

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063605

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1516/2018, de 19 de octubre de 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 4389/2017

SUMARIO:

Defensa de la Competencia. Derecho constitucional de asociación. Practica colusoria. Recomendación colectiva de una asociación a sus asociados. Proporcionalidad e la multa. La entidad sancionada es una asociación de transportistas autónomos, lo que permite sostener a dicha asociación que no se trata de una empresa o un operador en sector del transporte portuario sino una asociación legalmente constituida para la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores del transporte, según consta en sus Estatutos, y actúa amparada por el derecho de asociación. Pero sobre la controversia de cuál ha de ser el encaje de las "asociaciones" en el ámbito de las leyes de defensa de la competencia, se señala que tanto los empresarios autónomos individuales como las asociaciones que estos constituyan están sujetos a las normas de defensa de su competencia, y sus conductas pueden ser enjuiciadas al amparo de dicha normativa. Debe recordarse que el artículo 101 del TFUE considera incompatible con el mercado interior y quedan prohibidos no solo los acuerdos entre empresas sino también «las decisiones de asociaciones de empresas» y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Es cierto que las asociaciones pueden legítimamente desempeñar un papel de defensa de los intereses de sus miembros, pero tampoco es posible descartar que realicen conductas contrarias a la competencia que no pueden quedar cubiertas bajo el manto del ejercicio de las competencias asociativas o, en general, de la libertad de asociación. Es posible establecer que una de esas prácticas prohibidas puede consistir en una recomendación a sus asociados para que adopten un determinado comportamiento contrario a la libre competencia en ese mercado. Puede considerarse que esta se produce cuando el acuerdo pretenda sustituir la actuación individual por una actuación conjunta con el objeto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado. No se precisa que el acuerdo sea vinculante, si tenían virtualidad para generar entre sus miembros una cierta disposición o comportamiento que permite apreciar una recomendación colectiva. Respecto del importe de la sanción impuesta, cuando el art. 63 de la Ley de Defensa de la competencia habla de la "empresa infractora" cuando fija los respectivos límites de las infracciones leves, graves y muy graves, en su inicio incluye también a las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, y a continuación de la fijación de los importes máximos de las sanciones deja claro que el indicado límite máximo opera también respecto de las asociaciones, al indicar que «el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros», lo que permite una sanción que realmente sea disuasoria.

PRECEPTOS:

Constitución española, arts. 22 y 28.1.

Ley 15/2007 (Defensa de la Competencia), arts. 1, 61 y 63.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) art. 101.

PONENTE:*Don Diego Córdoba Castroverde.*



Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Don EDUARDO CALVO ROJAS
Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO
Don FERNANDO ROMAN GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.516/2018

Fecha de sentencia: 19/10/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4389/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 4389/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1516/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.



D. Eduardo Espin Templado, presidente
D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. Maria Isabel Perello Domenech
D. Diego Cordoba Castroverde
D. Angel Ramon Arozamena Laso
D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 19 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4389/2017, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Felipe de Juanas Blanco, en nombre y representación de Autoridad Vasca de la Competencia, bajo la dirección del Letrado del Gobierno Vasco, contra la sentencia de 17 de mayo de 2017 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso contencioso administrativo número 78/2016, contra la resolución de 14 de enero de 2016 de la Autoridad Vasca de la Competencia que impuso a la Asociación de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao la sanción de multa de 800.000 euros por la comisión de la infracción tipificada por el artículo 1.1 de la Ley de defensa de la competencia.

Ha intervenido como parte recurrida la Asociación Sindical de Transportistas del Puerto de Bilbao representada por el Procurador de los Tribunales don Pedro María Santín Pérez y bajo la dirección letrada de don Santiago Solaesa Espinosa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Procurador de los Tribunales don Felipe de Juanas Blanco, actuando en nombre y representación de la Autoridad Vasca de la Competencia, interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 215, de 17 de mayo de 2017 (rec. 78/2016), por la que se estimó el recurso interpuesto por la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del puerto de Bilbao (ATAP) contra la resolución de 14 de enero de 2016 dictada por la Autoridad Vasca de la Competencia impuso a la ATAP una sanción de 800.000 euros por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 1.1 la Ley de Defensa de la Competencia.

La sentencia argumentó que si bien el acto recurrido no incurre en el defecto de tipificación alegado por la recurrente, la recomendación o decisión colectiva no ha sido tomada por una empresa u operador en el sector de transporte portuario sino por una asociación, legalmente constituida, que tiene por objeto la defensa y promoción de los intereses profesionales, tanto individuales como colectivos del sector de trabajadores del transporte. De ahí concluye el Tribunal a quo que "la recomendación o decisión colectiva se ha producido en el ámbito de las relaciones de representación de la Asociación y sus miembros, con lo cual no puede decirse que tal acción comporte una restricción al libre ejercicio de la actividad empresarial (de transporte) ejercida por aquellos, y sus efectos respecto a terceros que ejerzan la misma actividad u otras portuarias o la de navegación relacionadas o dependientes de la primera no puede desvincularse, a estos efectos, de la naturaleza y fines de la entidad que ha convocado la cesación de actividades".

Continúa argumentando la Sala de instancia que la resolución administrativa se ha limitado a atender al hecho en sí mismo (la recomendación o decisión) y a sus potenciales efectos sobre la libre competencia, sin contemplar la circunstancia excluyente de su antijuridicidad: esto es, el ejercicio de un derecho legítimo tal como

prevé el artículo 20.7 CP. Razona la sentencia, en este sentido, que "la convocatoria en cuestión, lejos del propósito de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado de referencia, no ha tenido otra finalidad, objetivamente justificada, que la defensa de los intereses de los transportistas integrados en la ATAP y por esa razón cualquiera que fuera su incidencia potencial o real en aquél ámbito no puede entenderse contraria a las prohibiciones del art. 1 LDC sin desconocer el derecho constitucional de Asociación (artículo 22 CE) y sus manifestaciones más naturales, y no decimos el derecho de libertad sindical en vertientes distintas a la asociativa (artículo 28.1 CE y artículo 2 de la Ley Orgánica 11/1985) dada la condición de trabajadores autónomos de los asociados a la entidad sancionada". El régimen sancionador previsto por las normas de defensa de la competencia, se concluye en la sentencia, no puede hacer tabla rasa de los derechos fundamentales referidos, pues con la misma argumentación de la resolución recurrida habría que considerar antijurídica la convocatoria de una huelga por un sindicato de trabajadores portuarios.

A lo anterior debe añadirse, según la Sala de instancia, que aunque la consumación del ilícito previsto por el art. 1.1 LDC se produce por el solo hecho de realizarse las conductas descritas en el precepto "no puede entenderse consumada la acción tipificada por el mismo habida cuenta del corto período, a partir de la fecha señalada para el inicio de lo que la resolución recurrida llama "boicot", en que se mantuvo la convocatoria de la recurrente". La Administración, sin embargo, no ha considerado esa desconvocatoria (producida dos días después) como una circunstancia atenuante de la responsabilidad de la recurrente. Se concluye, finalmente, en la sentencia que "descartada la antijuridicidad de la acción y, por tanto, la culpabilidad de su autor, hay que declarar la nulidad de la resolución sancionadora sin necesidad de dilucidar las cuestiones de hecho referidas a la relación de afiliación entre la recurrente y los transportistas que prestaban servicios para las dos cooperativas que también fueron sancionadas por el mismo acuerdo de la AVC y de examinar la desproporcionalidad, más que aparente, de la multa impuesta a ATAP [...]".

Segundo.

Mediante Auto de 13 de noviembre de 2017 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en determinar en primer lugar, cuál ha de ser el encaje de las "asociaciones" en el ámbito de las leyes de defensa de la competencia, unificando la jurisprudencia (contradictoria) existente al respecto. En segundo lugar, el interés casacional objetivo del asunto también radica en determinar si las conductas o decisiones restrictivas de la competencia, realizadas o adoptadas por asociaciones en defensa de los intereses profesionales de sus asociados están amparadas por el artículo 22 al considerarse como conductas o decisiones legítimas adoptadas en el ejercicio de este derecho; o si, por el contrario, quedan sometidas al régimen de infracciones y sanciones previsto en la leyes de defensa de la competencia.

Tercero.

La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito fechado el 15 de enero de 2018 en el que argumentó, en síntesis, que:

La Asociación Sindical de Transportistas del Puerto de Bilbao se denomina como sindical en sus Estatutos, agrupa a trabajadores autónomos, por lo que se trata de un sindicato empresarial y no de trabajadores por cuenta ajena.

El artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia prohíbe "[...] todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional".

El boicot está considerado una práctica concertada contraria a la libre competencia y en el caso que nos ocupa el boicot está acreditado por la acción conjunta de la Asociación sindical de Transportistas Autónomo del Puerto de Bilbao y los transportistas asociados que forman parte de las sociedades cooperativas prestatarias de servicios. A diferencia de lo que sostiene la sentencia de instancia, que considera amparada su recomendación en la libertad de asociación en defensa de sus asociados, la recurrente afirma que la libertad de asociación no incluye la libertad de los competidores para actuar de manera concertada para boicotear a proveedores o clientes.

El boicot es una de las conductas más graves en Defensa de la Competencia y es una conducta típica en los conflictos portuarios ya que el bloqueo de los servicios en este ámbito afecta a la actividad portuaria, exponiendo a las empresas usuarias y a las navieras a gravísimas pérdidas. En este caso, la Asociación sindical



de transportistas autónomos del puerto de Bilbao actúa como instigadora del boicot que realizaron Cecontans TPS y sus respectivos transportistas para boicotear Mersk Spain SLU.

No cabe dudar de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia a las asociaciones, ni oponer el derecho de asociación del art. 22 C.E, pues este derecho no permite a la asociación lo que no se permite a los asociados, consistente en este caso en recomendar un boicot a los asociados que son competidores entre sí frente a un eventual cliente.

La desconvocatoria del boicot a los pocos días de su inicio no le priva de virtualidad a la infracción pues la desconvocatoria fue meramente formal, provocada por la intervención de la Autoridad Vasca de la competencia, pero el boicot se produjo y existieron sabotajes en el puerto respecto de camiones que no se sumaron al boicot, lo que determinó como resultado que no se desestibasen dos barcos de la naviera MAERSK, atendiendo a las demás navieras y buques sin problema alguno. De aceptarse la sentencia de instancia sería suficiente para evitar la aplicación del art. 1 de la LDC y el art. 101 del TFUE que se constituyeran asociaciones profesionales que podrían actuar como cárteles.

Cuarto.

La Asociación Sindical de Transportistas del Puerto de Bilbao (ATAP) se opone al recurso. Considera, en síntesis, que ATAP es una asociación para la defensa y promoción de los intereses profesionales, individuales y colectivos del sector de los trabajadores del transporte en el Puerto de Bilbao, sin que existe ninguna acción concertada entre ella y las otras mercantiles sancionadas sino que se limitó a defender los intereses de sus asociados en una disputa comercial con la naviera MARSK.

Quinto.

Se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 18 de septiembre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La Autoridad Vasca de la Competencia interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de mayo de 2017 (rec. 78/2016), por la que se estimó el recurso interpuesto por la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del puerto de Bilbao (ATAP) contra la resolución de 14 de enero de 2016 dictada por la Autoridad Vasca de la Competencia, que impuso a la ATAP una sanción de 800.000 euros por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 1.1 la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo.

Sobre la responsabilidad de las asociaciones por conductas o recomendaciones contrarias a la competencia.

La principal novedad en el supuesto que nos ocupa radica en que la entidad sancionada es una asociación de transportistas autónomos, lo que permite sostener a dicha asociación que no se trata de una empresa o un operador en sector del transporte portuario sino una asociación legalmente constituida para la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores del transporte, según consta en sus Estatutos, y actúa amparada por el derecho de asociación.

En la misma línea la sentencia de instancia sostuvo que la conducta desplegada se ha producido en el ámbito de las relaciones de representación entre la asociación y sus miembros, por lo que no puede considerarse que comporte una restricción al libre ejercicio de la actividad empresarial ejercida por los transportistas. Considera que la actuación de dicha asociación no es antijurídica por estar amparada por el ejercicio de un derecho legítimo (el derecho de asociación) y añade:

"La convocatoria en cuestión, lejos del propósito de impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado de referencia, no ha tenido otra finalidad, objetivamente justificada, que la defensa de los intereses de los transportistas integrados en APAP y por esa razón, cualquiera que fuera su incidencia potencial o real en aquel ámbito no puede entenderse contraria a las prohibiciones del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio sin desconocer el derecho constitucional de asociación (artículo 22 de la Constitución) y sus manifestaciones más naturales, ya no decimos el derecho de libertad sindical en vertientes distintas a la asociativa (artículo 28.1 de la Constitución y artículo 2 de la Ley Orgánica 11/1985) dada la condición de trabajadores autónomos de los asociados a la entidad sancionada".

La presente controversia se centra, por tanto, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en determinar las siguientes cuestiones: En primer lugar, cuál ha de ser el encaje de las "asociaciones" en el ámbito de las leyes de defensa de la competencia. En segundo lugar, determinar si las conductas o decisiones restrictivas de la competencia, realizadas o adoptadas por asociaciones en defensa de los intereses profesionales de sus asociados están amparadas por el artículo 22 CE al considerarse como conductas o decisiones legítimas adoptadas en el ejercicio de este derecho; o si, por el contrario, quedan sometidas al régimen de infracciones y sanciones previsto en las leyes de defensa de la competencia.

A tal efecto, debe empezar por afirmarse que tanto los empresarios autónomos individuales como las asociaciones que estos constituyan están sujetos a las normas de defensa de su competencia, y sus conductas pueden ser enjuiciadas al amparo de dicha normativa.

Debe recordarse que el artículo 101 del TFUE (antiguo artículo 81 TCE) considera incompatible con el mercado interior y quedan prohibidos no solo los acuerdos entre empresas sino también "las decisiones de asociaciones de empresas" y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. El Tribunal de Justicia ya desde su temprana jurisprudencia - sentencia de 29 de octubre de 1980 (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/789)-, consideró que las previsiones del derecho comunitario (en la actualidad de la Unión Europea) referidas a la defensa de la competencia también eran aplicables "[...] a las asociaciones cuya propia actividad o la de las empresas que las integran tienda a producir los efectos que dicha disposición pretende impedir", pues las previsiones en defensa de la competencia no dejan de aplicarse por el solo hecho de haber sido aprobada por una asociación. Y así se volvió a repetir en la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1975, Frubo/Comisión, 71/74, Rec. p. 563, apartado 30). Sin que, por otra parte, el marco jurídico en el que se toman las decisiones de las empresas y la calificación jurídica que a dicho marco dan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no tienen influencia alguna en la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre la competencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1985, BNIC, 123/83, Rec. p. 391, apartado 17).

Paralelamente la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en su artículo primero considera como una conducta colusoria y consecuentemente prohibida "[...] todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional [...]" considerando en su artículo 61 como sujetos infractores "las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley" añadiendo en el art. 61.2 que "A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas" permitiendo en su apartado tercero que se sancione "[...] a una asociación, unión o agrupación de empresas". Es más, al tiempo de calcular el importe de la sanción el art. 63 de la LDC afirma que "el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros".

Y este Tribunal ya en su sentencia de 17 de marzo de 2003 (rec. 10.329/1997), consideró que la actividad prohibida puede serlo cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia, incluyéndose en ella la recomendación colectiva y que :

"[...] la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquéllos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado-; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos".

Por ello, cabe concluir que tanto los empresarios individuales como las asociaciones de estos, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten, están sujetos a las normas sobre competencia.

Es cierto que las asociaciones pueden legítimamente desempeñar un papel de defensa de los intereses de sus miembros, pero tampoco es posible descartar que realicen conductas contrarias a la competencia que no



pueden quedar cubiertas bajo el manto del ejercicio de las competencias asociativas o, en general, de la libertad de asociación .

Como es obvio, no es posible a priori formular criterios generales pro futuro para describir con mayor precisión cuándo la conducta de la asociación está amparada por el legítimo de sus funciones para la defensa de los intereses profesionales de sus asociados y cuando no, pues las situaciones pueden ser muy diferentes en función del ámbito económico y de las circunstancias concretas que concurren. Pero sí es posible establecer que una de esas prácticas prohibidas puede consistir en una recomendación a sus asociados para que adopten un determinado comportamiento contrario a la libre competencia en ese mercado.

Lo relevante para la normativa de competencia, una vez probado que la conducta ha sido realizada por el ente colectivo, es que la conducta "por su contenido, por quien la efectúa y por su difusión, tiene objetivamente por objeto propiciar una pauta común de comportamiento por parte de los asociados que pueda considerarse contraria a la competencia".

La prohibición de colusión del artículo 101.1 TFUE es objetiva y preventiva, en el sentido que prohíbe toda conducta de origen concertado que objetivamente tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de restringir la competencia en el mercado considerado, sin que el precepto permita afirmar que tal carácter preventivo se predique sólo de las conductas que tienen fuerza obligatoria para las partes del acuerdo o para los miembros de la asociación porque, de nuevo, lo relevante es la aptitud (por el contenido, por quien la hace y por cómo se difunde) de la conducta para unificar el comportamiento de los asociados, y esta aptitud restrictiva no depende en absoluto de su naturaleza vinculante u obligatoria. Por tanto, acreditado que las decisiones no vinculantes -recomendaciones si se utiliza la nomenclatura nacional- si están incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE, cuando son aptas para armonizar el comportamiento competitivo de los asociados.

Tercero.

Fijación de doctrina jurisprudencial.

Así pues, dando respuesta a las cuestiones de interés casacional planteadas en el Auto de admisión procede fijar como doctrina jurisprudencial que las asociaciones, incluidas las de empresarios autónomos, están sujetas a las normas de defensa de la competencia y, por lo tanto, sus conductas pueden ser sancionadas conforme a dicha normativa.

La conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico, entendido en un sentido amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquéllos, cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en el mercado, y también las asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos.

En segundo lugar, y sin perjuicio de las singularidades concretas de cada caso, cabe entender que la protección dispensada por el derecho de asociación (art. 22 de la CE) no abarca las conductas o recomendaciones colectivas de las asociaciones, incluso las adoptadas en defensa de los intereses profesionales de sus asociados, cuando por su contenido, por quien la efectúa y por su difusión, tienen por objeto propiciar una pauta común de comportamiento por parte de los asociados que pueda considerarse contrario a la competencia.

Cuarto.

Sobre la antijuricidad de la conducta desplegada por la asociación.

Partiendo de estas consideraciones generales procede enjuiciar la conducta desplegada en este caso por la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del puerto de Bilbao. Y a tal efecto resulta especialmente relevante lo ya afirmado por este tribunal en anteriores sentencias en las que hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre los mismos hechos ahora enjuiciados, si bien analizando la conducta desplegada por otras entidades.

En nuestra sentencia de 19 de junio 2018 (rec. 3055/2017), enjuiciando la conducta desplegada por la sociedad cooperativa "Centro de Contratación de Transportes de Vizcaya, Sociedad Cooperativa", consideramos como hechos probados que resultan aplicables a este caso que:

"El servicio de transporte horizontal en el Puerto de Bilbao se viene prestando de forma casi exclusiva y desde hace al menos treinta años por transportistas y no por trabajadores portuarios. La entidad Noatum Container Terminal Bilbao, S.A. es una de las seis empresas estibadoras prestatarias del servicio portuario de

carga y descarga en el citado Puerto, siendo, a su vez, la única empresa demandante de transporte horizontal de contenedores en los Muelles A1 y A2 (ostenta, en consecuencia, el monopolio o monoposio de la demanda).

- Noatum contrata el transporte horizontal, además de con la actora, con otros dos operadores de transporte, Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop. y Reconsa Logística, S.L. Entre las dos primeras se ha ostentado (en el período comprendido entre 2010 y 2013) en torno al 95% de la cuota de mercado. La práctica totalidad de los transportistas que realizan el transporte horizontal tanto de la demandante como de Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop. se encuentran afiliados a la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao.

- Con fecha 24/6/14 la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao anunció su decisión (adoptada por unanimidad de sus asociados) de no prestar el servicio de transporte horizontal a los buques gestionados por la naviera Maersk Lines con carácter indefinido y a partir del día 4/7/14. Sin embargo, en fecha 8/7/14 la Asociación Sindical hizo pública su intención de dejar sin efecto tal convocatoria.

- En fecha 17/7/14 Noatum solicitó tres camiones a la actora y otros tres a Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop. en orden a realizar al día siguiente el servicio de transporte horizontal del buque Samaria, gestionado por Maersk Lines. Una y otra entidad advirtieron a la estibadora por correo electrónico de la práctica imposibilidad de prestar el servicio. Ello no obstante, el resto de buques no actuados por Maersk Lines no tuvieron problemas para recibir sus servicios de descarga.

- El 24/7/14 Noatum solicitó tres camiones a la actora y otros tres a Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop. para la prestación -en los días 25 y 26/7/14- del servicio de transporte horizontal al buque Glüecksburg, utilizado mayoritariamente por Maersk Lines. Las entidades requeridas, aduciendo problemas de averías, prestaron el servicio con un solo camión cada una de ellas. El resto de buques no gestionados por Maersk Lines no sufrieron incidencia en los servicios de descarga.

- La tercera entidad que provee el servicio de transporte horizontal a Noatum, Reconsa Logística, S.L., presentó denuncia con fecha 17/7/14 ante la Guardia Civil de Santurtzi por los daños sufridos en sendos camiones de su propiedad entre los días 15 y 17/7/14. Asimismo, en fecha 22/7/14 dos transportistas de la actora presentaron sendas denuncias ante la Ertzaintza de Muskiz por daños sufridos en sus camiones el 18/7/14".

En dicha sentencia consideramos que "Tras la convocatoria del boicot contra la empresa naviera Maersk Lines por parte de la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao y pese a su posterior revocación de la misma, la interrupción del servicio de estiba y desestiba a la citada naviera se produjo efectivamente: el 17 de julio no prestaron servicio a dicha naviera los camiones solicitados, 3 a la actora y 3 a la otra cooperativa, Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop.; y el 27 de julio, de una petición similar de 3 camiones a cada una de las cooperativas de transporte, sólo les proporcionaron uno cada una de ellas. Todo ello sin que ningún otro buque de las restantes navieras sufrieran incidencia alguna en el servicio de estiba o desestiba esos días" y que "[...] el boicot a la naviera Maersk fue efectivamente seguido por los socios transportistas de ambas cooperativas de transporte. En este contexto, resulta indiferente que la actora considere -según expone la sentencia en el fundamento tercero- que el seguimiento del boicot de sus transportistas no se debía a su afiliación a Cecontrans, sino a la Asociación que convocó la huelga; el hecho no discutible es que los socios cooperativistas de Cecotrans no prestaron el servicio a que se había comprometido Cecotrans, lo que supone que participaron de hecho en un boicot. Y no resulta convincente el argumento de que lo hicieron por temor a los incidentes respecto a lo que hubo denuncias, ya que consta que con excepción de la no prestación del servicio a la naviera objeto del boicot, la estiba y desestiba en el puerto fue atendida con normalidad durante esos días".

La conducta desplegada por la Asociación de Transportistas del Puerto de Bilbao puede ser considerada una recomendación colectiva a sus asociados. Ya en la STS, de 24 de octubre de 2014 (rec. 1220/2011) afirmamos que la "recomendación colectiva" -término que ya se contenía en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y actualmente se recoge en el art. 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia-, se caracteriza por tratarse de acuerdos adoptados por entidades u operadores económicos dirigidos a homogeneizar o armonizar conductas de los destinatarios en detrimento de la independencia de comportamiento y de la libertad y autonomía de actuación.

Y aun cuando es cierto que para determinar si existe o no una recomendación colectiva prohibida resulta determinante el contexto y las circunstancias concurrentes, al tratarse de una materia eminentemente casuística, puede considerarse que esta se produce cuando el acuerdo pretenda sustituir la actuación individual por una actuación conjunta con el objeto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado.

Ahora bien, tal y como ha señalado este Tribunal en su sentencia de 17 de marzo de 2003 (rec. 10.329/1997), la recomendación colectiva no requiere la existencia de un acuerdo expresamente adoptado, basta con la correspondiente indicación colectiva, si bien manifestada en forma que revista aptitud para provocar el

efecto prohibido; o bien, con la realización de conductas conscientemente concurrentes con otros operadores económicos, que persigan el fin señalado en la norma. Y tampoco se precisa que el acuerdo sea vinculante, si tenían virtualidad para generar entre sus miembros una cierta disposición o comportamiento que permite apreciar una recomendación colectiva (sentencia de 17 de marzo de 2003 rec. 10.329/2001).

Pues bien, la conducta desplegada por la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del puerto de Bilbao (ATAP) se trata de una recomendación, adoptada por un acuerdo unánime de sus asociados, que tenía como finalidad no prestar el servicio de transporte horizontal a los buques gestionados por la naviera Maersk Lines con carácter indefinido y a partir del día 4/7/14, y que, por tanto, pretendía armonizar el comportamiento y las conductas de los destinatarios en ese conflicto en detrimento de la independencia de comportamiento y de la libertad y autonomía de actuación de estos, con el fin de impedir la libre prestación de un servicio de estiba en el puerto a una empresa concreta. Esta conducta debe considerarse una práctica colusoria prohibida por las normas de competencia y no puede quedar amparada por el derecho de asociación ni implica el ejercicio de una acción sindical colectiva en defensa de las condiciones laborales de los trabajadores, pues la recomendación, en este caso, no está dirigida a unos trabajadores por cuenta ajena en defensa de sus condiciones laborales, sino a unos trabajadores autónomos, que en cuanto titulares de sus propios medios de producción y actuando en el mercado por cuenta propia son, en principio, competidores entre sí, dirigida a ejercer un boicot a una empresa concreta que podría haber sido potencial cliente de cualquiera de ellos.

En definitiva, su conducta ha de considerarse antijurídica, al igual que ocurrió con la actuación desplegada por otros operadores involucrados en esos hechos, cuya conducta fue analizada por anteriores sentencias de este Tribunal (STS de 19 de junio 2018 (rec. 3055/2017) y en la STS nº 1497/2018 de 10 de octubre de 2018 (rec. 4387/2017).

Quinto.

Estimado el recurso de casación y consecuentemente anulada la sentencia de instancia, corresponde analizar los restantes motivos de impugnación que se plantearon en la demanda de instancia por la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del puerto de Bilbao, referidos a la falta de tipicidad y en su caso falta de responsabilidad de su conducta por haber desconvocado el llamamiento al boicot antes de que este hubiese producido efecto alguno; la responsabilidad individual y no colectiva de aquellos asociados que intervinieron en el boicot; la indebida cuantificación de la multa impuesta porque la ATAP tiene personalidad jurídica independiente de sus asociados por lo que en primer lugar la base sobre la que ha de calcularse la cuantía de ingresos ha de ser la de la Asociación y no la contabilidad y los ingresos de sus asociados y en segundo lugar porque las personas que tuvieron implicación en los hechos, solo supondrían, como máximo, un diez por ciento de sus socios, siendo la mayor parte de ellos ajena a esta problemática.

1) Sobre la desconvocatoria

La Asociación alegó que la desconvocatoria de boicot se produjo a los pocos días de la fecha fijada para el inicio de la actividad de boicot (cuatro días después) y antes de que se produjeran los incidentes. A su juicio, esa desconvocatoria impedía que su conducta se considere sancionable y se la haga responsable de los incidentes producidos.

Tal y como consta en la resolución administrativa, el anuncio por parte de dicha asociación de su decisión de no prestar sus servicios respecto de los buques gestionados por Maersk se produjo el 24 de junio de 2014, enviando escritos comunicando esta decisión a la Autoridad Portuaria, a la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios (SAGEP) y a las empresas transportistas del Puerto. El boicot se iniciaría el 4 de julio de 2014 y tendría carácter indefinido, si bien el 8 de julio la Asociación publicó su intención de dejar sin efecto la comunicación realizada. El boicot a los buques de dicha empresa se produjo en los días 17, 18 y 24 de julio y se produjeron incidentes y actos de sabotaje de camiones que intentaban prestar el servicio de descarga el 17 de julio de 2014.

Lo cierto es que la consumación del ilícito previsto en el artículo 1.1 de la LDF se produce por el hecho de producirse alguna de las conductas descritas en este precepto. La infracción existe desde que la asociación adoptó la recomendación contraria a la competencia que sea preciso para su consumación que se lleve a la práctica. Tal y como afirma la STJUE de 27 de enero de 1987 (asunto Verband der Sachversicherer vs Comisión, asunto 45/85, párrafo 32) "según la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo es superfluo desde el momento en que resulta que tiene por objeto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia. La misma consideración se aplica a una decisión de una asociación de empresas".

La convocatoria o recomendación de cese de actividad se produjo como tal asociación y no a título individual por cada uno de sus asociados y aunque luego, unos días después, formalmente emitiese un comunicado de desconvocatoria, la recomendación ya había sido tomada y la actividad de boicot se produjo efectivamente, sin que el mero comunicado formal posterior la exonere de responsabilidad y desvincule a la Asociación de la infracción. Debe recordarse lo que ya sostuvimos en nuestra sentencia de STS de 19 de junio 2018 (rec. 3055/2017) afirmando que "[...] La convocatoria del boicot -pese a su retirada posterior-, la previsión por parte de Cecotrans del presumible incumplimiento de las encargos de servicio por sus propios miembros, el que dicho servicio no fuese cumplido y, finalmente, la falta de cualesquiera otra actuación clara de apartamiento de la acción anticompetitiva y de evitación de sus efectos (búsqueda de transportistas alternativos) hacen a Cecotrans plenamente responsable de la conducta anticompetitiva materialmente realizada por su miembros cooperativistas y por la que fue sancionada". Tampoco en este caso es posible admitir que, después de haber adoptado un acuerdo unánime de convocatoria de un boicot a una empresa, basta con un comunicado de desconvocatoria emitido varios días después de la fecha inicial del boicot, cuando los sujetos que realizan materialmente la conducta prohibida son precisamente miembros de dicha asociación.

Y ello porque, al margen de que la infracción sancionada en este caso es la convocatoria del boicot como tal asociación y no su efectiva participación en los actos de sabotaje, que lógicamente se realizan por personas físicas, las conductas derivadas o asociadas a la condición de socios son imputables a la propia entidad cuando dichas conductas han venido propiciadas por una recomendación colectiva previa. Por otra parte, para que una asociación pueda legítimamente rechazar cualquier responsabilidad anticompetitiva por la conducta de sus socios vinculada a su condición de tales, es indispensable que hubiese tratado de evitarla de manera eficaz, sin que baste una mera desconvocatoria formal, adoptando medidas tendentes a evitar el boicot a dicha empresa.

2) Respeto del importe de la sanción impuesta.

La Asociación alegó finalmente que la cuantía de la multa impuesta es injusta y desorbitada en su cuantía porque: a) la Asociación tiene personalidad jurídica independiente de la de sus socios por lo que el importe de la multa ha de calcularse sobre la contabilidad y los ingresos de la Asociación, no de sus socios, cuya cifra de ingresos es de unos 60.000 euros anuales, y la imposición de una sanción tan cuantiosa supondría la desaparición de la Asociación; b) las personas que estuvieron implicadas en los hechos no exceden del 10% de los socios de la ATAP siendo la práctica totalidad ajena al transporte horizontal y la problemática suscitada.

La primera alegación debe ser rechazada, pues aun cuando el art. 63 de la Ley de Defensa de la competencia habla de la "empresa infractora" cuando fija los respectivos límites de las infracciones leves, graves y muy graves, en su inicio incluye también a las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, y a continuación de la fijación de los importes máximos de las sanciones deja claro que el indicado límite máximo opera también respecto de las asociaciones, al indicar que "el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros".

Las asociaciones tienen un carácter instrumental al servicio de sus asociados, por lo que su volumen o cifra de negocios suele expresar su relevancia económica en el mercado. De ahí que el legislador haya considerado idóneo acudir al volumen de negocios de sus miembros para determinar con la mayor precisión posible el potencial económico de la asociación y, por tanto, el alcance y la magnitud de las conductas restrictivas de la competencia realizada por la entidad. Como ya hemos dicho en nuestra STS nº 482/2018, de 21 de marzo de 2018 (rec. 2653/2015):

"El objetivo que persiguen esta previsión legal, al determinar el volumen de negocios de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas a efectos de fijar el quantum de la sanción, es el de procurar que las sanciones que se les impongan por infracción de las normas de competencia tengan un carácter disuasorio, de modo que guarden relación con la naturaleza de la conducta infractora y la responsabilidad del sujeto infractor, atendiendo al grado de participación o implicación directa de la asociación en la comisión de la infracción y al reflejo que se produzca en las actividades de los miembros.

En este sentido, cabe recordar que en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), sostuvimos que "el volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas)" a que se refiere el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia, para atender al quantum de la sanción "es un dato o indicador contable que revela la capacidad y situación económica del sujeto infractor, y, en esa misma medida, permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él".

En el supuesto de las infracciones del Derecho de la Competencia cometidas por asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas, el volumen total de negocios de las empresas asociadas (y no el volumen de negocios

propio de la asociación) resulta determinante, según el designio del legislador estatal, para fijar el quantum de la sanción pecuniaria, para asegurar sus efectos disuasorios, en cuanto resulte indicativo de la capacidad del sujeto infractor para incidir en la actividad de sus miembros y de su potencial para influir en el mercado.

Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en las sentencias de 16 de octubre de 2000 (asunto C-298/98) y 18 de diciembre de 2008 (asuntos acumulados 101/07 y 110/07) la imposición de "una multa a una asociación de empresas cuyo volumen de negocios no guarda relación, en la mayor parte de los casos, con su tamaño o con la influencia que ejerza en el mercado, sólo la consideración de los volúmenes de negocios de las empresas miembros permite determinar una sanción que sea disuasoria (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión, asuntos acumulados 100/80, 101/80, 102/80 y 103/80, Rec. p. 1825, apartados 120 y 121). A tal efecto, no se exige que los miembros de la asociación hayan participado efectivamente en la infracción, sino que la asociación tenga, conforme a sus reglas internas, la posibilidad de vincular a sus miembros".

Tan solo cabe añadir, por lo que respecta a la limitada participación de sus asociados en el boicot, que lo decisivo a los efectos de cuantificar la sanción es la adopción de la recomendación contraria a la competencia y en este caso la decisión de no prestar el servicio respecto de los buques gestionados por Maersk se adoptó, según consta como hecho probado en la resolución administrativa y no ha sido desvirtuado, con el concurso de todos sus afiliados y por unanimidad. Y ello con independencia de la previsión contenida en la Ley de defensa de la competencia referida al pago efectivo de la sanción, disponiendo que:

"Una vez que la Comisión Nacional de la Competencia haya requerido el pago con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá exigir el pago del saldo a cualquier miembro de la asociación que operase en el mercado en que se hubiese producido la infracción cuando ello sea necesario para garantizar el pago íntegro de la multa.

No obstante, no se exigirá el pago contemplado en los párrafos segundo y tercero a las empresas que demuestren que no han aplicado la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso".

Sexto.

Costas

Por todo lo expuesto procede estimar el recurso de casación y de conformidad con el art. 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

Respecto de las costas de instancia, y en aplicación del art. 139 de la LJ, tampoco procede hacer imposición de costas pues se aprecian dudas de derecho respecto de la controvertida cuestión referida a los temas que motivaron la admisión del recurso por tener interés casacional.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero.

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia, interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 215, de 17 de mayo de 2017 (rec. 78/2016), que se casa y anula.

2º Se desestima el recurso contencioso interpuesto por la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del puerto de Bilbao (ATAP) contra la resolución de 14 de enero de 2016 dictada por la Autoridad Vasca de la Competencia impuso a la ATAP una sanción de 800.000 euros por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 1.1 la Ley de Defensa de la Competencia, confirmando la sanción impuesta.

3º No procede hacer condena en costas a ninguna de las partes ni en instancia ni en casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas



D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso
D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D.Diego Cordoba Castroverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.