

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N.º:

Fecha de Deliberación: 19/06/2012
Fecha Sentencia: 05/07/2012
Núm. de Recurso: 0000800/2009

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06847/2009
Materia Recurso: CONDUCTAS PROHIBIDAS
Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D.ª. LUCÍA ACÍN AGUADO

Demandante: ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS
ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES
(ANESCO)
Procurador: D. JOSÉ MANUEL VILLASANTE GARCÍA
Ltrado:
Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: PUERTOS DEL ESTADO

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

Defensa de la Competencia. Empresas estibadoras.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000800/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06847/2009
Demandante: ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS
ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES
(ANESCO)

Procurador: D. JOSÉ MANUEL VILLASANTE GARCÍA

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: PUERTOS DEL ESTADO
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

SENTENCIA N^o:

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

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a cinco de julio de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 800/09 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES (ANESCO)** representada por el Procurador D. José Manuel Villasante García contra la resolución del Consejo de la Comisión

Nacional de la Competencia de 24 de septiembre de 2009 (expediente 2805/07 empresas estibadoras) sobre conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC (Ley 15/2007). La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. Ha intervenido como codemandado el ente público Puertos del Estado representado por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 901.518,16 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 24 de septiembre de 2009 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución en el expediente 2805/07 empresas estibadoras con la siguiente parte dispositiva:

“PRIMERO.- Declarar que ha 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 a cabo por ANESCO, CETM, CIG y LAB, 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.- Imponer a la Asociación ANESCO una multa sancionadora de 901.518,16 € (novecientos un mil quinientos dieciocho euros con dieciséis céntimos) por la infracción cometida; imponer al sindicato CETM una multa sancionadora de 168.000 € (ciento sesenta y ocho mil euros) al sindicato CIG una multa de 3.900 € (tres mil novecientos euros) y al sindicato LAB una multa sancionadora de 3.000 € (Tres mil euros) por la misma conducta.

TERCERO.- Instar a ANESCO, CETM, CIG y LAB a que en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras equivalentes que puedan obstaculizar la prestación por otras empresas de los servicios complementarios en los puertos españoles.

CUARTO.- Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, a su costa, de la parte dispositiva de esta Resolución, en un diario de información general entre aquéllos de mayor difusión y en un diario especializado en los servicios portuarios.

QUINTO- Los sancionados justificarán ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación."

SEGUNDO: El 17 de noviembre de 2008 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acto ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 1 de septiembre de 2010 la parte solicitó *"tenga por formulada demanda contencioso-administrativa contra la resolución adoptada por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia el 24 de septiembre de 2009, resolución que deberá ser declarada contraria a derecho en su integridad y como consecuencia de ello anuladas todas sus declaraciones e intimaciones, incluida la multa impuesta en la resolución a mi mandante, con expresa imposición de las costas a la administración demandada"*.

TERCERO: Se emplazó al Abogado del Estado para que contestara la demanda, lo que hizo mediante escrito de 13 de septiembre de 2010 en el que solicitó la desestimación del recurso. Se personó como codemandado el Sindicato "Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar" representado por la Procuradora Doña María José Corral Losada y a la vista del escrito de contestación a la demanda presentado el 22 de diciembre de 2010 se acordó por providencia de 31 de octubre de 2011 dejar sin efecto su personación al sostener pretensiones contrarias al acto recurrido.

Solicitado el recibimiento a prueba y denegadas las pruebas solicitadas una vez presentadas conclusiones quedaron el 20 de enero de 2012 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 19 de junio de 2012.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto impugnado en este recurso contencioso-administrativo es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de septiembre de 2009 (expediente 2805/07).

La conducta que se considera constituye una infracción del artículo 1 de la ley 17/1989 y 81 del TCE es según la parte dispositiva *"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”.

Consta en las actuaciones que la asociación de empresas ANESCO (integrada por 115 de un total de 215 empresas estibadoras) y parte de los sindicatos que representan exclusivamente a los trabajadores de la estiba (CETM, CIG y LAB), firmaron el 16 de julio de 2007 “el IV acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria” El ámbito personal y funcional del acuerdo se extiende a empresas no estibadoras y a actividades distintas de la estiba (artículo 2 y 3). Así

a) Extiende su ámbito de aplicación a empresas y trabajadores distintos de la estiba; es decir a empresas y trabajadores susceptibles de prestar servicios comerciales no reservados por Ley a ninguna empresa ni colectivo particular.

b) Incluye como actividades portuarias de servicio público actividades excluidas por la Ley 48/2003 de esa consideración y por tanto no asignadas en exclusiva a empresas de estiba ni a ser prestadas por estibadores como por ejemplo: determinadas labores de pesca (la congelada), el transporte horizontal dentro de la terminal portuaria, la puesta y retirada de calzos, caballetes en las operaciones de buques de carga rodada, el desembarque de vehículos, camiones. Asimismo Incluye todas las actividades complementarias realizadas por empresas no estibadoras y por trabajadores no estibadores al establecer como actividades complementarias sometidas al acuerdo las realizadas por las empresas definidas en su ámbito personal.

El texto del IV acuerdo de 26 de julio de 2007 fue modificado como consecuencia de las observaciones de la Dirección General de trabajo pero el nuevo texto depositado el 7 de diciembre de 2007 según la CNC no introduce modificaciones sustanciales en cuando a su ámbito de aplicación personal y funcional.

La CNC considera que dicho acuerdo por su objeto vulnera el artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la competencia ya que al incluir en su ámbito de aplicación a empresas distintas de las de estiba y a servicios no considerados de estiba por la Ley de Puertos tiene aptitud para poner trabas a la entrada en la prestación de servicios comerciales o complementarios prestados en los recintos portuarios a otras empresas competidoras distintas de la de estiba. Añade que ha originado un cierre del mercado de los servicios portuarios complementarios de todos los puertos de interés general de España en beneficio a las empresas que conforman a ANESCO siendo los efectos reales al desincentivar a empresas no estibadoras la entrada en dicho mercado y contrarrestando desde una apariencia de acuerdo colectivo legal, las previsiones de liberación que se busca en la Ley de Puertos. Añade que se trata de un acuerdo con vocación de afectar a la prestación de un servicio imprescindible en todos los puertos comerciales del territorio español y que incide de forma directa en el coste de las exportaciones e importaciones españolas y sobre los intercambios entre España y otros países, por lo que afecta a los intercambios comunitarios, por lo tanto se vulnera no sólo el

artículo 1 de la LDC sino el artículo 81 del TCE. En cuanto a la duración de la práctica la CNC considera que se inicia en fecha de la firma del acuerdo en julio de 2007 y permanece hasta el momento en que se dicta la resolución recurrida o al menos hasta junio de 2009 fecha de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que declaro nulos varios artículos pasando el mismo a tener naturaleza exclusivamente extra-estatutaria con validez y eficacia para sus firmantes u los que se adhieran voluntariamente.

SEGUNDO: Los motivos de impugnación alegados por la recurrente, son los siguientes:

- a) Deficiencias en el procedimiento administrativo que a su juicio de determinan la nulidad de la resolución recurrida al haberse causado indefensión y que consisten en denegación de las solicitudes de ampliación del plazo para presentar alegaciones al pliego de cargos y a la propuesta de resolución, denegación de vista del expediente en la fase de resolución ante el Consejo, denegación de prácticas de pruebas solicitadas en el escrito de alegaciones a la propuesta de la resolución de 2 de diciembre de 2008, falta de información acerca de las observaciones de la Comisión Europea.
- b) Falta de motivación en relación a la naturaleza de “acuerdo entre empresas” del IV acuerdo.
- c) Errónea valoración de la naturaleza y objeto y ámbito del acuerdo.
- d) Exclusión de los convenios colectivos del ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia.
- e) Ausencia de efectos en el mercado del acuerdo.
- f) Ausencia de culpabilidad al realizar la resolución recurrida una interpretación ultranovedosa de la normativa de competencia.
- g) En cuanto a la graduación de la sanción, considera que existe una falta de motivación y que no se han tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes para graduar la misma.

TERCERO: En cuanto a las deficiencias en el procedimiento administrativo que determinan a juicio de la recurrente la nulidad de la resolución impugnada conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Ley 30/92 no aprecia esta Sala que concurra ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho que se indican en ese artículo y en concreto que se hayan lesionado derechos susceptibles de amparo constitucional ni que se haya prescindido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ya que:

- a) La concesión de ampliación del plazo es una potestad de la Dirección de Investigación y en todo caso no se aprecia se le haya causado indefensión ya que si han acaecido hechos nuevos, precisamente es el escrito de

alegaciones al pliego de cargos el primer momento en que el interesado puede realizar las que considere oportunas para que en su caso la Dirección de Investigación practique nuevos actos de instrucción para el esclarecimiento de los mismos y la determinación de responsabilidades. Por otra parte el hecho de que se pida una ampliación no determina que deba concederse salvo que se de una justificación que permita al órgano que deba decidirlo apreciar circunstancias extraordinarias que aconsejen su concesión. El legislador ha considerado que ese plazo de 15 días en los procedimientos de defensa de la competencia es un plazo razonable para cumplimentar dicho trámite y en su caso el interesado debe alegar alguna circunstancia extraordinaria que le impida realizar ese trámite en plazo. En todo caso el recurrente no concreta por qué se le ha causado indefensión cuando en la resolución recurrida se valoran los hechos que a su juicio determinaban la ampliación del plazo y sobre los que realizó las oportunas alegaciones.

b) En cuanto a la denegación de pruebas por parte del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia hay que indicar que conforme al artículo 51 de la LDC se trata de una facultad del Consejo ordenar su práctica *“con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio”* y expresamente se establece en el artículo 36.1 del Real Decreto 261/2008 (aplicable a los procedimientos incoados después de la entrada en vigor de la Ley 15/1997 conforme a su disposición transitoria primera) la posibilidad de rechazar la práctica de las pruebas propuestas por los interesados que podían haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación. En este caso la CNC analiza las pruebas propuestas por ANESCO y de forma motivada señala que no aportarían elementos relevantes ni son precisas para la formación del juicio del Consejo añadiendo que las mismas podían haber sido propuestas en la fase de instrucción del expediente. Por otra parte el recurrente ha podido en esta instancia no ha solicitado la práctica de dichas pruebas.

c) En cuanto a la denegación de vista del expediente, indicar que no consta denegación expresa de la Dirección de Investigación sino que el recurrente afirma que el 18 de septiembre de 2009 (folios 1418 a 1421) solicitó acceder al expediente y no se contestó a su solicitud. En todo caso hay que indicar que el recurrente no concreta a que parte del expediente no ha tenido acceso durante su tramitación, teniendo en cuenta que fue el 3 de diciembre de 2008 cuando la Dirección de Investigación elevó al Consejo el expediente donde se contienen todos los actos de instrucción junto con informe, la propuesta de resolución y las alegaciones de los interesados y por tanto es en ese expediente donde se contienen todas las pruebas que se han tenido en cuenta para considerar cometida la infracción. No indica el recurrente que hasta esa fecha se le denegara el acceso al expediente. Una vez elevado el expediente al Consejo todos los documentos que tenían incidencia en la resolución final y que no tenían carácter confidencial le han sido notificados como es el acuerdo del Consejo de 17 de abril de 2009 que modifica la calificación de los hechos pero no las referidas a la respuesta de la Comisión Europea recibida el 15 de junio de 2009 ni los ingresos de los sindicatos. Por otra parte una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo y entregado el expediente administrativo para formular la demanda no identifica

el recurrente ningún documento no declarado confidencial al que no haya tenido acceso en vía administrativa y que como consecuencia de ello se le haya causado indefensión.

d) En cuanto a la falta de información acerca de las observaciones de la Comisión Europea CNC remitidas con fecha 15 de junio de 2009 indicar que ya se dio respuesta a esta alegación durante la tramitación del procedimiento en que se solicitó como medio de prueba que se le entregara dicho documento. Como dijimos en nuestro auto de 31 de octubre de 2011 la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) n° 139/04 del Consejo establece que *“El expediente está formado por el conjunto de documentos obtenidos, presentados y recopilados por la Dirección General de Competencia durante la investigación. Las empresas tienen acceso a todos los documentos que figuran en el expediente de la Comisión, a excepción de los documentos internos y de los secretos comerciales u otra información confidencial. Los documentos internos de la Comisión no son accesibles y no forman parte de las pruebas en que se basa la Comisión para su evaluación. Los documentos internos pueden ser actas de reuniones o la correspondencia entre la Comisión y otras autoridades, en particular las de competencia de los Estados miembros, el Organismo de Vigilancia de la AELC, y autoridades de terceros países. En circunstancias excepcionales, la Comisión puede acordar el acceso a estos documentos, por ejemplo cuando contienen elementos de prueba contra las partes o cuando son pertinentes para la defensa de las partes”*. En este caso no se considera que dicho documento es pertinente para la defensa de las partes ya que conforme al artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 la finalidad de dicho informe es como el propio recurrente reconoce garantizar la aplicación efectiva, coherente y uniforme de las normas de competencia y a tal efecto antes de que las autoridades de competencia de los Estados miembros adopten una decisión que ordene la cesación de una infracción, se remite a la Comisión una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión que se va a adoptar. Por tanto se trata de un documento interno que por su finalidad no es accesible a las partes”. Por ello coherente con ello esta Sala indicó al recurrente que si bien se le denegaba el acceso a dicha documentación ello era *“sin perjuicio de que esta Sala acceda a su contenido con el fin de valorar la opinión experta de la Comisión Europa sobre aplicación de la normativa de la competencia”*.

CUARTO: Declarado que no existen deficiencias en el procedimiento que determinen la nulidad de la resolución recurrida procede examinar las razones de fondo alegadas.

La resolución recurrida señala en cuanto a la legislación aplicable que es de aplicación la ley 16/1989 que es la norma sustantiva vigente en el momento en el que se inició la práctica continuada que sitúa en julio de 2007 fecha de la firma del inicial IV acuerdo sin que las modificaciones introducidas en el IV acuerdo de diciembre de 2007 suponga una modificación sustancial que suponga un cambio de calificación de la conducta.

Considera el recurrente que el acuerdo no se puede reputar un acuerdo entre empresas en el sentido del derecho administrativo de la competencia ya que es un convenio colectivo negociado y suscrito por diversos sindicatos con una asociación patronal cuyo objeto es regular las relaciones laborales de las empresas y trabajadores que presente servicio en el sector de la estiba portuaria sin que entre a regular precios o condiciones comerciales.

La Jurisprudencia comunitaria ya ha establecido que la inmunidad de las normas de la competencia respecto de los convenios colectivos y organizaciones sindicales no es total sino condicionada al cumplimiento de varias condiciones. Así las sentencias más recientes siguen la línea iniciada por precedentes y entre ellas las citadas en la resolución recurrida (sentencia Albany). La sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2011 dictada en el asunto C-437/09 AG2R Prevoyance señala que *“es necesario recordar en primer lugar que el Tribunal de Justicia declaró que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales, destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1 (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Albany, apartado 60; Brentjens’, apartado 57, y Drijvende Bokken, apartado 47; sentencias de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451, apartado 67, así como de 21 de septiembre de 2000, van der Woude, C-222/98, Rec. p. I-7111, apartado 22).*

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

En ese caso teniendo en cuenta que se trataba de un acuerdo adicional a un convenio colectivo y que contribuía a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores (un régimen de reembolso complementario de gastos de asistencia sanitaria) se consideró que quedaba fuera del ámbito de aplicación de las normas de competencia.

En este caso no se puede llegar a la misma conclusión ya que

1) En cuanto a la naturaleza del IV acuerdo no se puede considerar dicho acuerdo un convenio colectivo de acuerdo con el Estatuto de los trabajadores y así lo ha declarado la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

2) En cuanto a su objeto no se trata de un acuerdo que regule las condiciones de trabajo que va a regir entre las empresas de estiba y los estibadores y no se aprecia contribuya a la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores en general que trabajan en el recinto portuario sino sólo los integrados en empresas estibadoras en detrimento de trabajadores de empresas no estibadoras. Son otros sindicatos, representantes de otros trabajadores los que precisamente se oponen a ese acuerdo. En este sentido UGT señala que dicho acuerdo *“cerraría el mercado, en beneficio de las empresas estibadoras que ampliarían su actividad incorporando nuevas líneas de negocio en el mismo régimen de exclusividad con las que se les privilegia para las actividades que integran el servicio portuario básico de carga y*

estiba" (folio 590). Lo que se cuestiona por tanto es que pretenda ejercer esa actividad en régimen de exclusividad. Como precisa la resolución recurrida el Consejo no niega que empresas de estiba y estibadores puedan realizar tareas de las denominadas complementarias, lo que se trata es de que no se cierre el acceso a otras empresas y trabajadores a estas tareas y que exista competencia en la prestación de las mismas. Con ello claramente se trata de inaplicar en la práctica la Ley 48/2003 que en defensa del interés general y con el objeto de favorecer la competencia distingue claramente entre lo que son servicios portuarios básicos y en concreto los servicios de carga, estiba, desestiba, descarga, trasbordo que deben ser prestados por empresas con licencia concreta y con un determinado personal y el resto de servicios no incluidos en la estiba, los denominados servicios comerciales o actividades complementarias, cuya prestación sólo exige la obtención de una autorización pero sin ninguna restricción en cuanto a las empresas o al personal que deba llevar a cabo la prestación de dichos servicios.

No es necesario analizar si se trata o no un acuerdo entre empresas ya que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales, destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1 (las sentencias Albany, apartado 60; Brentjens', apartado 57, y Drijvende Bokken, apartado 47; sentencias de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, C-180/98 a C-184/98, así como de 21 de septiembre de 2000, van der Woude, C-222/98, apartado 22). Por lo tanto a sensu contrario si no se cumplen esos requisitos están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE apartado 1.

QUINTO: En cuanto a la ausencia de efectos en el mercado En primer lugar, debe tenerse en cuenta que se trata de una conducta potencialmente lesiva por su objeto, por lo tanto para que exista la infracción es suficiente que la conducta sea concretamente apta para restringir la competencia, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se realiza dicha conducta. Por tanto en su caso se tendrá en cuenta no para determinar la existencia de una infracción sino para graduar la misma. Como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de septiembre de 2009 C-534/07 P 81 *"Si bien la existencia de repercusiones concretas de la infracción no es un elemento necesario para calificar la infracción de muy grave en el caso de un acuerdo que tiene un objeto contrario a la competencia, la consideración adicional de dicho elemento permite a la Comisión aumentar el importe de partida de la multa por encima del importe mínimo previsto"* o la sentencia de 4 de junio de 2009 C-8/2008 *"no es necesario examinar los efectos de una practica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia"..... La cuestión de si tal efecto se produce realmente y, en su caso, en que medida, únicamente puede ser relevante para calcular el importe de las multas y los derechos de indemnización por daños y perjuicios".*

Así la resolución recurrida tiene en cuenta los efectos para graduar la sanción y señala que *"los efectos sobre los competidores han sido reales, desincentivando a empresas no estibadoras la entrada en dicho mercado y contrarrestando desde una*

apariencia de acuerdo colectivo legal, las previsiones de liberalización de este mercado que se busca con la Ley de Puertos”.

SEXTO: Considera que existe una ausencia de culpabilidad al realizar la resolución recurrida una interpretación ultranovedosa de la normativa de competencia, lo que no se comparte ya que la jurisprudencia comunitaria ya ha establecido en varios pronunciamientos que la inmunidad de las normas de la competencia respecto de los convenios colectivos y organizaciones sindicales no es total sino condicionada al cumplimiento de varias condiciones, que este caso de manera clara y sin margen de interpretación razonable han sido incumplidas.

SEPTIMO: En cuanto a la graduación de la sanción, considera que existe una falta de motivación y que no se han tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes para graduar la misma.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de *“La aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es el caso enjuiciado, el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia”.*

La resolución acuerda imponer a la asociación recurrente la sanción máxima prevista para operadores sin cifra de negocio (901.518,16 euros). En este caso la resolución para graduar la infracción tiene en cuenta:

a) La gravedad de la conducta y la califica de muy grave ya que *“el acuerdo ha buscado un cierre del mercado para los servicios portuarios complementarios de todo los puertos de interés general en beneficio de las empresas de estiba”.*

b) Que ha producido efectos reales sobre los competidores y en concreto señala que *“los efectos sobre los competidores han sido reales, desincentivando a empresas no estibadoras la entrada en dicho mercado y contrarrestando desde una apariencia de acuerdo colectivo legal, las previsiones de liberalización de este mercado que se busca con la Ley de Puertos”.*

c) La repercusión económica teniendo en cuenta la importancia creciente del sector portuario en los intercambios comerciales internacionales y en los costes y precios de las mercancías transportadas.

d) La duración de la infracción que se extiende desde julio de 2007 firma de acuerdo hasta la emisión del PCH indicando que *“es posible que haya tenido incidencia práctica hasta junio de 2009”* en que la Audiencia Nacional declaró nulos varios artículos controvertidos del Acuerdo, pasando el mismo a

tener naturaleza exclusivamente extra-estatutaria con validez y eficacia para sus firmantes y aquellos que se adhieran”.

Los criterios aplicados para graduar la sanción son correctos y en concreto que ha producido efectos teniendo en cuenta que el IV acuerdo aun sin eficacia normativa ha sido puesto en práctica por los firmantes y desplegado sus efectos, recogiéndose en los hechos probados las actas de las reuniones de la Comisión Paritaria y los acuerdos tomados en base al IV Convenio, destacando en ellos las decisiones sobre el acceso de los trabajadores a la plantilla del puerto así como otras medidas interpretativas en relación a los conflictos laborales.

Reprocha al Consejo que la sanción impuesta a los sindicatos es proporcionalmente inferior. Así razona la resolución recurrida que *“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”*. Se remite al voto particular formulado por un Consejero que señala que *“si todas las partes firmantes del Acuerdo tienen la consideración de suscribientes del mismo; por lo que han merecido, en régimen de igualdad, la misma imputación, debería haberse concluido imponiéndoles la misma sanción económica”*.

Considera la Sala que no se puede hablar de falta de proporcionalidad por el hecho de que el importe de la sanción económica no sea el mismo que el impuesto a los sindicatos ya que si bien la conducta sancionada es la misma, el importe de la multa no se gradúa solo en función de elementos objetivos referidos a la conducta, como la naturaleza de la infracción, sus efectos o duración sino debe tenerse en cuenta elementos subjetivos de cada sujeto infractor como su intervención en la realización de la conducta, la dimensión de la empresa y su capacidad económica, su posición en el mercado pertinente, lo que puede dar lugar a la ponderación del importe de la sanción. La resolución ha razonado la diferencia de trato que no se puede calificar de discriminatoria dada la diferencia de circunstancias subjetivas existentes, especialmente en este caso en que la organización empresarial sancionada no es una empresa estibadora sino la asociación nacional de empresas estibadoras integrada por 115 de un total de 215 empresas estibadoras, por lo que esa circunstancia subjetiva se debe tener en cuenta para graduar la sanción.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **ASOCIACION NACIONAL DE EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS DE BUQUES (ANESCO)** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de

septiembre de 2009 (expediente 2805/07 empresas estibadoras) que deberá reducirse en un 50%. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular que formula la Magistrada Ponente D^a Lucía Acín Aguado.

Con el debido respeto al voto mayoritario formulo el presente voto particular en base al siguiente razonamiento:

Mi discrepancia se centra en los criterios aplicados para la graduación de la sanción ya que entiendo que no consta acreditado que el acuerdo haya producido efectos y ello conlleva a mi juicio que la sanción debía reducirse en un 25%.

Como hemos dicho anteriormente la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de septiembre de 2009 C-534/07 P señala que 81 *"Si bien la existencia de repercusiones concretas de la infracción no es un elemento necesario para calificar la infracción de muy grave en el caso de un acuerdo que tiene un objeto contrario a la competencia, la consideración adicional de dicho elemento permite a la Comisión aumentar el importe de partida de la multa por encima del importe mínimo previsto"*.

En este caso no consta se haya producido de forma efectiva una reserva de actividad a favor de las actuales empresas de estiba del mercado de los denominados servicios complementarios portuarios. Sólo constan en la resolución recurrida, los efectos que se producirían si dicho acuerdo es obligatorio para todas las empresas que realicen servicios que la Ley establece que deberán ser prestados en libre competencia es decir si el IV acuerdo es aceptado por la autoridad laboral y se considera convenio colectivo. Así se recoge en la resolución recurrida las declaraciones efectuadas por diversas empresas que realizaban servicios complementarios en el que exponen las consecuencias de si se califica dicho acuerdo como convenio. Así alegó EBHISA una empresa no estibadora que realiza actividades en un Puerto de Gijón que *"si ese acuerdo es aceptado por la autoridad labora"*, al extender el ámbito del mismo a empresas no estibadoras y trabajadores

no portuarios *“Acaban con cualquier forma alternativa de gestión de esas actividades complementarias por vía de la imposición de las condiciones que en verdad harían inviable la existencia de empresas no estibadoras en la prestación de los servicios complementarios y para lo que se pretende una reserva por vía de convencional que se sume a la que cuentan por vía legal”* (folio 1226). En el mismo sentido UGT señala que dicho acuerdo *“cerraría el mercado, en beneficio de las empresas estibadoras que ampliarían su actividad incorporando nuevas líneas de negocio en el mismo régimen de exclusividad con las que se les privilegia para las actividades que integran el servicio portuario básico de carga y estiba”* (folio 590).

Hay que tener en cuenta que el IV acuerdo no ha merecido el reconocimiento de la autoridad laboral a efectos legales al no cumplir los requisitos legales para ser considerado un convenio sectorial y por tanto no ha sido publicado por el Ministerio de Trabajo de acuerdo con los procedimientos previstos para este tipo de acuerdos. Por tanto nunca ha sido considerado un convenio colectivo con las consecuencias que ello supone y en concreto conforme a lo establecido en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores que establece que *“los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de vigencia”*. Difícilmente puede admitirse que alguna empresa se considerara vinculada por ese acuerdo y se considerara sometido al mismo, ya que no tenía eficacia normativa como convenio laboral por no estar ratificado por las autoridades competentes no se había publicado en el BOE e incluso había sido recurrido ante la jurisdicción laboral por falta de legitimación.

El hecho de que se creara la Comisión Paritaria Sectorial y celebrara reuniones no es suficiente para entender que ha producido efectos ya que no consta que esos acuerdos fueran efectivamente aplicados a empresas y personal ajenos a ese acuerdo. Hay que tener en cuenta que si bien carecía de eficacia normativa como convenio laboral la propia resolución reconoce que tiene naturaleza exclusivamente extra-estatutaria con validez y eficacia para sus firmantes y aquellos que se adhieran voluntariamente y así consta en la resolución recurrida que el 12 de noviembre de 2007 en el seno de la Comisión Mixta (del III acuerdo) *“CETM pide la formación de la Comisión Paritaria prevista en el acuerdo y ANESCO como parte contratante dice que le parece conveniente que sus empresas asociadas lo cumplan”*. Por tanto la intención de ANESCO es que se aplique sólo a las empresas asociadas, siendo la declaración realizada el 18 de noviembre de 2008 una reiteración de esas intenciones y por tanto no puede considerarse que sólo es cuando se había recibido la notificación de la propuesta de la resolución de la Dirección de Investigación cuando pretende limitar los efectos a sus asociados.



PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.