



Roj: **SAN 1299/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1299**

Id Cendoj: **28079230062023100158**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **03/03/2023**

Nº de Recurso: **716/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000716 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06811/2018

Demandante: VIGO ESTIBA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS (SAGEP DE VIGO)

Procurador: D. GABRIEL MARÍA DE DIEGO QUEVEDO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

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 el presente recurso contencioso-administrativo núm. 716/18 promovido por el Procurador D. Gabriel María de Diego Quevedo, en nombre y representación de la mercantil **VIGO ESTIBA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS (SAGEP DE VIGO)**, contra la resolución de 26 de julio de 2018, dictada en el Expte. S/DC/0596/16 ESTIBADORES VIGO, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que declaró, responsable de una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, entre otras, a la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios de Vigo, imponiendo a la misma una sanción de 100.000 euros. Ha 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 se dictase sentencia por la que:

"Primero. - Declare que el expediente S/DC/0596/16 se encontraba caducado a la fecha de notificación a mi representada de la Resolución recurrida, procediendo con ello a revocar, dejar sin efecto la misma y acordar el archivo del expediente.

Segundo. - En defecto de lo anterior, declare nula o, subsidiariamente, anule la Resolución dictada por la CNMC con fecha 26 de julio de 2018, por la que declara que mi defendida ha incurrido en prácticas o conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, procediendo a decretar el archivo del expediente.

Tercero. - En defecto de todo lo anterior, anule parcialmente la resolución recurrida y deje sin efectos el importe sancionador impuesto a mi defendida, de conformidad con lo expuesto en el cuerpo de esta demanda.

Cuarto. - En su caso, ordene la publicación de la sentencia total o parcialmente estimatoria y de una nota de prensa relativa a la misma en el sitio web www.cnmc.es, de la misma forma y manera que se ha hecho con la resolución recurrida, con el fin de reparar el daño reputacional infligido a mi mandante.

Quinto. - Imponga, en su caso, las costas devengadas en el presente procedimiento a la parte demandada, de conformidad con cuanto dispone el artículo 139.1 de la LJCA."

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 18 de enero del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la resolución de 26 de julio de 2018, dictada en el Expte. S/DC/0596/16 ESTIBADORES VIGO, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que declaró, responsable de una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, entre otras, a la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios de Vigo, imponiendo a la misma una sanción de 100.000 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución 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 (...) SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DE VIGO (...)

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

(...)

SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS DE VIGO: 100.000 euros

(...).

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".

SEGUNDO. - En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:



4. SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS O SAGEP DE VIGO

Es una entidad creada al amparo de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, y que sustituyó a la anterior Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Vigo (SEED).

Su función, tal y como se definía en el derogado artículo 142 del TRLPEMM, era "la gestión de la puesta a disposición de sus accionistas de los trabajadores, por ella contratados, que dichos accionistas demanden 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, como consecuencia de la irregularidad de la mano de obra necesaria para la realización de las actividades incluidas en dicho servicio portuario". En su capital social participan "las empresas que deseen prestar el servicio portuario de manipulación de mercancías y obtengan la correspondiente licencia" (art. 143 TRLPEMM, derogado).

De acuerdo con la información proporcionada por la APV, su estructura accionarial era, a fecha de 15 de octubre de 2016, la siguiente:

EMPRESA ESTIBADORA PORCENTAJE CAPITAL N° ACCIONES

TERMINALES MARÍTIMAS DE VIGO, S.L.U. 34,320 60.642,12 10.090

ESTIBADORA GALLEGA, S.A. 12,865 22.730,28 3.782

BERGÉ MARÍTIMA, S.L. 25,540 45.129,99 7.509

LÍNEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS, S.A. 16,825 29.732,08 4.947

PÉREZ TORRES MARÍTIMA, S.L. 10,450 18.463,09 3.072

TOTAL 100% 176.697,56 29.400

Recoge la resolución sancionadora los principales hitos legislativos y la evolución del régimen regulador de la estiba que 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. Que en el marco jurídico definido por el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, 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.

Recuerda que 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. Que 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). Que 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.

Señala que la gestión de trabajadores dedicados a la estiba 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 y que, 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. A estos efectos explica 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. Que 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 y que, 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. Añade que la Ley



33/2010 creó la "Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios" (SAGEP), que vino a sustituir las dos figuras anteriores y que 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.

Por cuanto se refiere al régimen de contratación de trabajadores para la prestación de servicios de estiba, señala que el pilar sobre el que se ha construido 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.

Recoge que 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, a saber: 1-, 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. Que 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 y, 2-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.

A estos efectos recuerda también que el artículo 142 del TRLPEMM define la SAGEP y configura su objeto social y que es completar la mano de obra de las empresas, pero no sustituirla ("actividades (...) que no puedan realizarse con personal propio de su plantilla"). Añade que 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 y que 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.

Invoca la resolución impugnada 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 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.

Continúa exponiéndose que 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), consagrando el principio de libertad de contratación de trabajadores, al no exigir que los titulares de la correspondiente licencia participen en ninguna empresa cuyo objeto social sea la puesta a disposición de trabajadores portuarios. Que dicha norma 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. Añade que 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).

Dicho la anterior, recoge la resolución sancionadora el fallido IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria de 2007, que 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, cuya adecuación a derecho fue declarada por sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2012, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo.



A continuación, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos acreditados, señalando que tienen su origen en la información aportada por la Autoridad del Puerto de Vigo (APV) y en las contestaciones a los requerimientos de información efectuados por la DC durante la instrucción. Reitera que normativa reguladora de la estiba ha sido objeto de una progresiva liberalización que ha afectado a varias de sus características esenciales. Que uno de los pilares de este proceso ha sido la definición del ámbito de la estiba, quedando fuera aquellas actividades no mencionadas por la normativa vigente. Que entre estas actividades se encuentran las de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular y la de entrega y recepción de mercancías, excluidas expresamente desde la aprobación de la Ley 33/2010. Añade que, a pesar de la liberalización establecida por la normativa sectorial, en el Puerto de Vigo se ha mantenido el régimen aplicable a la estiba a estas actividades liberalizadas a través de los siguientes acuerdos:

1- Acuerdo SEED de 1996 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.7, ESTICARGO S.A. y BONIFACIO LOGARES S.A., con el fin de regular las relaciones laborales en el ámbito de la estiba. Precisa que muestra del mismo es la copia compulsada del pacto remitida por la SAGEP a la APV en contestación al requerimiento de información de este última de 29 de junio de 2016, en la que figuran las firmas de los representantes de las partes intervinientes que vienen identificadas en función de la empresa o sindicato al que representan (folio 242). Añade que en su artículo 3 establecía que *"El presente Convenio regulará las relaciones laborales entre la S.E.E.D. de Vigo, las Empresas estibadoras y los trabajadores que intervengan en la realización de las actividades propias o constitutivas del Servicio Público de Estiba y Desestiba y las complementarias que se describan en este Convenio"*. El acuerdo, que preveía una vigencia desde el 1 de enero de 1.996, extendió su vigencia hasta el 31 de diciembre de 1.998 fue prorrogado año tras año, habiendo permanecido en vigor durante 20 años (folio 936). En la reunión mantenida el 20 de octubre de 2016 entre las empresas estibadoras del Puerto de Vigo, el Comité de Empresa de la SAGEP y la SAGEP de Vigo, esta última propuso denunciar el Acuerdo SEED, que mantendría su vigencia hasta 31 de diciembre de 2016 (folios 936 y 938).

2-Acuerdo de 2010. Recoge la resolución impugnada que tras la aprobación de la Ley 33/2010, que supuso un punto de inflexión en el régimen de la estiba, dado que desde entonces quedaban fuera de su ámbito tanto el embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular como la entrega, recepción y otras operaciones de manipulación de mercancías que pasaban a ser consideradas actividades complementarias ante la prevista liberalización de estas actividades, 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.) llegaron a un acuerdo para mantener la reserva de actividad que existía hasta entonces a las actividades que iban a ser liberalizadas (folio 399) Además, el referido 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.

Añade la resolución impugnada que, el texto preveía su sometimiento al estudio jurídico de la APV, pero que no se remitió hasta el 15 de enero de 2016. Que en el informe de dicho Servicio Jurídico, de 16 de febrero de 2016, se indica que el Acuerdo de 2010 buscaba eludir los efectos del posible cambio de marco normativo estipulando la obligación de la Autoridad Portuaria de incluir en las autorizaciones para realizar dicha actividad cláusulas que impondrían el uso por las empresas autorizadas de personal integrado en los censos de la SEED del Puerto de Vigo o de la SAGEP, y que debe descartarse que la APV pueda, al amparo del Real Decreto Legislativo 2/2011 establecer dicha condición, especialmente en relación a un servicio comercial (folios 403 a 408). En definitiva, se afirma que el Acuerdo de 2010 perseguía dejar sin efecto dicha modificación legislativa al obligar a la APV a condicionar la concesión de licencias a la reserva de dicha actividad a trabajadores de la SEED/SAGEP.

3-Acuerdo de 12 de junio de 2013 firmado por TERMINALES MARÍTIMAS DE VIGO, BERGÉ MARÍTIMA, ESTIBADORA GALLEGA, LÍNEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS y PÉREZ TORRES MARÍTIMA cuyo objeto fue poner un límite a la contratación de personal ajeno a la SAGEP. En concreto, 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"*.

Se establecía, además, 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).



Refiere que los pliegos para la prestación del servicio comercial de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular entraron en vigor el 16 de febrero de 2016, según la APV. Respecto de los medios humanos a emplear en las actividades propias del servicio comercial de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular, se establecía que se tendrá en cuenta lo estipulado en el Artículo 155 del TRLPEMM" (folio 711). Según la APV, la única licencia otorgada al amparo de estos pliegos fue en favor de BERGÉ MARÍTIMA.

Se añade que tras la entrada en vigor del RD-Ley 8/2017, el 14 de mayo de 2017, se vuelve a integrar la actividad de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular en el servicio de manipulación de mercancías, que se beneficia, igual que el resto de actividades de libertad de contratación, por lo que la APV anula los pliegos el 21 de julio de 2017.

A continuación, se precisa que las conductas sancionadas se han desarrollado durante la vigencia de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, dado que el ámbito temporal al que se circunscribe la conducta analizada comprende, como mínimo, desde el 27 de agosto de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2016. Por lo que la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

Dicho todo lo anterior, la Sala de Competencia la Sala concluye que los tres acuerdos examinados de 1996, 2010 y 2013 tuvieron por objeto una restricción a la competencia consistente en la creación de una reserva en exclusiva para los trabajadores de la SEED/SAGEP de actividades complementarias a las de la estiba, liberalizadas por la Ley 33/2010, y que por tanto, 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, incluyendo, además, i 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.

Así las cosas, sostiene que las entidades firmantes de los acuerdos han cometido una infracción muy grave de las normas de competencia, en concreto, del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE 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 personas para la prestación de los citados servicios no portuarios.

Para llegar a dicha conclusión argumenta que 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. Que 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. Razona que 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 y, 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. Que 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), por lo que, en definitiva, 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.

Añade que 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 SAGE y que, 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. Por lo demás, recuerda que 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.

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a ella los siguientes motivos de impugnación:

1. Caducidad del procedimiento sancionador.

2- Nulidad de pleno derecho del acuerdo de recalificación adoptado por la CNMC con fecha 31 de mayo de 2018, por aplicación del artículo 47.1 b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3- Infracción del artículo 1 de la ley 15/2007 y 101 del TFUE. sobre la inexistencia de prácticas prohibidas, al no entrar las conductas descritas dentro del ámbito de aplicación de tales preceptos legales.

4-Infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE en la que incurre la resolución recurrida. sobre la intervención pública en los hechos por parte de la autoridad portuaria de Vigo y la exclusión de la posible apreciación de conductas colusorias prohibidas por los citados preceptos de la LDC y TFUE.

5-Aplicación al caso de la exención contenida en el artículo 4.1 de la ley 15/2007.

6-Aplicación al caso del artículo 26.2 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público del principio de irretroactividad

7-Sobre la infracción del artículo 64.1 de la ley 15/2007 en la que incurre la resolución recurrida.

CUARTO- Ex puestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados por la recurrente, comenzando por el que sostiene la caducidad del procedimiento sancionador.

A estos efectos, se afirma en la demanda que la resolución sancionadora fue notificada a la SAGEP el 30 de julio de 2018 y que a dicha fecha habían transcurrido 18 meses y 6 días desde la incoación del expediente, lo cual tuvo lugar el día 24 de enero de 2017. Que con fecha 31 de mayo de 2018, por la CNMC se acuerda la suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución por la que se ponga fin al expediente sancionador, de conformidad con lo establecido en los artículos 37 de la LDC y 12 del RDC. Y ello, (i) al requerir a las entidades imputadas sobre su volumen de negocio consolidado en el año 2017 y (ii) acordar remitir a la Comisión Europea la información prevista en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2013 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. Que por resolución de fecha 6 de julio de 2018, la CNMC acuerda el alzamiento de la anterior suspensión.

Dicho lo anterior, denuncia la actora que el acuerdo de alzamiento de suspensión adolece de nulidad por cuanto (a) dicho alzamiento nunca debió ser acordado con fecha 6 de julio de 2018 sino antes -toda vez que, desde el día 27 de junio de 2018, no ha habido ninguna actuación que validara una ampliación del plazo durante 10 días adicionales- y (b) no es atendible suspender el plazo, con base en la causa contenida en el artículo 37.2 c), por un plazo de 30 días naturales.

Pues bien, no cabe apreciar la caducidad del procedimiento sancionador por las razones que pasamos a exponer.



El artículo 36.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia dispone que *"El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente"*.

Por su parte, el art. 37 de dicha norma regula los supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo, afirmando en su apartado segundo:

"[...] se acordará la suspensión del plazo máximo para resolver los procedimientos:

[...] c) Cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado con respecto a una propuesta de resolución en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea".

El artículo 37 de la LDC establece los supuestos en los que procede acordar la suspensión de los procedimientos seguidos ante la CNMC, si bien diferenciando aquellos casos en los que los plazos máximos para dictar una resolución "se podrá suspender por resolución motivada", previstos en el apartado primero; de aquellos en los que se dispone que "será acordada" la suspensión, supuestos del apartado segundo. La norma, tanto en uno como en otro caso, se limita a enunciar los casos en los que se puede o se debe acordar la suspensión del procedimiento.

El art. 11.4 del Reglamento 1/2003 que establece la obligación de informar a la Comisión ante determinados procedimientos por infracciones en defensa de la competencia, no contiene indicación alguna en torno a la suspensión del plazo del procedimiento nacional, ni se dispone que esta suspensión sea automática en tales casos, omitiendo la regulación respecto al dies a quo para el cómputo del plazo de suspensión, por lo que toda previsión en cuanto a la suspensión del plazo y su cómputo se rige por las normas nacionales en virtud del principio de autonomía procedimental nacional.

De ahí que, para determinar el comienzo del plazo de suspensión haya que acudir al artículo 12 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en el que se dispone respecto del cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión, lo siguiente:

"1. En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:

a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;

b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente;

c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones;

d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio;

e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;

f) en los demás supuestos del artículo 37 de la Ley 15/2007, se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados.

2. Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados.

3. *En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo."*

De la lectura de estos preceptos se desprende que, en los casos en los que procede la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento, la CNMC debe adoptar un acuerdo de suspensión en el que se señale el motivo por el que se adopta. Así mismo, el citado precepto establece previsiones referidas al comienzo del cómputo del plazo de suspensión que, en el caso que nos ocupa, se concretan en lo dispuesto en el apartado f) de dicho precepto: "se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados". En definitiva, se refuerza la idea de que es necesario un acuerdo expreso de suspensión cuyo cómputo comienza desde la fecha de su adopción.

Por lo demás, cumple recordar que la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en su Sentencia del 05 de julio de 2022 (ROJ: STS 2723/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2723) ha fijado como doctrina jurisprudencial que, en los casos de suspensión del procedimiento sancionador por remisión de información a la Comisión Europea, al amparo de lo dispuesto en el art. 11.4 del Reglamento 1/2003, el cómputo del plazo se inicia desde la fecha del acuerdo de suspensión y concluye cuando se levanta la suspensión.

En el supuesto que nos ocupa el procedimiento se incoó el 24 de enero de 2017. 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 información relativa a los volúmenes de negocio tuvo entrada en la CNMC entre el 11 de junio y el 21 de junio de 2018 (folios 2934 a 2943; 2955 a 2971; 3013 a 3048; 3058 a 3565; 3574 a 3583 y 3630 a 3640). Las alegaciones al Acuerdo de recalificación, remisión a la Comisión Europea y requerimiento de información tuvieron entrada en la CNMC entre el 14 de junio y el 25 de junio de 2018 (folios 2972 a 3008; 3566 a 3573; 3600 a 3611 y 3641 a 3797). La suspensión del plazo máximo para resolver y notificar se levantó el día 6 de julio de 2018 (folio 3820), lo que fue comunicado a las empresas imputadas. La resolución sancionadora se dictó el 26 de julio de 2018 y fue notificada a la aquí recurrente el 30 de julio siguiente.

Resulta entonces que, aun cuando la suspensión del procedimiento debió alzarse transcurrido el plazo de 30 días a que se refiere el art. 11.4 del Reglamento 1/2003, a contar desde el Acuerdo de 31 de mayo de 2018, lo cierto es que, sumados esos 30 días al día a quem inicialmente fijado para concluir el procedimiento (el 24 de julio de 2018), la fecha máxima de finalización del procedimiento pasó a ser el 24 de agosto de 2018. Por tanto, habiendo sido dictada la resolución sancionadora, el 26 de julio de 2018 y notificada a las partes el 30 de julio siguiente (fecha esta última que ha de tomarse en consideración a los efectos del cómputo del plazo de caducidad según dispone el artículo 21.2 de la Ley 39/2015), no procede declarar la caducidad del procedimiento (art. 38.1 de la LDC).

QUINTO. - Opone la recurrente la nulidad de pleno derecho del acuerdo de recalificación adoptado por la CNMC con fecha 31 de mayo de 2018, por aplicación del artículo 47.1 b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

Para fundamentar este motivo de impugnación argumenta que la Dirección de Competencia 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" y que, obviando lo anterior, con fecha 31 de mayo de 2018, por la CNMC se acuerda modificar la calificación propuesta por la Dirección de Competencia, según se dice "porque los hechos están calificados de forma incorrecta, debiendo calificarse como conductas contrarias al artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, cuando, a juicio de la recurrente, dicha incorrección de los hechos es inexistente.

Añade que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.4 de la LDC, la CNMC podrá calificar nuevamente los hechos cuando -únicamente- la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Competencia, pero no, cuando, habiendo calificado debidamente la cuestión -acuerdos contrarios al artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE-, propone que se declare la inexistencia de prácticas prohibidas, por no existir infracción de tales preceptos de la LDC y TFUE. Y que, entender lo contrario, esto es, permitir a la CNMC recalificar aquellos hechos o conductas sobre las que la

propia Comisión no esté conforme con la instrucción llevada a cabo por la Dirección de Competencia y con el contenido del informe y propuesta elevada por la misma, no solo generaría una gran inseguridad sobre el administrado. Y concluye afirmando que, dada la trascendencia que sobre los principios de seguridad jurídica, presunción de inocencia y acusatorio tiene la facultad reconocida en el artículo 51.4 de la LDC, de la misma solo puede hacer uso el Consejo de CNMC con carácter limitado, previa motivación suficiente y siempre y cuando, conforme exigen los principios del derecho penal de aplicación al procedimiento administrativo sancionador, se parta de un hecho inexorable, cuál es: que por la Dirección de Competencia se proponga a la CNMC, en su informe, la continuación del procedimiento y la exigencia de responsabilidades por haberse cometido alguna práctica contraria a la LDC.

Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: "*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*".

Pues bien, la Sala 3º del Tribunal Supremo en su Sentencia del 15 de octubre de 2018 (ROJ: STS 3625/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3625), admite la posibilidad de efectuar una nueva calificación sin modificar los hechos, respetando el trámite de audiencia y que, en tal caso, no se vulnere el derecho de defensa recogido en el art 24 de la Constitución.

Así las cosas, en el supuesto que examinamos, el Pliego de Concreción de Hechos de la Dirección de la Competencia recoge la adopción de acuerdos para reservar en exclusiva al personal de la SAGEP de Vigo la prestación de los servicios de (i) embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular y de (ii) recepción y entrega de mercancías y, considera responsables de dicha infracción a UGT, CCOO, CIG, CGT, CEEP-OEPV, LÍNEAS MARÍTIMAS ESPAÑOLAS SA, BERGÉ MARÍTIMA SL, ESTIBADORA GALLEGA SA, TERMINALES MARÍTIMAS DE VIGO SLU, PÉREZ TORRES MARÍTIMA SL, la SAGEP y la APV y tras relatar las diferentes reformas del régimen portuario que han ido delimitando su ámbito material, la DC entendió que el mantenimiento de la vigencia del Acuerdo SEED de 1996 y del Acuerdo adoptado en 2010 tenía por objeto obviar lo previsto en la normativa vigente y extender a todas las actividades (de estiba y complementarias) las restricciones a la contratación que la Ley ampara solo para el modelo de la estiba; es decir extender a las labores complementarias el modelo que exige la intermediación de la SAGEP.

Sin embargo, en la propuesta de resolución que elevó a la Sala, el órgano de instrucción modificó a sus conclusiones y entendió que los acuerdos enjuiciados no entran dentro del ámbito de aplicación de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE al considerar que los mismos no constituyen acuerdos adoptados propiamente entre empresas sino acuerdos negociados, dentro de la SAGEP por las dos partes implicadas, la empresa y sus trabajadores, por lo que se trataría de acuerdos intraempresa de los que habría tenido conocimiento la autoridad portuaria (APV). Además, consideró que el Comité de Empresa no reúne los requisitos exigidos por la LDC para ser sujeto infractor, pues no tiene condición de persona jurídica y sus miembros, que son personas físicas (trabajadores) tampoco reúnen la condición de directivos ni ocupan ningún cargo de responsabilidad en la empresa. que el Comité de Empresa no reúne los requisitos exigidos por la LDC para ser sujeto infractor, pues no tiene condición de persona jurídica y sus miembros, que son personas físicas (trabajadores) tampoco reúnen la condición de directivos ni ocupan ningún cargo de responsabilidad en la empresa (SAGEP) y que el problema de imputabilidad resulta también de no haberse podido acreditar la participación directa de los sindicatos incoados en las decisiones adoptadas por los miembros del Comité de Empresa de la SAGEP, pese a conocer su afiliación y representación sindical. Entendió que tampoco es posible declarar la responsabilidad de las empresas estibadoras puesto que el objeto y contenido de los acuerdos analizados, al obligarse a seguir contratando personal de la SAGEP, resultaba en beneficio de los trabajadores de la SAGEP y en detrimento de sus clientes.

Por su parte, la Sala de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia (CNMC) consideró que tales hechos debían ser objeto de recalificación ya que podrían constituir una infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, calificada como infracción muy grave en el artículo 62.4.a) de la LD, sometiéndola a la nueva calificación al trámite de audiencia del artículo 51.4LDC.

Así las cosas, no apreciamos que el acuerdo de recalificación adoptado por la CNMC con fecha 31 de mayo de 2018 esté incurso en la causa de nulidad del artículo 47.1 b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

Por lo demás, la misma Sentencia antes citada nos enseña que no basta con invocar la producción de indefensión, sino que deben mostrarse siquiera indicios de su acontecimiento material, lo que, en el caso ahora enjuiciado, no se ha producido.



SEXTO.- De nuncia la recurrente la infracción del artículo 1 de la ley 15/2007 y 101 del TFUE. En contra de lo sostenido en la resolución impugnada, sostiene que los comportamientos sancionados no son contrarios al artículo 1 de la LDC ni 101 del TFUE por cuanto que los Acuerdos objeto del expediente son acuerdos intraempresa, adoptados en el seno de la SAGEP del Puerto de Vigo, entre la gerencia de la misma y su Comité de empresa y que, por tanto, no son acuerdos anticompetitivos entre empresas competidoras, siendo los únicos beneficiados por los acuerdos investigados los trabajadores de la SAGEP y, en ningún caso, ni las empresas estibadoras socias de la SAGEP, ni tampoco esta última.

Afirma que las conductas por las que se le sancionan se hallarían exentas de la aplicación de la normativa de competencia, de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mantenida en las sentencias dictadas en fecha 21 de septiembre de 1999 -asunto C-67/96 Albany International- y 11 de diciembre de 2007 -asunto C-438/05 Viking Line-.

Añade que la conducta perseguida estaría, en todo caso, 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 es una posibilidad permitida en todo momento por la normativa vigente, incluso desde la aprobación de 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 en los puertos de interés general, y que, además, la contratación de estibadores para la realización del servicio de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular ha estado permitida por el artículo 155 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), al considerar que no existe 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-.

Rechaza la afirmación de que el Convenio S.E.E.D. haya cerrado el mercado de servicios complementarios "al imponer unas condiciones uniformes de prestación" y que tanto empresas estibadoras como no estibadoras realizan servicios complementarios con personal ajeno a la SAGEP. Que el acuerdo de 10 de mayo de 2010 y la prestación del servicio de embarque y desembarque de vehículos a motos sin matricular, nunca se ha aplicado ni ha estado vigente, habiendo quedado sin efecto sin efecto tras la aprobación de la Ley 33/2010. por contravenirla, ya que el compromiso adquirido por la APV consistía en incluir en las licencias comerciales la obligación de utilizar personal estibador, y que los Pliegos para la concesión de dichas licencias no se aprobaron hasta enero de 2016, resultando que el informe de la Abogacía concluyó que dicha Autoridad no podía adoptar el compromiso establecido en Acuerdo de 11 de mayo de 2010.

Sostiene que 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 ventajosas para ellas.

Refiere, además, que los acuerdos suscritos y por los que se le sanciona, no eran restrictivos de la competencia, ni por objeto, ni por y que no existe prueba alguna de que haya existido una restricción real en la práctica.

SÉPTIMO .- Son varias las cuestiones planteadas a las que debemos dar respuesta.

Denuncia la recurrente que los comportamientos sancionados no son contrarios al artículo 1 de la LDC ni 101 del TFUE por cuanto que los Acuerdos objeto del expediente son acuerdos intraempresa, adoptados en el seno de la SAGEP del Puerto de Vigo, entre la gerencia de la misma y su Comité de empresa y que, por tanto, no son acuerdos anticompetitivos entre empresas competidoras, siendo los únicos beneficiados por los acuerdos investigados los trabajadores de la SAGEP y, en ningún caso, ni las empresas estibadoras socias de la SAGEP, ni tampoco esta última.

No niega la sociedad demandante la existencia de los acuerdos por los que ha sido sancionada y, por tanto, nuestro análisis se centrará en su objeto anticompetitivo.

Dicho lo anterior debemos de nuevo recordar 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, actividades que quedan regidas por el principio de libertad de contratación de trabajadores sin necesidad, por tanto, de mediación de la SAGEP.

Así las cosas, hemos de convenir con la resolución sancionadora recurrida en que tanto el mantenimiento del Acuerdo SEED de 1996, cuya vigencia, por lo que aquí interesa, se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2016, como los Acuerdos de 2010 y 2013 constituyen acuerdos entre empresas competidoras que tuvieron por objeto una restricción a la competencia consistente en la creación de una reserva en exclusiva para los trabajadores de la SEED/SAGEP de actividades complementarias a las de la estiba en concreto, las

de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular y la entrega y recepción de mercancías, liberalizadas por la Ley 33/2010. Mediante los citados acuerdos se buscó 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, apartándose 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.

Como se argumenta en la resolución impugnada, *" 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 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 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)".*

Frente a esta conclusión se alza la recurrente sosteniendo que se trataba de acuerdos intraempresa de naturaleza extraestatutaria que no afectan a los servicios complementarios a la estiba y desestiba al no imponerse de ninguna forma a las empresas dado que sólo alcanzan a los firmantes (folios 2974 a 2976).

Esta alegación, que ya fue formulada en el seno del procedimiento sancionador, fue rechazada en la resolución ahora impugnada en los siguientes términos, que la Sala comparte: *" (...) en este expediente no se está cuestionando la negociación y firma del Acuerdo SEED en 1996, sino su aplicación y vigencia a partir de la entrada en vigor de la Ley 33/2010 y hasta diciembre de 2016, en la medida en que infringe tanto lo establecido en dicha norma como en la LDC. Esta Sala se ha limitado a valorar la incidencia sobre la competencia de determinados aspectos del Acuerdo SEED de 1996; aquéllos que exceden del ámbito propio de un convenio colectivo que determine las condiciones laborales de la estiba portuaria, incidiendo en los mercados.*

Además, debe recordarse que esta Sala somete al análisis de las normas de competencia únicamente la parte del Acuerdo que -en contradicción con lo previsto en la Ley 33/2010 y con su impulso liberalizador que busca conseguir transporte marítimo más competitivo- se extiende más allá de su ámbito propio y unifica condiciones comerciales de las empresas firmantes restringiendo su libertad de contratación de trabajadores en materias en que la regulación no ampara la restricción.

Esta Sala no entra a valorar, como tampoco lo hizo el órgano instructor, aspectos propios de la regulación laboral que deben ser analizados por la autoridad laboral. El análisis se ciñe a la labor de preservar la competencia en los mercados.

Los acuerdos objeto del expediente noregulan las relaciones entre la empresa y sus trabajadores ni contienen referencia alguna a condiciones laborales (...)

" (...) el objetivo de estos acuerdos es eludir de manera fraudulenta 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 contratar a los trabajadores libremente sin someterse a las exigencias establecidas por las normas para el caso de los servicios de estiba. Además, buscan garantizar que todas las empresas estibadoras asumen el compromiso de no competencia en este factor concreto.

Nada en el contenido de los preceptos analizados en este expediente regula condiciones laborales de los trabajadores. Se emplea el término Convenio colectivo para ocultar un acuerdo de determinación uniforme de condiciones comerciales entre competidores de manera contraria a las posibilidades ofrecidas por la normativa sectorial y generando, en consecuencia, una infracción de la competencia" (...)

Por lo demás, también convenimos también con la resolución recurrida en que, de acuerdo con la doctrina contenida en las Sentencias doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mantenida en las sentencias dictadas en fecha 21 de septiembre de 1999 -asunto C-67/96 Albany International- y -- y 11 de diciembre de 2007 -asunto C-438/05 Viking Line-, la aplicación después de 2010 del acuerdo de 1996 y el acuerdo alcanzado en 2013 no pueden considerarse amparados por la regulación laboral porque su objetivo fue eludir de manera fraudulenta 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 contratar a los trabajadores libremente sin someterse a las exigencias establecidas por las normas para el caso de los servicios de estiba, buscando,



además, garantizar que todas las empresas estibadoras asuman el compromiso de no competencia en este factor concreto. Se trata, por tanto, de acuerdos entre operadores económicos (empresas competidoras y sindicatos) que no regulan las condiciones laborales de los trabajadores, que caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la LDC al esconder como negociación colectiva lo que en realidad suponen acuerdos colusorios en que se pacta la aplicación de condiciones laborales y exigencias de contratación de un determinado personal que son legales en un concreto ámbito (labores portuarias) a sectores en que las citadas constricciones no existen. Que esta conducta encarece innecesariamente la prestación de los servicios -de modo que afecta a los usuarios-; limita la entrada en el mercado laboral de trabajadores que lícitamente podrían ser contratados para prestar el servicio, e impide la competencia entre las empresas estibadoras en la medida en que por medio de los pactos se unifica el modo de prestación del servicio en un elemento que supone un tanto por ciento muy relevante de su estructura de costes y que todo ello tiene como consecuencia una reducción de la competitividad del puerto en que se aplica esta conducta y genera al menos un riesgo de desviación de los tráficos a puertos competidores.

Para terminar, cumple manifestar que la parte recurrente se ha limitado a reiterar la aplicación al caso de la doctrina contenida en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citadas, sin realizar ninguna argumentación dirigida a desvirtuar lo resuelto en la resolución impugnada.

OCTAVO. - De fiende la recurrente que los acuerdos suscritos por los que se le sanciona, no eran restrictivos de la competencia, ni por objeto, ni por y que no existe prueba alguna de que haya existido una restricción real en la práctica.

Para dar respuesta a esta cuestión conviene recordar que la tradicional distinción, en el ámbito del Derecho de la Competencia, entre las infracciones "por objeto" y las infracciones "por efecto" ha sido examinada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en su sentencia nº 43/2019, de 21 de enero, a cuyo tenor:

" (...) la diferencia entre conductas prohibidas por su objeto o por sus efectos deriva, en primer lugar, del tenor literal del propio artículo 1 LDC -así como del artículo 101 TFUE -, que prohíbe "todo acuerdo, [...] que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]". Como señala la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, (Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11, apart. 35) "la distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia [...]". En el mismo sentido se pronunció el TJUE en su sentencia de 27 de abril de 2017, (FSL, C-469/15 P, apart. 104) y más recientemente, en su sentencia de 23 de enero de 2018, (F. Hoffmann-La Roche y otros, apart. 78).

La sentencia del TJUE de 20 de noviembre de 2008 (asunto C-209/07) ya puso de manifiesto los criterios para determinar si nos encontramos ante una infracción por el objeto o para establecer si era necesario establecer su incidencia sobre el mercado, afirmando que: "Procede 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)."

Ahora bien, una vez establecida la conclusión de que nos encontramos ante una infracción por el objeto no se precisa establecer los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado.

Así se desprende de una abundantísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha sido recogida y aplicada por este Tribunal Supremo.



[...]

Y en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (asunto C-8/08), tras distinguir entre las prácticas que tienen un "objeto" contrario a la competencia y las que tienen un efecto contrario a la competencia, se afirma: "29. Además, ha de señalarse que, 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 dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; 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, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17)".

Finalmente, la STJUE de 20 de enero de 2016 (asunto C-373-149) recuerda que en las infracciones por objeto es necesario considerar el objeto mismo del acuerdo, pero "[...] no es necesario examinar los efectos de acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella (véanse en ese sentido las sentencias T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, apartados 28 y 30, y ClaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros C 501/06 P, C-513/06 P y C- 519/06 P, EU:C:2009:610, apartado 55)".

Así mismo lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que en su STS de 26 de junio de 2017 (recurso 2403/2014) señala que los acuerdos de intercambio de información entre competidores destinados a coordinar las condiciones económicas tienen por objeto restringir la competencia y no resulta necesario, en consecuencia, examinar sus efectos: "Debe recordarse, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia (STJUE de febrero de 2009, asunto T-Mobile C-8/08, que bastaría la prueba del intercambio de información, [...], para presumir la existencia del acuerdo anticompetitivo, que dado su objetivo, interferencia en la fijación de precios, debe calificarse como tal por su objeto [...]. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia."

Y en la STS nº 331/2018, de 1 de marzo, esta misma Sala consideró, respecto a la no necesidad de examinar los efectos en el caso de infracciones por el objeto, que "[...] En cambio, cuando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior".

Por lo demás, debemos también recordar que la sentencia de 10 de diciembre de 2014 (T-90/11), sintetiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la distinción entre las infracciones por objeto y por efecto en los siguientes términos:

"306 Por otra parte, por lo que respecta a la apreciación de su carácter contrario a la competencia, debe atenderse al contenido de las disposiciones que los establecen, a los objetivos que pretenden alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscriben (véase, en este sentido, la sentencia T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 27, y la jurisprudencia citada).

307 además, la jurisprudencia precisa que la distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias T-Mobile Netherlands y otros, citada en el anterior apartado 305, apartado 29, y Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 35).

309 En la hipótesis de que el análisis de un tipo de coordinación entre empresas no presente un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, deben examinarse, en cambio, sus efectos y, para prohibirlo, 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 manifiesta (sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 34, y la jurisprudencia citada).

310 para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas tiene un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe. Al apreciar dicho contexto, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales



del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados pertinentes (véase, en este sentido, la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, citada en el anterior apartado 61, apartado 36, y la jurisprudencia citada)".

Pues bien, en el caso que examinamos, las sancionadas y, entre ellas la aquí recurrente, firmaron una serie de acuerdos con la finalidad de armonizar las condiciones de contratación de las empresas estibadoras para reservar en exclusiva o limitar injustificadamente en favor del personal de la SAGEP la prestación de los servicios de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular y de recepción y entrega de mercancías. Así las cosas, atendiendo al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretendían alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribieron, poseían un grado de nocividad suficiente para ser considerado una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1.

Por tanto, en la medida en que se trataba de acuerdos restrictivos por su objeto, no resulta preciso que se hayan aplicado o implementado con éxito, por cuanto que no es preciso establecer los efectos negativos que la conducta infractora ha tenido o puede tener sobre el mercado.

NOVENO - Por lo que se refiere a la aplicación al caso de la exención contenida en el artículo 4.1 de la ley 15/2007, como ya hemos recogido, aduce la recurrente que la contratación de personal estibador para la realización de las actividades complementarias es una posibilidad permitida en todo momento por la normativa vigente, incluso desde la aprobación de 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 en los puertos de interés general. Añade que, además, la contratación de estibadores para la realización del servicio de embarque y desembarque de vehículos a motor sin matricular ha estado permitida por el artículo 155 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), al considerar que no existe 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-

Entiende la Sala, sin embargo, que los argumentos expuestos no consiguen desvirtuar las razones que evidencian la comisión de la infracción sancionada.

Recordemos 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 de cobertura a los acuerdos por los que ha sido sancionada SAGEP de Vigo. Y es que, si se analiza el contenido de los acuerdos, es 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 prestado por estibadores y con la intermediación de la SAGEP.

Así lo avala la propia 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 que imponía a las empresas atender sus necesidades de personal para 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 y para la entrega y recepción de mercancías, 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.

DÉCIMO- Denuncia la recurrente la infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE como consecuencia de la intervención pública en los hechos sancionados por parte de la APV. 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 (y sanción) que por dichas infracciones ha sido sancionada, por cuanto con dicha intervención y responsabilidad pública se hace desaparecer la culpabilidad de la conducta necesaria para que la infracción sea perseguible y sancionable.



Para dar respuesta a este motivo de impugnación cumple manifestar que como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, rec. 2468/2015, precisamente en el ámbito del Derecho de la Competencia y conforme con reiterada jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea, recogida 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 sentencias de 18 de julio de 2007 (asunto C213/06, apartado 33) y 26 de enero de 2017 (asunto C-611/13, apartado 44), que ha sido seguida por la Sala 3º en sentencias de 7 de noviembre de 2016 (recurso 1047/2016) y 28 de noviembre de 2016 (recurso 699/2016), el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima exige que concurren tres requisitos acumulativos, a saber: "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, y 3- Las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables."

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.

UNDÉCIMO- 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 impuesta 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 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.

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

A lo dicho cabe añadir que el Real Decreto-ley 8/2017 no tiene naturaleza sancionadora por lo que no cabe invocar, respecto de su aplicación, el artículo 26.2 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

DECIMOSEGUNDO. -Para terminar, opone la demandante la infracción del artículo 64.1 de la LDC en la que incurre la resolución recurrida en la cuantificación de la sanción que le ha sido impuesta. (100.000 euros), omitiendo los elementos que dicho precepto exige tomar en consideración.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación y por lo que se refiere a la motivación, debemos recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35.1.de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: h) Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial .



Por lo que se refiere al caso examinado, la resolución recurrida impone a la aquí recurrente una sanción de 100.000 euros, consignando lo siguiente:

"3. Criterios para la determinación de la sanción de SAGEP

SAGEP es responsable de una infracción muy grave de los artículos 1 LDC y 101 TFUE consistente en la adopción de acuerdos con el fin de reservar en exclusiva al 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. Se trata, por tanto, de una infracción muy grave.

Sin embargo, en el presente caso, se está sancionando a todas las empresas que forman parte del accionariado de SAGEP, por lo que no resultaría prudente tomar como referencia el volumen de negocios de ésta, ya que se correría el riesgo de estar sancionando en exceso a las empresas estibadoras.

La sanción que debe aplicarse a SAGEP en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64 de la LDC y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En lo que respecta a las características del mercado afectado, tomamos en consideración lo expuesto en el apartado anterior, así como en lo que atañe al alcance de la infracción, la duración de la conducta y los efectos de la misma en el mercado.

Ha quedado acreditado en el expediente que la SAGEP de Vigo constituye el verdadero centro de los acuerdos y el mecanismo a través del que se infringe en este caso el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, cerrando el mercado al imponer unas condiciones uniformes de prestación de los servicios no portuarios.

De acuerdo con todos los factores señalados, esta Sala considera que procede imponer a la SAGEP una multa de 100.000 euros, en línea con los precedentes de expedientes anteriores."

A la vista de la fundamentación expuesta, debemos convenir con la recurrente en que carece de motivación por cuanto que, pese a afirmar que *"la sanción debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64 de la LDC y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, no se atiende a los criterios fijados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (rec. 2872/13), para justificar la concreta cuantificación de la sanción, más allá de afirmar que la SAGEP de Vigo constituye el verdadero centro de los acuerdos y el mecanismo a través del que se infringe en este caso el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE y de una remisión genérica a expedientes anteriores, que ni siquiera se citan.

Dicho lo anterior, debemos también recordar que la motivación constituye una garantía esencial para el administrado mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad, proscrita por el ordenamiento jurídico. Así las cosas, la falta de motivación determinante de indefensión lleva consigo la nulidad de la sanción impuesta a la SAGEP.

Ahora bien, afirmado el carácter anticompetitiva de los acuerdos suscritos por la recurrente y, acreditada la infracción por la que ha sido sancionada, la estimación del presente recurso ha de ser parcial, a los solos efectos de declarar la nulidad de la sanción impuesta por falta de motivación.

DECIMOTERCERO. - No procede hacer pronunciamiento sobre pago de costas procesales.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador el Procurador D. Gabriel María de Diego Quevedo, en nombre y representación de la mercantil **VIGO ESTIBA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE GESTIÓN DE ESTIBADORES PORTUARIOS**, contra la resolución de 26 de julio de 2018, dictada en el Expte. S/DC/0596/16 ESTIBADORES VIGO, por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a los solos efectos de anular la sanción impuesta a la recurrente. Sin costas.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.