

Id. Cendoj: 28079230062012100551
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 13/11/2012
Nº de Recurso: 806/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. Empresas estimadoras.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a trece de noviembre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 806/09 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la **COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR** representada por la Procuradora de los Tribunales D^a María José Corral Losada 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 publico Puertos del Estado representado por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 168.000 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 27 de noviembre de 2009 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 4 de enero de 2012 la parte solicitó *"dicte sentencia en la que, con estimación del presente recurso, declare la nulidad de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 24 de diciembre de 2009, por la que se declara 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 por ser contraria a derecho"*

TERCERO: Se emplazó al Abogado del Estado para que contestara la demanda, lo que hizo mediante escrito de 26 de junio de 2012 en el que solicitó la desestimación del recurso.

Solicitado el recibimiento a prueba y denegadas las pruebas solicitadas por auto de 29 de junio de 2012 una vez presentadas conclusiones quedaron el 16 de octubre de 2012 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 30 de octubre de 2012.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN 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:

1. Caducidad del procedimiento sancionador.
2. Denegación del derecho a ser informado de la acusación.
3. Infracción del principio de contradicción.
4. Omisión total y absoluta del procedimiento establecido.
5. Extensión analógica del tipo infractor.
6. Incompetencia manifiesta del órgano sancionador.
7. Infracción del principio de tipicidad.
8. Falta de predeterminación legal entre infracción y sanción.
9. Falta de predeterminación legal del autor.
10. Inexistencia de responsabilidad del sindicato.
11. Infracción principio de proporcionalidad de la sanción.
12. Vulneración del derecho a la libertad sindical.

TERCERO: Las cuestiones que plantea el recurrente en este recurso ya han sido resueltas la mayoría de ellas por sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 2010 (recurso 5/2009) al resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma recurrente contra la misma resolución por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. Interpuesto recurso de casación contra la misma, el Tribunal Supremo ha dictado sentencia el 19 de julio de 2012 (recurso 4234/2010) en la que declara no haber lugar al recurso de casación al apreciarse que el escrito de interposición es una reproducción casi mimética del escrito de demanda, sin contener una verdadera crítica de la sentencia.

Por ello procede reproducir literalmente en esta sentencia lo allí razonado:

"QUINTO : Se alega en primer lugar la vulneración del art. 24 CE (RCL 1978, 2836), 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 (RCL 1989, 1591) y también en el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea (RCL 1999, 1205 ter)". Entiende la actora que este precepto abarca 5 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 (RTC 2005, 126), "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 (RTC 2004, 74), 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 (RJ 2006, 795) y 27-II-2007 (RJ 2007, 883) 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 (RCL 1989, 1591) 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 y 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"

"SEXTO: Se alega en segundo lugar la vulneración del art. 24 CE (RCL 1978, 2836) en relación con el derecho de defensa en cuanto necesario para garantizar la contradicción. Y ello porque las sucesivas alegaciones del sindicato no fueron contestadas, ni se admitió su solicitud de ampliación de plazo para contestar el pliego de cargos, ni se accedió a la nulidad del procedimiento o retroacción del expediente. Considera en resumen que la CNC ha puesto "un conjunto de trabas formales" que le han causado indefensión.

El artículo 135 LRJPAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) establece: "Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos: A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia. A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes. Los demás derechos reconocidos por el artículo 35 de esta Ley ".

El derecho de defensa supone que en el marco de un procedimiento administrativo sancionador debe posibilitarse al expedientado el ejercicio de todos los derechos subjetivos especificados en el precepto transcrito. El derecho a conocer la acusación, a

formular alegaciones y a proponer medios de prueba son instrumentos por medio de los cuales se hace efectivo el derecho de defensa

El derecho cuya infracción se alega no comprende el derecho del sujeto a un expediente administrativo sancionador a que se admitan y se acepten por la Administración sus alegaciones, como parece entender la actora. Las alegaciones fueron contestadas, y, como indica la CNC, por el hecho de no ser mencionadas expresamente, o de no indicarse que se está contestando a las alegaciones de CETM no puede entenderse que fueron ignoradas. Así recuerda que pese a que algunas, como las de 10-XI-2008 (PROV 2008, 375574) se recibieron después de finalizado el plazo, fueron contestadas, al analizarse las cuestiones planteadas: la condición de interesado de Puertos del Estado, la aplicación de la normativa de defensa de la competencia a los convenios colectivos, o si el IV Acuerdo esta o no amparado por una norma legal.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación"

"SEPTIMO Se alega en tercer lugar la vulneración del art. 24 CE (RCL 1978, 2836) en relación con el derecho al procedimiento legalmente establecido. Y ello porque la condición de denunciante no otorga la de interesado en un procedimiento sancionador, y no debió admitirse a Puertos del Estado en el expediente, por carecer de un interés legítimo.

La noción o concepto y supuestos de interesado en el procedimiento administrativo están contemplados en el artículo 31 LRJ y PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , que tiene el siguiente tenor literal:

"Artículo 31 . Concepto de interesado.

1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

C) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento."

Resulta por tanto evidente la condición de interesado de Puertos del Estado, que no solo era parte de las Sociedades Estatales de Estiba, sino, como igualmente señala el acto administrativo impugnado, la entidad pública responsable del buen funcionamiento de la actividad en los puertos de interés general de España.

Se alega en cuarto lugar la vulneración del art. 24 CE en relación con el derecho al procedimiento legalmente establecido por caducidad de las actuaciones. Alega que el expediente se inicia el día 3 de diciembre de 2007 y se notifica la resolución sancionadora de 24 de septiembre de 2009 el día 30 de septiembre de 2009. Entiende que si bien la fase de instrucción se desarrolló en 12 meses, la de resolución excedió de los 6 meses legalmente establecidos al efecto, superando en 20 días ese plazo"

"OCTAVO: Se alega en quinto lugar la vulneración del art. 25 CE (RCL 1978, 2836) en relación con la prohibición de la analogía. Y ello porque la LDC y el art. 81.1 del Tratado de la C.E . contemplan acuerdos 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 (RTC 1987, 136) 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 (RCL 1992, 2496, 2660) , 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.

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

En todo caso es preciso recordar que el TDC sancionó por Acuerdo de 19 de diciembre de 2001 al SINTRAB, resolución que por sentencia de 28 de febrero de 2005 fue confirmada por esta Sala , excepto en el extremo relativo a la cuantía de la multa, y esta sentencia a su vez fue confirmada por la dictada por el Tribunal Supremo el día 19 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1758) .

"NOVENO: Se alega a continuación la vulneración del art. 25, en relación con el

principio de tipicidad. Entiende la actora que la CNC infringe este precepto 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 (RCL 1992, 2496, 2660) 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 (RCL 1989, 1591) y ahora por la Ley 15/2007 (RCL 2007, 1302) , 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.

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) (RJ 2008, 1758) ha razonado como sigue:

"Cuarto.- 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.

A) Afirma el recurrente que la Sala ha infringido el artículo 25 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) "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 inspiran 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) (RJ 2003, 3021) en la que se 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".

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de recurso"

"DECIMO: Se formulan a continuación tres alegaciones de vulneración del art. 25 de la Constitución (RCL 1978, 2836) : 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 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) 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.

La tercera alegación se funda en la infracción del principio de proporcionalidad. En el ámbito en que se ha planteado este recurso, el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, solo cabe examinar si la actuación sancionadora de la Administración ha sido proporcionada a los fines que pretende alcanzar, comparando el contenido y la finalidad de la resolución de la Administración y la entidad del sacrificio de los derechos de la parte actora, o expresado de otro modo, la gravedad del hecho ilícito y la gravedad de la sanción.

En el supuesto enjuiciado aprecia esta Sala que la actuación administrativa ha sido proporcionada a los fines que pretende alcanzar, habiéndose expuesto razonadamente los motivos por los que se impone una sanción a CETM y por qué en tal cuantía; al tiempo existe una adecuación entre la sanción que se impone y la infracción que se declara cometida."

"UNDECIMO: Se alega por último la vulneración del art. 28 en relación con el 37 CE . 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 efecto 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, según se aplican al supuesto enjuiciado a juicio de esta Sala correctas. Respecto del IV Acuerdo 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 (RCL 1992, 2496, 2660) , 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 su compatibilidad con la seguridad del puerto y los usos portuarios preferentes, para estos otros servicios 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".

CUARTO: Procede analizar a continuación las cuestiones que no han sido analizadas por la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 2010 y que viene limitada a la caducidad del procedimiento.

En cuanto a la caducidad la Ley dispone que el plazo máximo para resolver y notificar el expediente es de 18 meses (artículo 36 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia). Por otra parte el Reglamento establece la fase de instrucción en 12 meses y la de resolución en 6 meses (artículo 28.4 del RD 261/2008, de 22 de febrero que aprueba el Reglamento de la Ley) . De acuerdo con la misma norma el transcurso de estos plazos determina la caducidad de las actuaciones (artículo 38.1 de la LDC).

En este caso señala la recurrente que la fase de instrucción tuvo una duración exacta de 12 meses. Sin embargo la fase de resolución excedió de 6 meses. Así señala que el 23 de abril de 2009 cuando se acuerda la primera suspensión ya han transcurrido 4 meses y 21 días. Entre el 25 de mayo y el 17 de julio siguiente en que se acuerda nueva suspensión transcurrió 1 mes y 22 días. Por último desde el 23 de septiembre al 30 de septiembre en que la parte fue notificada transcurrieron 7 días. En consecuencia la fase de resolución ha durado 6 meses y 20 días. Según el Abogado del Estado no ha transcurrido el plazo legalmente establecido. Así señala que el acuerdo de incoación se

dictó el 3 de diciembre de 2007, el plazo para dictar la resolución no debía exceder del 3 de junio de 2009. No obstante si se suman a dicho plazo los días en que el procedimiento ha estado suspendido (desde el 23 de abril hasta el 25 de mayo de 2009 y desde el 25 de junio de 2009 hasta el 25 de septiembre de 2009) , no habría en modo alguno vencido el plazo el 30 de septiembre de 2009 en que se notifica la resolución, pues el plazo máximo para dictar y notificar la resolución (sumados los 25 y 79 días que respectivamente ha estado suspendido el plazo) concluiría el 2 de octubre de 2009.

Para resolver esta alegación son relevantes los siguientes hitos temporales del procedimiento:

3/12/2007: inicio del expediente sancionador por el Director de Investigación.

3/12/2008: elevación de la propuesta de resolución al Consejo.

23/4/2009: suspensión del plazo para resolver por información a la Comisión Europea.

25/5/2009: se levanta la suspensión.

25/6/2009: se acuerda suspender el plazo para resolver al objeto de realizar actuaciones complementarias y entre ellas se requiere a ANESCO y CETM que aporten determinada información en relación al volumen de negocios de las empresas asociadas y de sus ingresos. (folio 224 y 225 y siguientes del tomo II).

17/7/2009: el Consejo, previa solicitud de ANESCO y teniendo en cuenta las dificultades materiales alegadas por la misma acuerda otorgarle un plazo adicional de 30 días para que cumplimente el requerimiento y en el apartado TERCERO señala: " en relación con la suspensión del plazo para dictar resolución adoptada en el acuerdo de 25 de junio de 2009, se comunica que la misma mantiene su vigencia hasta la fecha en que, previa práctica y valoración de la prueba por los interesados, el Consejo decida darla por finalizada" (folio 369 a 371 del tomo II).

23/9/2009: se levanta la suspensión.(folio 1423 a 1440 tomo VI)

24/9/2009: resolución sancionadora.

30/9/2009 notificación de la resolución.

Ambas partes están de acuerdo en que el plazo máximo para resolver y notificar estuvo suspendido desde el 23 de abril hasta el 25 de mayo de 2009. En cambio discrepan en cuanto a la fechas del segundo período de suspensión ya que la parte recurrente señala se inicio el día 17 de julio de 2009 y finalizó el 23 de septiembre de 2009, mientras que el Abogado del Estado señala que se inició el 25 de junio de 2009 y finalizó el 25 de septiembre de 2009. Examinado el expediente administrativo consta que el 25 de junio de 2009 el Consejo ordenó a la DI la realización de unas actuaciones complementaria, acordando la suspensión del plazo máximo para dictar resolución (folio 254), y consta que el 23 de septiembre de 2009 el Consejo acordó dar por no cumplimentada la actuación complementaria en relación a ANESCO y levantar la suspensión y dictar resolución. Por lo tanto el periodo de la segunda suspensión abarca desde el 25 de junio de 2009 hasta el 23 de septiembre de 2009. Por tanto sumados los 32 días (desde el 23 de abril al 25 de mayo de 2009) y los 90 días (desde el 25 de

junio de 2009 hasta el 23 de septiembre de 2009) que respectivamente ha estado suspendido el procedimiento al objeto de computar el plazo máximo de duración de la fase de resolución (6 meses) este plazo inicialmente previsto para el 30 de septiembre de 2009, se extendería hasta 3 de octubre de 2009 por lo que en la fecha en que se notificó la resolución recurrida no habría vencido el plazo máximo para notificar.

QUINTO : Por todas las razones expuestas procede desestimar el recurso contencioso interpuesto.

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:

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 la **COORDINADORA ESTATAL DE TRABAJADORES DEL MAR** 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). 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.

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.