

Id. Cendoj: 28079230062010100444
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/09/2010
Nº de Recurso: 815/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia.

SENTENCIA

Madrid, a treinta de septiembre de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo 815/2009 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional

ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. García Martín en nombre y representación de CONFEDERACION

INTERSINDICAL GALEGA frente a la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado contra

resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 24 de septiembre de 2009, siendo la cuantía del recurso de

3.900 euros, siendo codemandado ENTE PUBLICO PUERTOS DEL ESTADO igualmente representado y defendido por el

Abogado del Estado. Ha sido Ponente la Magistrado D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 26 de marzo de 2010 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte

sentencia por la que se estime el recurso, se declare la nulidad de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de septiembre de 2009 impugnada, condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración.

TERCERO-. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó publicando la desestimación del recurso.

CUARTO-. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 28 de septiembre de 2010 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO-. Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 24 de septiembre de 2009 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-. Constituye un antecedente inmediato de esta sentencia la dictada por esta Sala y Sección el pasado día cuatro de mayo de dos mil diez , en el recurso contencioso administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales num. 5/2009 promovido por la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar, frente a la misma Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de septiembre de 2009.

Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- 1-. Vulneración del derecho a ser informado de la acusación ex art. 24 CE .
- 2-. Vulneración del derecho al procedimiento legalmente establecido ex art. 24 CE .
- 3-. Vulneración de la prohibición de analogía ex. Art. 25 CE .
- 4-. Vulneración del principio de tipicidad ex. Art. 25 CE .
- 5-. Vulneración del principio de tipicidad en su vertiente de predeterminación normativa de la relación entre la infracción y la sanción ex art. 25 CE .
- 6-. Vulneración del principio de tipicidad en su vertiente de predeterminación normativa del sujeto autor de la infracción ex art. 25 CE .
- 7-. Vulneración del principio de culpabilidad ex art. 25 CE .
- 8-. Vulneración del principio fundamental a la libertad sindical ex art.28.1 CE en relación con el derecho a la negociación colectiva ex art. 37 CE .

Por su parte el Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda se opone a la estimación del recurso analizando por el mismo orden expuesto en la demanda los motivos de impugnación y exponiendo las razones por los que no deben ser estimados.

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 proscribiera 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.

SEXTO-. Se alega a continuación la vulneración del derecho al procedimiento legalmente establecido por haberse configurado incorrectamente la relación jurídica del procedimiento sancionador sin excluir al ente público Puertos del Estado.

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, que tiene el siguiente tenor literal:

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.

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".

No se aprecia en consecuencia la denunciada violación del derecho de libertad sindical tal y como se plantea en este último motivo de impugnación que debe en consecuencia ser desestimado.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

DUODECIMO-. 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 debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL GALEGA contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 24 de septiembre de 2009 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltra. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.