopción de los acuerdos colusorios han participado varias entidades que han actuado con independencia económica y autonomía orgánica y con plenos poderes de gestión y administración como son la SAGEP, las empresas que participaban en el capital social de la SAGEP y el comité de empresa de la SAGEP. Figuran en el expediente administrativo numerosas pruebas que evidencian la separación existente entre las actuaciones de la SAGEP de Vigo y de las empresas estibadoras. De hecho, el propio Acuerdo SEED de 1996 identifica en el primer apartado de su artículo 2 relativo al "*Ámbito personal*", a la SEED (ahora SAGEP de Vigo), por un lado, y a las empresas estibadoras, por otro, al decir: "*ÁMBITO PERSONAL: 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, el Acuerdo de 2010 también diferencia la intervención de las distintas partes y cada una con su propia autonomía funcional al decir: "*Reunidos las Empresas Estibadoras, Autoridad Portuaria de Vigo y Comité de empresa de la SEED y gerente de la SEED*". 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. Por último, en similares términos se manifiesta el Acuerdo de 2013 al señalar: "*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*".

SEXTO. Asimismo, la recurrente sostiene que, en todo caso, la conducta sancionada estaría amparada por la exención prevista en el artículo 4.1 de la LDC ya que la contratación de personal estibador para la realización de las actividades complementarias era una posibilidad permitida por el artículo 155 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante al considerar que no existía una oferta más ventajosa que la del personal de la SAGEP en términos de calidad y coste -en concreto, experiencia, cualificación, disponibilidad y flexibilidad de la mano de obra y exigencias de los servicios requeridos- que justificarían dicha contratación.

Rec ordemos que el artículo 155 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEM) establecía, antes de ser derogado por el Real Decreto-Ley 8/2017, lo siguiente: "*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*".

Pues bien, del tenor literal del citado precepto resulta que, en contra de lo sostenido por la recurrente, no hay previsión normativa alguna que dé cobertura a los acuerdos por los que ha sido sancionada la mercantil recurrente. Y es que, si se analiza el contenido de los acuerdos, está claro que lo pretendido era obviar, en todos los casos y al margen de consideraciones relativas a las ofertas, la liberalización permitida por la Ley y escapar a las consecuencias del cambio normativo, uniformando, en todos los casos, las condiciones de contratación de mano de obra asumiendo que los servicios de estiba de vehículos a motor sin matricular y las actividades comerciales, que no tienen la consideración de servicio portuario de manipulación de mercancías, continuaran siendo prestados por estibadores y con la intermediación de la SAGEP.

Así lo avala la firma de los citados acuerdos puesto que la observancia de lo preceptuado en el artículo 155 TRLPEM no requería la adopción de ningún acuerdo de carácter general, en la medida en que imponía a las empresas atender sus necesidades de personal para la prestación de estos servicios mediante la utilización de personal de la SAGEP en los supuestos contemplados en la norma. En definitiva, si como se afirma en la demanda, el uso de personal de la SAGEP para la prestación del servicio de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular era una decisión individual, amparada en ser la oferta de la SAGEP la más ventajosa para ellas, resultaba completamente innecesaria la firma de los acuerdos por los que ha sido sancionada la actora.

El artículo 155 del TRLPEM no establece la exigencia de contratación de personal de la SAGEP sino la necesidad de evaluar las distintas ofertas existentes para elegir la más favorable en términos de coste y calidad. Tal y como se expresa claramente en el apartado 4.1 de la resolución recurrida, referido a la antijuridicidad de las conductas examinadas, la Sala de Competencia no se opuso ni entró a valorar en ningún momento cualquier decisión de las empresas imputadas en relación con la organización interna de sus servicios adoptada de forma unilateral por razones de utilidad, coste o conveniencia. La conducta sancionada



fue, por el contrario, la adopción de pactos colusorios entre dichas empresas competidoras para decidir de común acuerdo la contratación de trabajadores de la SAGEP sin que existiera necesidad de hacerlo.

SÉPTIMO. Denuncia la recurrente la infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE como consecuencia de la intervención en los hechos sancionados de la Autoridad Portuaria de Vigo. Argumenta que, dado el objeto de la conducta perseguida, la intervención y responsabilidad de la Administración Pública competente en la materia -APV- tiene virtualidad para excluir la imputación por la realización de dichas conductas sancionadas, por cuanto esa intervención y responsabilidad pública hace desaparecer la culpabilidad de la conducta necesaria para que la infracción sea perseguible y sancionable.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación acudimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, rec. 2468/2015, que recoge la jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea, recogida, entre otras, en las sentencias de 18 de junio de 2010 (asunto T549/08, apartado 71), 16 de septiembre de 2013 (asunto T-3/07, apartado 53) y 18 de junio de 2014 (asunto T-260/, apartado 84), y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expresada en las sentencias de 18 de julio de 2007 (asunto C213/06, apartado 33) y 26 de enero de 2017 (asunto C-611/13, apartado 44). Sentencias en las que se declara que el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima exige que concurren tres requisitos acumulativos:

1. La Administración debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y coherentes que emanen de fuentes autorizadas y fiables.
2. Estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen.
3. Las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables.

El Tribunal Supremo, que ha aplicado el principio de confianza legítima al derecho de la competencia, ha señalado que dicho principio debe ser interpretado de forma restrictiva y siempre en el ámbito de la legalidad. No basta con su alegación respecto de cualquier actuación de la Administración que induzca a error, siendo necesario examinar las circunstancias de cada caso. Y así ha señalado de forma reiterada que la aplicación del principio de confianza legítima en el ámbito de la potestad sancionadora en el ámbito de la competencia exige la concurrencia de dos presupuestos básicos: (i) la existencia de signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes y que (ii) dichos signos induzcan razonablemente al particular a confiar en la legalidad de la actuación administrativa de tal manera que las situaciones de confusión normativa e incertidumbre jurídica pueden generar legítimamente en las empresas confianza en la legalidad de las conductas, excluyendo el elemento de intencionalidad, negligencia o culpa que exige el artículo 63.1 de LDC para que la autoridad de la competencia pueda sancionar con multa a los operadores económicos que infrinjan lo dispuesto en la Ley.

De esta forma, lo primero que debe analizarse es si la actuación de la APV se ha ajustado a la legalidad, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo *"prevalece el principio de legalidad frente a un comportamiento manifiestamente contrario a la propia legalidad, aun cuando la conducta de la Administración pueda haber sido equívoca"*. Y como señala el apartado 2 del artículo 4 de la LDC, las disposiciones sobre las conductas prohibidas por la LDC *"se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes o las empresas públicos sin dicho amparo legal"*.

En el presente caso, ninguna norma de rango legal ampara las prácticas objeto de investigación ni las exime de la aplicación de la LDC. Así, la APV es competente en la materia que tiene que ver con gestión del Puerto de Vigo, pero no lo es para determinar si las conductas investigadas son o no contrarias al Derecho de la Competencia, lo cual compete únicamente a la CNMC. Por otra parte, no se entiende que las entidades imputadas invoquen el principio de confianza legítima cuando son plenamente conocedores de la normativa vigente aplicable, la doctrina y la jurisprudencia en materia de competencia y más concretamente la valoración contraria que la CNMC ha venido realizando en el pasado de acuerdos parecidos. Así, como ha afirmado el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de diciembre de 2017 *"no podían desconocer, por tanto, empresas importantes del sector como lo eran las sancionadas, las exigencias del derecho de la competencia, ni ser llamadas a engaño por una actuación de la Administración más o menos equívoca en cuanto a la admisibilidad del comportamiento de las empresas sancionadas"*. En el presente caso es evidente que las prácticas realizadas no eran conformes con las normas de competencia, aun cuando contaran con la participación de la APV.

Por lo demás, es importante precisar que la Sala examina la conformidad a derecho de la resolución sancionadora impugnada, quedando fuera del ámbito de su enjuiciamiento la decisión de la CNMC de no sancionar a la APV.



OCTAVO. La recurrente sostiene que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque se ha notificado a la Comisión Europea el acuerdo de recalificación sin otorgar previamente un trámite de audiencia y antes de recibir las alegaciones de las partes.

El artículo 51.4 de la LDC establece que: *"Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas"*.

En el caso analizado, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC no ha modificado los hechos apreciados por la Dirección de Competencia, únicamente ha entendido que no se habían calificado correctamente por la citada Dirección de Competencia y a esa disparidad en la calificación de los hechos se refiere el artículo 51.4 citado que contempla la recalificación de las conductas por parte del Consejo de la CNMC que, en definitiva, es el órgano al que compete resolver. Acuerdo de Recalificación del que se dio traslado no solo a la Dirección de Competencia sino también a las partes implicadas en el procedimiento sancionador para que efectuaran alegaciones en el plazo de 15 días hábiles sobre la nueva recalificación. Alegaciones que, en el caso de la recurrente, se presentaron en fecha 25 de junio de 2018, a las que se dio respuesta en la resolución recurrida. No puede considerarse, pues, infringido el derecho de defensa de la demandante en la medida en que la CNMC respetó en todo momento lo dispuesto en el artículo 51.4 de la LDC y actuó de conformidad con el mismo.

En relación con la remisión a la Comisión Europea por parte de la Sala de Competencia de su proyecto de decisión en lugar de su criterio definitivo tras analizar las alegaciones de las partes al mismo, debemos destacar el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 en el que se dice que: *"A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión. A tal efecto, le proporcionarán una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta"*.

Esto es, el procedimiento de colaboración entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros recogido en este precepto implica una transmisión de información desde el Estado miembro a la Comisión que, tal y como dispone dicho precepto, puede llevarse a cabo bien mediante una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, por el contrario, mediante cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta. En la medida, pues, que en este caso se trataba de un cambio de calificación jurídica de los hechos acreditados por el órgano instructor, devenía necesario informar a la Comisión Europea de ello, siendo suficiente, como el propio precepto indica, con remitirle *"cualquier documento en el que se expusiera la línea de acción propuesta"*, extremo que cumple el Acuerdo de Recalificación.

Por tanto, concluimos que la actuación de la Sala de Competencia cumple las exigencias del citado artículo que no exige la remisión de la decisión definitiva, lo cual resulta lógico dado que dicho precepto lo que fija es un procedimiento de "colaboración" entre ambas instituciones, colaboración que quedaría anulada si esta institución presentara un texto considerado "definitivo" y no sujeto a posible modificación jurídica una vez escuchada la Comisión Europea y tenidas en cuenta las alegaciones presentadas.

NOVENO. Por cuanto se refiere a la aplicación al caso del artículo 26.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que recoge el principio de irretroactividad, argumenta la recurrente que el Real Decreto-ley 8/2017, al volver a incardinar como actividad propia de la estiba el embarque y desembarque de vehículos sin matricular, impide concluir, en cualquier caso, que los hechos investigados, y por los que ha sido sancionada, puedan constituir una conducta contraria al artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE en el momento de su realización, utilizando como base la vulneración de unas obligaciones que venían impuestas por una norma derogada por el legislador, menos aún, cuando, en la actualidad, ya no es anticompetitivo pactar que única y exclusivamente el personal estibador llevará a cabo las labores de carga y descarga de vehículos sin matricular, sino que, a sensu contrario, es obligatorio que así se haga.

El motivo ha de ser desestimado por las razones que pasamos a exponer. Como recoge la resolución sancionadora, el Real Decreto-ley 8/2017 dio cumplimiento a la STJUE 11 de diciembre de 2014 (asunto C-576/13), que 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. Dicha sentencia constató el incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones que le incumbían 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.



Que dicha norma previera 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 y que derogue una parte importante del régimen regulador del servicio de manipulación de mercancías contenido en el TRLPEMM, a los efectos de reintegrar en el ámbito propio del servicio de manipulación de mercancías los servicios de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular, no proyecta las consecuencias pretendidas por la recurrente en orden a la licitud de las conductas sancionadas por cuanto que, como se puede leer en su Exposición de Motivos, el Real Decreto-Ley: *"En el articulado (...) se sienta el principio de libertad de contratación en el ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías, de modo que los operadores no están obligados a participar en ninguna empresa de puesta a disposición de trabajadores portuarios y pueden contratar a éstos con plena libertad, siempre que se cumplan los requisitos orientados a asegurar su capacitación profesional"*. Y en su artículo 2 se regula expresamente la *"Libertad de contratación de trabajadores portuarios para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías"* diciendo:

1. La contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías es libre, previo cumplimiento de los requisitos establecidos que garanticen la profesionalidad de los trabajadores portuarios.

2. *Para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías no es necesario que los titulares de la correspondiente licencia participen en ninguna empresa cuyo objeto social sea la puesta a disposición de trabajadores portuarios"*.

Por tanto, incluso aunque el RD-Ley 8/2017 se aplicara retroactivamente, no exoneraría a las entidades sancionadas en la resolución, entre ellas BERGÉ MARITIMA, en la medida en que acordaron restricciones a la libertad de contratación en este ámbito a través tanto de la prórroga de la vigencia del Acuerdo SEED de 1996 como de los Acuerdos de 2010 y 2013.

DÉCIMO . Finalmente, y de forma subsidiaria, la mercantil recurrente solicita que se acuerde la nulidad de la sanción de multa impuesta o, en su caso, se reduzca su importe refiriendo que carece de motivación y que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

En primer lugar, destacamos que la CNMC ha calificado las conductas imputadas como infracción muy grave prevista en el artículo 62.4.a) de la LDC que considera como tal el desarrollo de conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la Ley tales como acuerdos o prácticas concertadas entre empresas competidoras entre sí. Y, en lo que se refiere al importe de las sanciones, el apartado c) del artículo 63.1 de la LDC señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Y, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), dicho porcentaje ha de aplicarse sobre el volumen total de negocio de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, debiendo graduarse las multas conforme a los criterios recogidos en el artículo 64 de la LDC y atendiendo a su finalidad disuasoria y al principio de proporcionalidad.

Pues bien, esta Sala considera que, en el caso analizado, la CNMC ha determinado de forma correcta la cuantía de la sanción de multa por cuanto que ha aplicado el tipo sancionador al volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa tal como así dispone el artículo 63.1.c) de la LDC. Por otra parte, consideramos que la CNMC ha fijado el tipo sancionador en el 5,6% atendiendo a los criterios recogidos en el artículo 64 de la LDC tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa responsable, el alcance de la infracción, la duración de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos y los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción al decir en la resolución sancionadora:

"En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), éste comprende la actividad en el Puerto de Vigo relacionada con el servicio de manipulación de mercancías y actividades complementarias de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular y las de entrega y recepción de mercancías.

La cuota de mercado conjunta de las empresas participantes en la conducta (art. 64.1.b) es del 100%, ya que todas las empresas que prestan servicios de estiba en el Puerto de Vigo forman parte de la estructura accionarial de SAGEP y, por tanto, participaron en el acuerdo.

El mercado geográfico afectado por la infracción a efectos de la determinación de la sanción es el Puerto de Vigo, si bien se considera que la conducta produce efectos de carácter supra autonómico y con afectación al mercado interior de la Unión Europea (art. 64.1.c).



La duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca desde el 28 de agosto de 2010, fecha de la entrada en vigor de la Ley 33/2010, hasta el 31 de diciembre de 2016 , cuando el Acuerdo SEED de 1996 pierde vigencia.

Com o se ha explicado en el fundamento de derecho cuarto, ha quedado acreditada la existencia de efectos en el mercado (art. 64.1.e), ya que el Acuerdo de 2010 y el de 2013 fueron puestos en práctica y desplegaron los efectos descritos previamente durante más de 6 años.

Los anteriores criterios permiten realizar una valoración general de la infracción de cara a su sanción que se traduce en un tipo sancionador general del 3,5%".

Además, la resolución impugnada realiza una valoración individual de la conducta de cada empresa. Y para ello la CNMC explica, *"conviene tener en cuenta varios factores adicionales para que la sanción refleje su efectiva participación en la infracción"*. Y de este modo se tiene en cuenta el VNMA afectado por la conducta, la duración de la participación de cada empresa y las posibles circunstancias agravantes o atenuantes que concurren. Y, como en este caso, la duración de la participación es la misma para todas las empresas y no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, entonces, la CNMC para la individualización de la sanción acude a la facturación en el mercado afectado durante la infracción.

En cuanto a la proporcionalidad a la que se someten las sanciones resultantes de los tipos sancionadores determinados, la resolución impugnada señala que: *"aunque el tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, si se aplica al volumen de negocios total de empresas multiproducto -es decir, empresas que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado- podría resultar una sanción desproporcionada. Para valorar el elemento proporcionalidad de las sanciones normalmente se realiza una estimación del beneficio ilícito que la empresa infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes al que se aplica un factor de disuasión. Sin embargo, en este caso el acuerdo sancionado no ha generado un beneficio ilícito a las empresas, sino que estas han asumido un sobrecoste que podría haber sido trasladado a los clientes y consumidores finales. Por tanto, en el presente expediente la Sala estima este sobrecoste potencial sobre el VNMA en lugar del beneficio ilícito potencial, aplicándole un factor de disuasión que varía en función de la duración de la infracción y del tamaño de la entidad infractora"*. Y sigue diciendo la resolución sancionadora que por estas razones, y de acuerdo con las estimaciones realizadas, no se aplica a algunas empresas el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción sino una sanción que se considera proporcional y suficientemente disuasoria, como así ha sucedido en relación con la recurrente *"a la que no se aplica el tipo sancionador del 5,6% que le correspondería, sino una sanción considerada proporcional y suficientemente disuasoria de 1.480.000 euros"*.

En definitiva, debemos confirmar el importe de la sanción de multa impuesta a la mercantil recurrente porque se ha impuesto atendiendo a los criterios legales que el recurrente conoce porque así se han recogido y especificado en la resolución impugnada.

DÉCIMO PRIMERO. Y como esta Sala ha rechazado todas las alegaciones efectuadas por la recurrente, debemos, en consecuencia, acordar la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto lo que implica que se impongan a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **757/2018**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Adela Cano Lantero, que actúa en nombre y en representación de la mercantil BERGÉ MARITIMA, S.L., contra la Resolución dictada en fecha 26 julio del 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0596/16 Estibadores de Vigo, por la que se le impuso una sanción de multa por importe de 1.480.000 euros. Resolución que confirmamos porque entendemos que es conforme con el ordenamiento jurídico.

Se imponen a la recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.