

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administ.

Sección: 006

MADRID

PO565 OFICIO DEVOLVER EXPEDIENTE Y CERTIFICACION SENT

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2009 0006875

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000703 /2009**

Recurrente: FEDERACION DE ASOCIACIONES OBRERAS
SINDICALES/LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK

Ref.: Adjunto copia de oficio para su localización

Habiéndose declarado firme la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo anotado al margen, adjunto tengo el honor de remitir testimonio de la misma a fin de que se lleve a puro y debido efecto lo en el acordado, se adopten las resoluciones que procedan y se practique cuanto exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, **sin devolución del expediente administrativo**, por ser común al Procedimiento Ordinario, 800/09, rogando asimismo acuse de recibo.

En MADRID, a dos de Marzo de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000703/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 06329/2009
Demandante: FEDERACIONES DE ASOCIACIONES OBRERAS
SINDICALES / LANGILE ABETZALEEN BATZORDEAK
Procurador: D^a SARA NATALIA GUTIERREZ LORENZO
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: SINDICATO "COORDINADORA ESTATAL DE
TRABAJADORES DEL MAR"
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Federación de Asociaciones Obreras Sindicales / Langile Abertzaleen Batzordeak**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Sara Natalia Gutiérrez Lorenzo, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de septiembre de 2009**, relativa sanción, siendo Codemandado el Sindicato "Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar" y la cuantía del presente recurso 3.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Federación de Asociaciones Obreras Sindicales /Langile Abertzaleen Batzordeak, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Sara Natalia Gutiérrez Lorenzo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de septiembre de 2009, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta y se le indemnice en la suma de 6.000 euros por daños morales.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, tenido por reproducido el expediente y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día dieciocho de octubre de dos mil once.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de septiembre de 2009, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 3.000 euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa de la competencia y del artículo 81 del Tratado CE, llevada acabo por LAB, entre otros, mediante la firma y puesta en funcionamiento del IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales del Sector de la Estiba Portuaria que contiene disposiciones por las cuales extiende su aplicación a empresas terceras, impidiéndoles o dificultándoles el acceso al mercado de los servicios complementarios en los puertos.

SEGUNDO: La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos ha sido objeto de examen y fallo en nuestra sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010, dictada en el recurso 815/2009, no solo porque lo declarado y decidido en aquella sentencia

vincula a esta Sala como consecuencia del principio de igualdad en la aplicación de la Ley – artículo 14 de la CE -, sino también, porque los problemas planteados en el presente recurso son muy semejantes a los que se plantearon en aquel caso.

Decíamos entonces:

“TERCERO-. Los hechos que se declaran probados son los siguientes:

El 26 de julio de 2007 la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras, ANESCO, como representante empresarial, y CETM, CIG y LAB, como representantes sindicales, firmaron el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (en adelante, IV Acuerdo), de aplicación a las relaciones laborales de las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito personal en los puertos comerciales de todo el territorio español. Este Acuerdo laboral con valor de Convenio Colectivo según la recurrente es el primero tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (Ley de Puertos).

Entre los firmantes del IV Acuerdo se encuentra la hoy actora, que es una asociación sindical de ámbito gallego que tiene representación sindical en los puertos de Ferrol-San Cibrao, La Coruña, Marín-Pontevedra, Vigo y Villagarcía.

El día 26 de julio de 2007 se firma el Acta final de la comisión negociadora, suscrita por el 100% de la representación empresarial y el 76,212% de la representación sindical. De esta, corresponde a CIG una representatividad del 1,763%.

Puertos del Estado formó parte de la mesa negociadora.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional dictó sentencia el día 1 de junio de 2009 en el recurso 177/2008 interpuesto por la Dirección General de Trabajo, la Federación de Comunicación y Transporte de CC.OO Federación Estatal de Transportes Comunicaciones y Mar de UGT y SESTICAR S.A. contra el IV Acuerdo para la regulación de las Relaciones Laborales en el Sector de la Estiba Portuaria suscrito el día 10 de septiembre de 2008, a fin de que por la Sala se declarase que en sus arts. 2.1.1, 2.1.2, 2.2, 3.2.3, 3.2.5, 3.2.6, 3.2.7, 3.2.10 y 6 conculca lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de la Constitución en relación con el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, y los artículos 73, 74, 75 y 85, así como la DA 7ª de la ley 48/2003 de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general.

En el recurso fueron demandados ANESCO, CETM, CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA CIG y SINDICATO LAB.

En la parte dispositiva la sentencia declara la nulidad de los arts. 2.1.1, 2.1.2, 2.2, 3.2.3, 3.2.5, 3.2.6, 3.2.7, 3.2.10 y 6 del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de estiba portuaria, "que pierde de este modo, su naturaleza estatutaria, manteniendo exclusivamente naturaleza de pacto extraestatutario entre sus firmantes y aquellos otros que se adhiera libremente a lo acordado, salvo en los preceptos que han sido declarados ilegales por vulnerar la legalidad vigente (3.2.3, 3.2.5, 3.2.6, 3.2.7, 3.2.10 y 6 del IV Acuerdo)".

Igualmente declara la nulidad de los artículos 5, 6.3.1, 6.9.3, y de los artículos 18.4.a) y 19 y 20.2 del IV Acuerdo "en su dimensión estatutaria, sin perjuicio de su vigencia como pacto o convenio extraestatutario, cuya fuerza de obligar se limita, por consiguiente, a firmantes y adheridos voluntariamente al acuerdo".

CUARTO-. La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el día 1 de junio de 2009 efectúa algunas precisiones que esta Sala estima son relevantes para la resolución de este recurso, todas ellas en el Fundamento jurídico quinto:

- "El artículo 83 del Estatuto de los trabajadores permite que las partes negociadoras de los convenios colectivos estatutarios determinen el ámbito de aplicación que estimen oportuno, pudiendo, por consiguiente, decidir sobre sus ámbitos personal, funcional, territorial y personal, pero dicha potestad para determinar libremente los ámbitos de negociación no es absoluta, condicionándose, des esta manera, que los sujetos colectivos no puedan negociar fuera de su ámbito territorial y funcional de actuación, estando obligados por tanto, a respetar escrupulosamente las reglas de legitimación previstas en el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadoresestos límites alcanzan también a la determinación del ámbito de aplicación del convenio colectivo, aspecto este que debe ser resuelto por las partes negociadoras, respetando en todo caso los imperativos constitucionales y legales. Tales limitaciones no pueden calificarse como una lesión de la libertad concedida a las partes para delimitar el ámbito de aplicación del Convenio".

-. "Se ha producido una modificación expansiva de los ámbitos personales y funcionales del convenio, por cuanto la simple lectura de los artículos, que regulan dichos ámbitos permite concluir claramente que se ha producido un cambio cuantitativo objetivo, que cualifica subjetivamente la exigencia de legitimación para negociar". -. "El IV Acuerdo pretende regular el "sector de estiba portuaria" acreditándose de este modo, la emergencia de una regulación expansiva en el IV Acuerdo, que no se contenía en los precedentes, habiéndose probado cumplidamente (hecho probado sexto) que la voluntad de ANESCO asumida por los firmantes del convenio, es regular "no solo las actividades públicas o básicas reservadas por ley a su realización por empresas estibadoras, sino a regular en su ámbito las actividades complementarias y a afectar a todas aquellas empresas estibadoras que pretendan realizarlas".

-. "Por consiguiente, puede concluirse que en los ámbitos personal y funcional del convenio se contemplan empresas no estibadoras, entendiéndose como tales las que tienen como actividad principal las descritas anteriormente (en el párrafo precedente se citan varias, resumidamente "todas aquellas actividades relacionadas con la manipulación de mercancías con destino o procedente de los buques") así como las que hayan recibido autorización, licencia o cualquier otro tipo de habilitación para realizar las funciones descritas en el ámbito funcional del Acuerdo, aplicándose, por otra parte, a los trabajadores no estibadores que presten servicios en las empresas no estibadoras mencionadas".

Igualmente es preciso recordar que en la fecha de la firma del IV Acuerdo la normativa legal aplicable en la prestación de servicios portuarios era la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Puertos. Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, que en su Título III distingue entre servicios portuarios, que son los necesarios para el normal desenvolvimiento de los puertos en su actividad intrínseca de atención a las necesidades del tráfico marítimo, y cualquier otra actividad que pueda desarrollarse en el puerto y que la Ley denomina "servicios comerciales".

QUINTO-. Los motivos de impugnación alegados en este recurso coinciden en lo fundamental con los que fueron expuestos en el recurso especial para la protección de los derechos fundamentales 5/2009, debiendo la Sala reiterar parte de los razonamientos que al resolver el mismo quedaron expuestos en la sentencia de fecha 4 de mayo del año en curso.

Se alega en primer lugar la vulneración del art. 24 CE, en relación con el derecho a ser informado de la acusación y ello porque la CNC en la tramitación del expediente, alega la actora, nunca precisó cual era la conducta infractora, ni su calificación jurídica, limitándose a señalar que "podía incurrir en las conductas prohibidas del artículo 1.1.de la Ley de Defensa de la Competencia y también en el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea". Entiende la actora que este precepto abarca cinco conductas diferentes, al igual que el artículo 81, y solo en la resolución sancionadora se concreta que la conducta es la del art. 1.1.c) LDC, momento en el que el procedimiento ha concluido y el derecho de defensa y contradicción devienen inútiles. A su juicio la misma concreción es exigible del escrito de incoación y de la propuesta de resolución.

El examen de los motivos de impugnación alegados requiere en primer lugar recordar que el artículo 105 párrafo 3 de la Constitución Española establece que "La ley regulará el procedimiento a través del cual puedan producirse los actos administrativos, garantizando cuando proceda, la audiencia del interesado". Al tiempo, la Constitución establece en su artículo 25 que "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento" dando así rango constitucional a la potestad administrativa de sancionar, y dejando al legislador la opción de distribuir la carga punitiva entre los hechos constitutivos de infracciones penales y aquellos otros que serán constitutivos de infracciones administrativas. El Tribunal Constitucional aclaró que "Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad)".

Las garantías constitucionales consagradas en el artículo 24.2 CE, según se declara en la sentencia constitucional 126/2005, de 23 de mayo, "son de aplicación, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías cabe incluir específicamente el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento sancionador; y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa" (por todas, STC 74/2004, de 22 de abril, F. 3). Igualmente se ha destacado que la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que conforme al art. 24.2 CE ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que, como manifestación que es del ius puniendi del Estado, debe garantizarse el ejercicio sin trabas de las garantías de defensa de relieve constitucional.

El Tribunal Supremo, entre otras en las sentencias de 21-II-2006 y 27-II-2007 ha señalado que los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales de modo que, por ejemplo, no rigen para ellos las consecuencias del principio acusatorio en toda su extensión ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos.

En esta segunda sentencia señaló:

"En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano administrativo que es, sujeto a su legislación específica, puede legítimamente tanto acordar la incorporación de nuevo material probatorio como valorar el puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto el instructor. El artículo 43 de la Ley 16/1989 le permite, en efecto, estimar que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación y, previa audiencia de las partes, resolver en este último sentido.

En consecuencia, proyectando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional del Tribunal Supremo expuestas a la presente litis, cabe rechazar que la Sala de instancia haya producido lesión de los derechos de defensa en la tramitación del expediente sancionador ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, vulnerando el artículo 24 de la Constitución, al haberse respetado en la tramitación del expediente sancionador el derecho a no ser sancionado sin ser oído, el derecho a ejercer el derecho de defensa formulando alegaciones en todas las fases del procedimiento y el derecho a ser informado de la acusación, que impone que la persona imputada conozca los hechos y que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora."

En el concreto supuesto examinado, la recurrente presentó sucesivos escritos, en las distintas fases del procedimiento, y realizó cuantas alegaciones tuvo por convenientes; en cuanto a la indefinición de la acusación, no alegó indefensión por esta causa, si bien se opuso alegando la vulneración de su derecho de audiencia a la calificación como infracción del art. 81, cuya aplicación rechazó señalando que el IV Acuerdo no afecta al comercio entre Estados miembros ni se trata de un acuerdo entre empresas.

Se abre un procedimiento administrativo sancionador por unos hechos, que son amplia y extensamente debatidos, puestos en relación con los preceptos que los califican como constitutivos de infracción, con respeto del principio de contradicción.

Considera por tanto esta Sala que en los sucesivos escritos, en el pliego de concreción de hechos, en el informe de la Dirección de Investigación y en la propuesta de resolución, la Administración recoge una descripción de hechos y una calificación jurídica de los mismos que respetan el derecho constitucional de la hoy actora a conocer la acusación.

Debe en consecuencia desestimarse el motivo de impugnación fundado en la vulneración del derecho constitucional a ser informado de la acusación a lo largo de la tramitación del procedimiento...

SEPTIMO-.El siguiente motivo de recurso se fundamenta en que se ha vulnerado el derecho fundamental de la actora a la legalidad en materia sancionadora y las garantías que comporta, comenzando por el de seguridad jurídica y prohibición de la analogía en los tipos de infracción. Y ello porque el acto recurrido considera que un convenio colectivo (el IV Acuerdo Marco) es una conducta prohibida para lo que tiene que considerar que se trata de un acuerdo "entre empresas", y una organización empresarial y tres sindicatos no lo son.

Sostiene que los convenios y acuerdos colectivos son ajenos al ámbito de aplicación de las normas de Defensa de la Competencia.

El principio de tipicidad exige que la ley defina con precisión la conducta que considere constitutiva de una infracción e igualmente acote la sanción que pueda imponerse.

Equivale a la exigencia de una "lex certa", y conlleva que para imponerse una sanción han concurrir la adecuación de las circunstancias objetivas y personales previstas por la norma como determinantes de la ilicitud y la imputabilidad de una conducta, y la sanción que corresponde. Tanto la infracción como la sanción han de estar definidos por la ley.

No se aprecia la utilización de la analogía denunciada: se debate en el litigio si el Sindicato recurrente puede ser considerado "empresa" y ya tanto esta Sala como el Tribunal Supremo han resuelto sobre la circunstancia de que queda sometido a la normativa de Defensa de la competencia cualquier agente económico, con referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, incluso, las propias Administraciones Públicas. La resolución impugnada distingue a juicio de esta Sala correctamente entre la actividad de representación sindical de los trabajadores en el ámbito de negociación que le corresponde a la actora y el que no le corresponde, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987 que establece que "las partes negociadoras de un convenio colectivo no tienen libertad absoluta a la hora de fijar el ámbito de aplicación del convenio, sino que están sujetas a límites y a los requisitos legales." Es así que la CNC claramente distingue entre los aspectos del IV Acuerdo que atañen a la negociación colectiva entre los representantes de los estibadores y las empresas de estiba en el ámbito que les queda reservado por la Ley de Puertos, y aquellos otros aspectos, situados extramuros de la habilitación legal, y mientras que no entra a analizar los primeros, si investiga, define y finalmente sanciona estos últimos. La cuestión ha sido tratada por la jurisdicción social competente que como se expuso más arriba llegó a la conclusión de que partes del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de estiba portuaria, por mor de la nulidad declarada pierden su naturaleza estatutaria, manteniendo exclusivamente naturaleza de pacto extraestatutario entre sus firmantes y aquellos otros que se adhieran libremente a lo acordado, salvo en los preceptos que han sido declarados ilegales.

Con este fundamento no se aprecia la vulneración del derecho fundamental denunciado.

OCTAVO-. Se alega a continuación la vulneración del principio de tipicidad, por considerar la actora que la CNC infringe este principio al incluir una definición del IV Acuerdo Marco como "un acuerdo entre operadores del mercado" siendo así que la única competente para realizar este tipo de calificaciones es la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Esta Sala se remite expresamente a lo transcrito en el fundamento jurídico cuarto de los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Sala de lo Social al respecto. En la resolución impugnada se insiste en que "no se trata aquí, desde la óptica de la competencia que aplica este Consejo, de controlar la legalidad de la legitimación de las partes, sino de analizar aquellos aspectos del acuerdo que, en la medida en que el mismo no se atiene a la habilitación legal vigente, son susceptibles de quedar sometidos a las normas de competencia sin que parezca suficiente para quedar excluido de las mismas el que se trate de un acuerdo empresarios-sindicatos, o que se firme bajo la denominación de convenio colectivo.

El Consejo no entra a analizar ni a valorar los aspectos del IV Acuerdo que atañen a la negociación colectiva entre los representantes de los estibadores y de las empresas de estiba en el ámbito que la Ley les reserva, es decir la prestación del Servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías, sino que lo que se somete al análisis de las normas de competencia es aquella parte del

Acuerdo que, en contradicción con lo previsto en la Ley de Puertos y con el impulso liberalizador de la misma en pro de unos servicios portuarios más competitivos, se extiende más allá del ámbito reservado a los interlocutores que lo firman, con el objeto de erigirse en la norma de negociación colectiva de aplicación a todos los servicios prestados en los puertos y vincular a agentes empresariales y sociales ajenos a la estiba, imponiéndoles sus acuerdos y excluyendo de hecho a empresas y trabajadores distintos de los firmantes del mercado de los servicios complementarios."

Examinado el acto administrativo se comprueba que estas afirmaciones son efectivamente respetadas por la resolución impugnada, la cual no invade las competencias de la jurisdicción social. La CNC es competente para controlar la legalidad de acuerdos entre operadores económicos en el ámbito de las competencias atribuidas antes por la Ley 16/89 y ahora por la Ley 15/2007, y en este litigio no se está controlando la legalidad de un convenio colectivo, control que corresponde al ámbito jurisdiccional del orden social, sino las cláusulas de un Acuerdo que al menos en una serie de artículos no cumple los requisitos legales para ser jurídicamente considerado un convenio colectivo, y así lo ha declarado la jurisdicción competente.

Resulta en consecuencia, que la actividad de control desplegada por la CNC no infringe el derecho del art. 25 de la CE de la parte recurrente, en relación con el principio de tipicidad.

NOVENO-. Se alega a continuación la vulneración del art. 25 CE, en relación con el principio de tipicidad, y la predeterminación normativa de la relación infracción-sanción. La actora sostiene que el artículo 10 de la Ley 16/89 no predetermina la graduación de las infracciones y su relación con las sanciones.

El Tribunal Supremo entre otras en la Sentencia de 19 de marzo de 2.008 (RC 3.063/2.005) ha razonado como sigue:

"También lo ha de ser el que formula el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya. Su contenido se reduce a discrepar de la cuantía de la multa fijada por el tribunal de instancia al considerar que viola los principios "de proporcionalidad y tipicidad en la graduación de las sanciones administrativas". El desarrollo argumental del motivo se plasma en dos apartados que seguidamente analizaremos por separado.

Afirma el recurrente que la Sala ha infringido el artículo 25 de la Constitución Española "en cuanto al carácter reglado de la potestad sancionadora, y en concreto respecto al carácter reglado y taxativo de los criterios de graduación de las sanciones, infringiendo igualmente el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia aplicable que establece con carácter taxativo y exhaustivo los criterios por los que se han de graduar y cuantificar las sanciones a aplicar, e igualmente la jurisprudencia que desarrolla ambos conceptos, y que se citará más adelante."

A su juicio, entre los criterios establecidos en el referido artículo 10 no figuran los utilizados "por el TDC en su resolución y posteriormente en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional", y la sanción impuesta al Sindicato recurrente es "absolutamente dispar de la impuesta a los demás coautores de las infracciones imputadas".

El motivo no puede ser estimado. La Ley de Defensa de la Competencia se refería en el inciso inicial de su artículo 10 a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos tipificadores de las conductas

restrictivas de la competencia. Al apreciar las actuaciones sujetas a su control nada impide que los órganos de defensa de la competencia consideren que la participación de algunos de aquellos sujetos infractores en las conductas sancionadas es particularmente intensa y más destacada que la de otros, de modo que su represión puede ser -en paralelo con aquélla- más severa.

En efecto, la participación de varios sujetos en calidad de coautores de una misma infracción contra la defensa de la competencia no necesariamente presentará el mismo grado de intensidad. En la medida en que uno de aquellos sujetos inspire el acuerdo colusorio, lo promueva, consiga las adhesiones de otros agentes económicos, vigile su cumplimiento y "arrastre" a los demás, su autoría reviste una especial significación que legitimará, en buena lógica jurídica, una mayor sanción que la impuesta a los demás sujetos.

En el supuesto de autos la Sala de instancia destaca cómo el sindicato recurrente "dirigió y organizó la adopción de los Acuerdos, de tal modo que sin su presencia éstos nunca se hubieran alcanzado". Subraya de modo especial que aquél adoptó una "función de policía [...] declarando incumplimientos e imponiendo castigos y sanciones, en forma de represalias y boicot a empresas que consideraba incumplidoras de los acuerdos anticompetitivos". Es lógico, pues, que, ante este "plus que diferencia cualitativamente la conducta de la recurrente de las empresas transportistas", el tribunal de instancia juzgara, con acierto, justificada la diferente cuantía de las multas aplicable a uno y a otras.

En contra de lo que afirma el recurrente, no se vulneran por ello los "taxativos criterios de graduación previstos y tipificados en la normativa de aplicación". Dispone el artículo 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia que la cuantía de las sanciones se ha de fijar atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrán en cuenta los factores o criterios que la propia norma establece (la modalidad y alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; la duración de la restricción de la competencia y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas).

La aplicación de tales criterios, que se refieren de modo singular a la componente objetiva de la conducta ("la importancia de la infracción"), no impide, sin embargo, atender específicamente al grado de participación de los sujetos infractores, en los términos ya dichos. Otra conclusión sería absurda y contraria a los principios generales que inspira en la aplicación de todo el derecho sancionador: el "dispar y desproporcionado" trato del que se queja el recurrente podría producirse si las empresas que han participado en las conductas colusorias a causa, precisamente, de la decisiva actuación del sindicato impulsor de los acuerdos, en los términos ya expuestos, recibieran la misma sanción que éste."

Esta misma sentencia se remite a la de 6 de marzo de 2003 (recurso de casación 9710/97) en la que el Alto Tribunal razonó:

"[el motivo] Se aparta propiamente de lo que debería ser la crítica de inconstitucionalidad al artículo 10 (que, insistimos, se limita a prever el importe máximo de la multa y los criterios para fijarla) cuando censura que las conductas sancionables no se dividan en las categorías 'habituales', esto es, que no se haya establecido 'como es típico y habitual, el correspondiente cuadro de infracciones asociadas a las sanciones habitualmente calificadas éstas como leves, graves y muy

graves', y añade que los 'tipos sancionadores no se describen con claridad y tipicidad'.

Formulada en estos términos, la crítica parecería dirigirse más bien a los preceptos singulares que describen las conductas prohibidas, esto es, a los artículos 1, 6 y 7 de la Ley, sin establecer aquellas subdivisiones.

Conductas prohibidas o tipos de infracción (más bien que 'tipos sancionadores') que a juicio de esta Sala tienen, por un lado, el suficiente grado de descripción y certeza normativa como para no vulnerar las exigencias constitucionales contenidas en el artículo 25.1 y, por otro lado, pueden legítimamente quedar englobados en una única categoría sin que por ello infrinjan precepto constitucional alguno, pues ninguno existe que imponga la división tripartita que parece reclamar la recurrente."

Y continúa recordando que se afirmó en la citada sentencia lo siguiente respecto al contenido del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia y a las críticas que sobre él hace la parte recurrente:

"[...] Los apartados primero y segundo del artículo 10 no son susceptibles del reproche de inconstitucionalidad que la parte recurrente pretende. Pues la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de éste, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la "importancia" de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio artículo 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso".

Con fundamento en estos precedentes jurisprudenciales debe desestimarse este motivo de recurso.

DECIMO-. Se formulan a continuación dos alegaciones de vulneración del art. 25 de la Constitución: la primera en relación con el principio de tipicidad en relación con la predeterminación normativa del autor, porque a su juicio la CNC inventa una nueva categoría, la del sindicato como cooperador necesario, y la CNC carece de facultades para crear nuevas categorías y normas con las que extender su potestad sancionadora.

Como ya se recordó más arriba el Tribunal Constitucional aclaró que "Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad)" y una de las formas legales de autoría es la cooperación necesaria. El artículo 28 del Código Penal señala que son también considerados autores "b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado".

La segunda alegación se vincula a la infracción del principio de culpabilidad pues a juicio de la recurrente habría sido sancionada en ausencia de un elemento volitivo. Si bien en la resolución impugnada no aparece un apartado dedicado a analizar la concurrencia de dolo o culpa, del conjunto de la argumentación recogida en la misma resulta sin lugar a dudas la apreciación de la concurrencia de un elemento intencional.

Y concretamente, ya en el único razonamiento dedicado a la apreciación de efectos, se señala que el IV Acuerdo ha sido puesto en práctica y ha desplegado sus efectos, citándose la actuación de CETM pidiendo la formación de la Comisión Paritaria prevista en el IV Acuerdo, las actas de las reuniones de la Comisión Paritaria y los acuerdos adoptados en base a aquel.

No se considera en consecuencia que el acto administrativo impugnado haya vulnerado el artículo 25 de la Constitución según alega la actora por infracción de los principios de tipicidad y culpabilidad.

UNDECIMO-. Se alega por último la vulneración del art. 28 en relación con el 37 CE, porque negar u obstaculizar el ejercicio de la facultad negociadora por parte de los sindicatos significa desvirtuar su eficacia, lo que no solo constituiría una práctica vulneradora del art. 37 de la Constitución sino igualmente una violación del derecho de libertad sindical consagrado por el art. 28.1 del texto constitucional.

La sentencia Albany del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 11 de diciembre de 2007 no avala una exclusión "per se" de los convenios colectivos de las normas de competencia sino una aplicación responsable de las mismas caso a caso.

En dicha sentencia el Tribunal Europeo resuelve literalmente:

"El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el asunto principal, que tienen como finalidad conseguir que una empresa privada cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro determinado celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro, constituyen restricciones en el sentido de dicho artículo.

Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo."

Las consecuencias que la CNC extrae de este pronunciamiento, son correctas, a juicio de esta Sala, tal y como el acto administrativo enjuiciado las aplica al supuesto objeto primero de investigación y después de sanción.

Respecto del IV Acuerdo litigioso, claramente se ha resuelto por la jurisdicción competente que las partes se han extralimitado abordando cuestiones ajenas al objeto de la negociación colectiva con base en los límites establecidos por la Ley de Puertos, pretendiendo imponer sus acuerdos a empresarios y trabajadores a quienes no pueden vincular, y sobre cuestiones ajenas a las propias de la negociación colectiva en su ámbito.

Como igualmente recuerda el acto administrativo impugnado los servicios portuarios básicos y en concreto los servicios de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo están regulados en la Ley de Puertos. Para el resto de los servicios no incluidos en la estiba o los denominados servicios comerciales del artículo 89 de la Ley (a los que la Disposición Adicional Séptima de la Ley denomina "actividades complementarias de los servicios básicos"), que también se prestan en los recintos portuarios, pero cuya prestación no está sometida a licencia sino a autorización, para garantizar la compatibilidad de estos concretos servicios con la seguridad del puerto y los usos portuarios preferentes, la ley ha previsto que "En todo caso se prestarán en régimen de concurrencia, sin que estén previstos para ellos limitaciones u obligaciones específicas, salvo, naturalmente, las derivadas de la

adecuada protección y conservación del dominio público portuario sobre el que se realizan".

TERCERO: Analizando ahora las concretas alegaciones formuladas en la demanda – al margen de que muchas de ellas han sido ya contestadas con lo expuesto en la sentencia trascrita –, hemos de señalar:

1) En cuanto a la sujeción de un sindicato a la Ley 16/1989, esta Sala reiteradísimamente ha declarado A) que el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en...", B) que el artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...". E igualmente hemos señalado que el primero de los preceptos citados resulta: a) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. b) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. c) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

Que la actividad del Sindicato incide en la intermediación en el mercado, está fuera de toda duda, pues sus acuerdos y decisiones influyen directamente en las condiciones de prestación del trabajo y con ello en uno de los elementos de los costes de producción de bienes y servicios.

2) En cuanto a la naturaleza de Sindicato de la recurrente a de ser observada a la luz de la doctrina elaborada respecto de los colegios profesionales respecto de los que se señala su dualidad, de administración corporativa sometida al Derecho Público y ente privado en cuanto no actúa con tal sometimiento:

"Con ello se concluye, que los Colegios Oficiales actúan como Administración Pública, y como entes privados; en el primer caso se le reconocen las potestades propias de tal Administración, en el segundo actúa como mero particular y en condiciones de igualdad con los restantes sujetos de Derecho. Ahora bien, antes de seguir con el análisis de la incidencia de las descritas posiciones de los Colegios en la tipificación de la conducta sancionada, es importante señalar que la dualidad que

se expone en la actuación de la Administración Corporativa, se observa igualmente en la Administración Territorial e Institucional. La Administración Pública actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica - con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública -. Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada tanto en los razonamientos de la Resolución objeto de este recurso, como en el contenido de la demanda. En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la naturaleza pública y privada de la recurrente, justifican el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúan con sometimiento a Derecho Privado; o bien, el carácter de Administración Pública de los Colegios, actuando en ejercicio de las funciones que les viene atribuida por Ley, impide el sometimiento de estos a los preceptos de la Ley 16/1989.” (sentencia de 2 de febrero de 2004, recurso 73/2001)

Un análisis semejante es el aplicable al Sindicato recurrente: en cuanto a su actividad estrictamente sindical y con el amparo de las normas sectoriales, no queda sujeto a la Ley 16/1989, pero, en cuanto a su actuación más allá de la actividad estrictamente sindical – que, como hemos visto, es el supuesto de autos -, esta sujeto a la LDC, como cualquier otro operador económico.

CUARTO: En cuanto al título de imputación, se afirma en la Resolución impugnada *“ha quedado acreditado que el objeto del IV Acuerdo es cerrar el mercado de los servicios complementarios, mediante la imposición a las empresas no estibadoras y cuya actividad principal sean los servicios complementarios, de las obligaciones pactadas por las empresas de estiba pertenecientes a ANESCO y los sindicatos CETM, CIG y LAB. Y en este cierre de mercado en favor de las empresas estibadoras y en perjuicio del resto de empresas que pudieran competir en el presente o en el futuro en la prestación deservicios complementarios...”* Este comportamiento que, efectivamente constata la Sala, no puede ser realizado de forma involuntaria, pues necesita una manifestación expresa de voluntad, y que, al menos a título de negligencia, es imputable a la recurrente en cuanto no adoptó las medidas necesarias para comprobar la incidencia que tales acuerdos podría tener en la libre competencia.

Por otra parte no se produjo cambio normativo que pudiera inducir a error, ni existe controversia jurídica fundada sobre las facultades actuadas por el Sindicato.

Por ello la conducta es imputable, al menos, a título de culpa.

En lo que se refiere al elemento objetivo, la conducta imputada, no podemos aceptar las tesis de la actora en orden a que no participó en la conducta constitutiva de la infracción, ya que este aspecto es tratado de forma acertada por la Resolución impugnada en los siguientes términos:

“Finalmente y en relación con LAB, este sindicato ha reiterado que no ha aplicado el acuerdo y que ha expulsado a las personas que participaron en la negociación. Con ello pretende ser eximida de la sanción, pero la dirección del sindicato solo se retira del acuerdo el 20 de octubre de 2008, una vez recibido el PCH (folio 1856). Y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de junio de 2009, casación del recurso contra la Resolución del TDC de 3 de abril de

2003, como consta en el expediente el representante o representantes de LAB no sólo está acreditado que están en la firma del Acuerdo inicial en julio de 2007 sino en la reiteración de 10 de septiembre de 2008 (folio 1679), en que los firmantes iniciales se ratifican en el texto y cuando han pasado nueve meses desde que había sido incoado el expediente y en la constitución y reuniones celebradas por la Comisión paritaria sectorial (folios 1795 y ss)."

En cuanto a la graduación de la sanción, se ha impuesto en el grado mínimo, y se razona por la CNC como sigue:

"Por lo que se refiere a los sindicatos, el Consejo considera que la participación de los mismos es imprescindible para el cierre del mercado, pero siguiendo los precedentes de la Comisión Europea con multas simbólicas en el caso del tabaco crudo, y de este propio Consejo cuando era Tribunal, considera la imposición de sanciones reducidas pero proporcionadas a la distinta capacidad, y responsabilidad y área geográfica de incidencia... CIG y LAB tienen un ámbito geográfico limitado a los puertos gallegos y vascos respectivamente y su peso es de 1,7 y 1,3 respectivamente en el Acuerdo. Por tanto se propone sancionar a LAB con una multa de 3000 euros..."

QUINTO: De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Federación de Asociaciones Obreras Sindicales /Langile Abertzaleen Batzordeak**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a Sara Natalia Gutiérrez Lorenzo, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de septiembre de 2009**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

19 OCT. 2011