



Roj: **STS 2519/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2519**

Id Cendoj: **28079130032018100282**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **19/06/2018**

Nº de Recurso: **3055/2017**

Nº de Resolución: **1052/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1551/2017,**
ATS 8051/2017,
STS 2519/2018,
AATS 10665/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.052/2018

Fecha de sentencia: 19/06/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3055/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 16/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

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

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 3055/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1052/2018

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 junio de 2018.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3055/2017, interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia, representada por el procurador D. Pedro María Santín Díez y bajo la dirección letrada del Sr. Letrado del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, contra la sentencia dictadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 5 de abril de 2017 en el recurso contencioso-administrativo número 87/2016 . Es parte recurrida Centro de Contratación de Transportes de Vizcaya, Sociedad Cooperativa, representada por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia y bajo la dirección letrada de D.^a Nora Elorriaga Díaz de Tuesta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia de fecha 5 de abril de 2017 , estimatoria del recurso promovido por Centro de Contratación de Transportes de Vizcaya, Sociedad Cooperativa contra la resolución del pleno del Consejo Vasco de la Competencia de fecha 14 de enero de 2016, por la que se resolvía el expediente 2/2014 y anulando la misma en lo que concierne a la recurrente. Por dicha resolución, en lo que respecta a la demandante, se declaraba acreditada una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , por la realización de una práctica concertada de boicot de la que es responsable, entre otras, Centro de Contratación de Transportes de Vizcaya, Sociedad Cooperativa, imponiéndosele una sanción de 508.344 euros.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 7 de junio de 2017, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 18 de septiembre de 2017 por el que se admite el recurso de casación, apreciándose que la cuestión planteada en el mismo tiene interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia y consiste en determinar si «habiéndose imputado a una sociedad cooperativa una infracción del artículos 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , cabe atribuir efectos exculpatorios, desde el punto de vista sancionador de la competencia, a la manifestación contraria a dicha práctica de la cooperativa, cuando está acreditado que los socios cooperativistas han participado activamente en la conducta anticompetitiva imputada»; los preceptos que deben ser objeto de interpretación son los artículos 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , en relación con la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

CUARTO .- A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, alegando en el correspondiente escrito la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

Termina dicho escrito con el suplico de que se case la sentencia recurrida, y, entrando a conocer del recurso contencioso-administrativo de origen, lo desestime íntegramente y declare conforme a derecho la resolución administrativa impugnada.

QUINTO .- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurridas, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que solicita que se dicte en su día sentencia por el que se desestime completamente el recurso de casación interpuesto, confirmando en



todos sus términos la sentencia recurrida, con todo lo demás que se inherente a tal desestimación, todo ello, con imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO .- Estimándose conveniente la celebración de vista pública para la resolución del asunto, por providencia de fecha 23 de febrero de 2018 se ha señalado el día 16 de mayo a las 9 horas para la celebración de dicho acto, en que ha tenido lugar el mismo, iniciándose a continuación la deliberación del recurso.

SÉPTIMO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia, a causa de la complejidad jurídica del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La Autoridad Vasca de la Competencia impugna en casación la sentencia dictada el 5 de abril de 2017 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que había anulado una resolución sancionadora dictada por ella. La citada sentencia estimó el recurso contencioso administrativo entablado por el Centro de Contratación de Transportes de Vizcaya, Sociedad Cooperativa (Cecotrans) contra la resolución de la citada Autoridad Vasca de 14 de enero de 2016 que sancionaba a dicha entidad cooperativa por una recomendación o decisión colectiva de boicot.

El recurso se funda en la presunta infracción por parte de la sentencia impugnada del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia al haber exculpado de responsabilidad a la citada cooperativa Cecotrans por una conducta realizada por los socios cooperativistas de la misma.

SEGUNDO .- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

La sentencia de instancia funda la estimación del recurso a *quo* con los siguientes razonamientos:

« **TERCERO**.- Sintetizados en la forma que antecede tanto los hechos esenciales para la comprensión de la controversia como las respectivas posiciones de las partes, bien puede colegirse que la cuestión que se suscita es de índole estrictamente jurídica y versa sobre la posible subsunción del curso de los acontecimientos expuesto, en lo que a la recurrente se refiere, en la infracción prevista en el artículo 1,1 LDC , esto es, en la adopción de una " *práctica concertada de boicot* " que hubiese producido el efecto de " *impedir, restringir o falsear la competencia* " en el ámbito afectado.

Como establece la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3ª) de 2 de noviembre de 2015 (rec. 1523/2013), " *frente a esta técnica penalista de la tipicidad o de deslinde preciso de lo que está prohibido (y, por exclusión, lo no penado), el Derecho de la competencia (nacional y comparado) utiliza la técnica de la cláusula general prohibitiva, precisamente porque la utilización de la técnica de la tipicidad penal, en un ámbito como el mercado, atentaría al principio de seguridad jurídica, atendida la dificultad o imposibilidad de tipificar con la precisión exigida en el Derecho penal la multiplicidad de formas que puede adoptar el comportamiento restrictivo de los operadores económicos en el mercado. Una cláusula general prohibitiva de la colusión (artículo 1,1 LDC y 101,1 TFUE) que se define por relación a los destinatarios (todo operador económico), al medio por el cual la conducta se establece (toda forma de concertación: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas) y, en particular, por la finalidad perseguida y prohibida (la causación actual o potencial de un daño a la competencia efectiva en los mercados). Por tanto, una cláusula general o tipo abierto deliberadamente impreciso que constituye, en cierta forma, un mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el Derecho de la competencia* ".

Al hilo de lo anterior, en orden a la determinación de ese concierto de voluntades o " *prácticas conscientemente paralelas* ", la eficacia de la prueba directa sobre la existencia de acuerdos expresos, decisiones, recomendaciones colectivas, o decisión consciente de adoptar la práctica anticompetitiva, no puede ser total, y de aquí que, como señala la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3ª) de 1 de junio de 2015 (rec. 874/2014), " *la utilización de la prueba de indicios ha sido admitida en el ámbito del derecho de la competencia por el Tribunal Supremo, ya en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 , 26 de octubre de 1998 y 28 de enero de 1999 , entre otras. Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, conforme exige la LEC 1/2000 (artículo 386,1) [...]* ".

Con tales premisas normativas y jurisprudenciales, el primer motivo de impugnación que se invoca pasa por la infracción de los principios de tipicidad y culpabilidad en materia sancionadora. Rechaza la recurrente el



haber incurrido en " *práctica concertada* " toda vez que, en esencia, no concurre el elemento consensual entre las entidades que resultan sancionadas habida cuenta de que ninguna cooperación y coordinación entre las mismas ha quedado acreditada.

Más allá de que pueda compartir la Sala los argumentos ofrecidos por la demandada a propósito de las dificultades para constatar de forma fehaciente las prácticas concertadas, debiéndose de ordinario prescindir de la exigencia de una prueba directa y recurrir a la indiciaria, es lo cierto que en el presente caso no se haya ningún elemento decisivo para inferir tal connivencia entre las entidades sancionadas. Como se ha expuesto, fue la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao la que en fecha 24/6/14 anunció su decisión de no prestar el servicio de transporte horizontal a los buques gestionados por la naviera Maersk Lines. Tal medida había de ponerse en marcha en fecha 4/7/14 si bien ya el 8/7/14 la propia Asociación hizo pública su intención de dejar sin efecto el llamamiento.

Es cierto que la mayor parte de quienes prestan sus servicios como transportistas, ya para la actora, ya para Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop., estarían afiliados a la mentada Asociación Sindical, pero no debe perderse de vista que sería su vinculación a la misma -y no a sus respectivas empresas- la que les habría llevado -según la tesis de la demandada- a materializar el boicot a los buques gestionados por Maersk Lines. En lo demás, tal boicot se habría circunscrito a fechas concretas y a dos buques, Samaria y Glüecksburg, siendo así que respecto del primero de ellos ninguno de los tres vehículos solicitados a cada una de las entidades concernidas fue facilitado, mientras que en relación con la segunda embarcación, solo uno de los tres demandados a cada una se provisionó.

Entiende la Sala que justifica suficientemente la recurrente (facilitando, de una parte, el extracto de los correos electrónicos mantenidos entre la dirección de tráfico de la actora y Noatum -en particular, a través de la dirección *asacristan@noatum.com* - en los días 17 y 24/7/14; y, de otra, las hojas de control a tales días relativos) el que desplegó toda la actividad que le era demandable -cursando las peticiones solicitadas- para atender los requerimientos que la estibadora le efectuaba. De esta forma, habría sido la decisión de cada transportista -ya a título particular, ya por su pertenencia a la Asociación Sindical y, por lo demás, de imposible o muy difícil previsibilidad- la determinante del no posicionamiento de los vehículos en los buques Samaria y Glüecksburg conforme lo solicitado. No existe ninguna evidencia que lleve a mantener cooperación y coordinación entre la recurrente y Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop. o, en su caso, connivencia alguna con la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao para que se desencadenaran los acontecimientos en la forma en que éstos finalmente se produjeron, sino que bien parece que tales hechos tenían lugar al margen de la esfera de control de la actora y que vendrían motivados por presuntos ilícitos penales (daños y sabotajes en vehículos) que, o bien ya se habrían producido, o era presumible que se produjesen como represalia por prestar el servicio a la naviera con la que subyacía un determinado conflicto comercial o laboral.

Todo lo anterior no obsta a que por parte de las propias naviera y estibadora, a las que sin duda bien pudieron irrogárseles perjuicios por mor de la falta de prestación del servicio de transporte horizontal que precisaba, hayan emprendido -o pudieren hacerlo- acciones civiles o mercantiles contra aquéllas entidades que entiendan responsables de los mismos, cuestión ésta ajena a esta Jurisdicción y *litis*, como también lo es la referente a los aspectos delictivos referidos a lo largo de la Resolución sancionadora y que habrán sido ventilados -o debieren serlo- en sede penal.

En consecuencia, los hechos en los que se ha basado la Resolución sancionadora con respecto a la recurrente no son subsumibles en infracción alguna y, al carecer su actuación del carácter de típica, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo, anulando la Resolución sancionadora en lo que a la misma respecta y haciendo que devenga innecesario el examen de los otros motivos impugnatorios que se esgrimen.» (fundamento de derecho segundo)

TERCERO .- Sobre el auto de admisión del recurso.

Mediante Auto de 18 de septiembre de 2017 se admitió a trámite el recurso fijando el interés casacional del mismo en los siguientes términos:

« **SEGUNDO**. - Sentado, pues, que la resolución judicial de instancia es recurrible a través de este cauce procesal extraordinario, y una vez constatado que el escrito de preparación cumple todos los presupuestos y requisitos exigibles, hemos de añadir que valorando las circunstancias del caso y el contenido del escrito de preparación del recurso de casación, apreciamos la concurrencia de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que justifica su admisión; pues, en efecto, se ha suscitado una cuestión controvertida que reviste interés casacional objetivo, cual es la posibilidad de establecer una diferenciación entre cooperativa y cooperativistas a efectos de la imputación de una conducta anticompetitiva.



Esta es, como decimos, una cuestión dotada de interés casacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88.3.a) LJCA , pues no existe jurisprudencia que haya estudiado específicamente el problema de la imputación de conductas anticompetitivas cuando se da la singularidad de que la empresa sancionada es una sociedad cooperativa y esta se defiende alegando que los actos ilícitos no han sido desarrollados por ella sino por los socios cooperativistas a título particular. Por añadidura, concurren asimismo los supuestos de los subapartados b) y c) del apartado 2º del precitado artículo 88, dada la trascendencia y posible repercusión que reviste esta cuestión sobre posibles imputaciones futuras en la materia que nos ocupa a empresas constituidas bajo la forma societaria de sociedad cooperativa.

TERCERO .- Dicho esto, queda por dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 90.4 LJCA , a cuyo tenor «los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso» .

En cumplimiento de esta norma, declaramos que la cuestión planteada por la parte recurrente que presenta interés casacional objetivo consiste en determinar si habiéndose imputado a una sociedad cooperativa una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , cabe atribuir efectos exculpatorios, desde el punto de vista del derecho sancionador de la competencia, a la manifestación contraria a dicha práctica de la cooperativa, cuando está acreditado que los socios cooperativistas han participado activamente en la conducta anticompetitiva imputada; y los artículos que en principio serán objeto de interpretación serán los artículos 1.1 LDC y 101 TFUE , en relación con la Ley 27/1999 de Cooperativas.»

CUARTO .- Sobre la posición de las partes.

Señala el organismo recurrente que el boicot constituye una de las conductas anticompetitivas más graves, comprendida en los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y 1.1 de la Ley nacional de Defensa de la Competencia. Según la entidad recurrente la Sala de instancia reconoce palmariamente la existencia de un boicot, pero excluye del mismo de manera injustificada a la cooperativa Cecotrans a pesar de que ha participado activamente a través de sus socios transportistas.

En la acción de boicot participaron: la Asociación ATAP, que fue quien la convocó, aunque la cancelara, al menos formalmente, tras la intervención de la Autoridad de competencia; las entidades Cecotrans y Sociedad Cooperativa Transportes del Puerto de Santurzi, que no prestaron los servicios a que se habían comprometido; e incluso los supuestos saboteadores que trataron de intimidar a los transportistas. En opinión de la Autoridad Vasca de la Competencia si los transportistas pertenecientes a Cecotrans hacen boicot, lo hace la propia Cecotrans, ya que son también y principalmente socios de la cooperativa. Por otra parte, Cecotrans que había contratado el servicio de estiba con los dos buques a los que finalmente no se les prestó no recurrió a transportistas alternativos. La Autoridad Vasca de Competencia considera asimismo que Cecotrans participó en las reuniones preparatorias del boicot a través de sus socios.

Entiende la parte recurrente que la doctrina sostenida por la Sala de instancia sustraería a las cooperativas del escrutinio del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 TFUE , fomentando la adopción de esa forma societaria para esquivar la aplicación de las normas de competencia.

La parte demandada razona en su escrito de oposición al recurso que los hechos no son subsumibles en la infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y considera la sentencia ajustada a derecho. Sostiene que en la misma no se afirma, como dice la recurrente, que se hubiera producido un boicot, sino que se refiere a dicha posibilidad a meros efectos dialécticos. Considera también que la Sala de instancia ha tenido por acreditado que Cecotrans desplegó toda la actividad que le era demandable y que el servicio no se pudo prestar por el clima de conflictividad existente en el puerto esos días.

QUINTO .- Sobre la responsabilidad de la cooperativa Cecotrans en la conducta anticompetitiva de boicot.

La resolución del presente asunto requiere un deslinde previo de los aspectos fácticos y jurídicos. Así, es preciso determinar primero si los hechos declarados o dados por probados en la instancia constituyen un boicot o acción anticompetitiva que pueda quedar comprendido bajo el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y cuál fue la actuación de Cecotrans en tales hechos. En segundo lugar, como ha de calificarse jurídicamente tal actuación de la entidad cooperativa sancionada.

En cuanto a los hechos ocurridos en el puerto de Bilbao durante los días, la Sala de instancia los recoge de la siguiente manera:

« **SEGUNDO**.- Expuestas las respectivas posiciones de las partes, se hace preciso realizar una serie de consideraciones a propósito de la base fáctica sobre la que la controversia jurídica opera:



-La Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 14/1/16 [Expte. 2/2016 - Transporte Horizontal] sanciona, además de a la ahora recurrente, CENTRO DE CONTRATACIÓN DE TRANSPORTES DE VIZCAYA, S. COOP (en la cantidad de 508.344 euros), a la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao (en la cantidad de 800.000 euros) y a la entidad Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop. (en la cantidad de 248.308 euros).

-Tales sanciones pecuniarias derivan de tener por considerada, en el caso de la actora, la comisión de una infracción del artículo 1,1 LDC por entenderla responsable de una " *infracción del artículo 1,1 de la LDC por la realización de una práctica concertada de boicot* ". Ésta es la misma infracción por la que resulta sancionada Transportes del Puerto de Santurtzi, S. Coop., mientras que la Asociación Sindical de Transportistas Autónomos del Puerto de Bilbao lo es por la realización de una " *recomendación o decisión colectiva de boicot* " (artículo 1,1 LDC).

-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 monopsonio o monopolio 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.

-Considerando a la demandante responsable de una infracción muy grave (artículo 62 LDC) del artículo 1,1 LDC , y con arreglo a los criterios del artículo 64 LDC y dentro del límite de hasta el 10% del volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (artículo 63 LDC), la Autoridad Vasca de la Competencia impone a la recurrente sanción correspondiente a un 2% de su volumen de negocio. Sobre este particular, el Apartado 61. de la Resolución de 14/1/16 (dentro de los Fundamentos de Derecho) indica lo que sigue: " *El volumen de negocio de Cecontrans en 2014 ha sido de 25.417.224,75 euros [...] En este caso, siguiendo precedentes de la CNC, se toma en consideración el volumen de negocio de las empresas referente al año 2014, en lugar del de 2015, como marca la LDC. Ello se debe a que, teniendo en cuenta la fecha de la resolución, las empresas no cuentan todavía con la cifra de negocio del año inmediatamente anterior a la imposición de la sanción* ".»

De la anterior relación, esta Sala considera relevante las siguientes circunstancias fácticas que pueden considerarse probadas:

- 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.

- La cooperativa recurrente advirtió a la naviera de las dificultades para proporcionar los servicios solicitados, pero sin embargo no buscó alternativas para cumplir con sus compromisos contractuales de desestiba con transportistas alternativos. Aunque la Sala aprecia que la cooperativa Cecotrans hizo lo que le resultaba exigible al advertir a la naviera Maersk de las dificultades para atender su petición de desestiba, en ningún caso resulta desmentido que Cecotrans no buscó formas alternativas de atender su compromiso de servicio con la citada naviera.

Esos datos de hecho, que se basan en la descripción de lo sucedido en la resolución sancionadora -que la Sala de instancia asume en sus hechos probados- conducen a las siguientes conclusiones:

- en primer lugar, implican 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.

- en segundo lugar, Cecotrans era consciente de la probable conducta de sus miembros, puesto que advirtió a la naviera Maersk de las dificultades de proporcionarle el servicio solicitado. Sin embargo, Cecotrans -tal como le achaca la Autoridad Vasca de la Competencia- no adoptó medidas para asegurar la prestación del servicio mediante la búsqueda de otros transportistas o mediante una intervención directa sobre sus miembros. En este sentido, no es posible admitir la tesis de la Sala de instancia que supone admitir que para no participar en una actuación anticompetitiva como la de autos es suficiente con la advertencia por parte de una sociedad que dicha actuación puede ocurrir, aun cuando los sujetos que realizan materialmente la conducta prohibida son precisamente miembros de dicha sociedad. Conviene poner de relieve que esto no es una valoración fáctica, sino una interpretación del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en el sentido de que el apartamiento de una conducta anticompetitiva como lo es un boicot, ha de ser claro e inequívoco, al igual que sucede -según reiterada jurisprudencia de esta Sala- con la participación en un cartel. El dato fáctico lo proporciona la narración de hechos de la sentencia impugnada al describir la reacción de Cecotrans frente al llamamiento al boicot.

- así las cosas, no resulta aceptable la posición de la recurrente, en esencia aceptada por la Sala juzgadora, de que nada más podía hacer la cooperativa sancionada y que el comportamiento individual de sus miembros no le resultaba imputable. 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 sus miembros cooperativistas y por la que fue sancionada.

SEXTO .- Sobre la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a una conducta anticompetitiva de sus miembros.

De las razones expuestas en el anterior fundamento de derecho se desprende con claridad cuál es la interpretación que esta Sala ha de dar a la cuestión que según el auto de admisión presentaba interés casacional: «si habiéndose imputado a una sociedad cooperativa una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cabe atribuir efectos exculpatorios, desde el punto de vista del derecho sancionador de la competencia, a la manifestación contraria a dicha práctica de la cooperativa, cuando está acreditado que los socios cooperativistas han participado activamente en la conducta anticompetitiva imputada».

Una sociedad cooperativa está integrada por sus miembros cooperativistas y una actuación de éstos que esté asociada a su condición de miembros de la misma es una de las posibles conductas imputables a la cooperativa, como lo son las decisiones de sus órganos gestores o las actuaciones directa y personalmente imputables a sus miembros directivos en ejercicio de sus funciones. Desde luego es claro que sólo cabe hablar de una responsabilidad anticompetitiva de la sociedad cooperativa por la conducta de sus miembros cuando



se trate de un comportamiento que no quepa calificar de marginal o irrelevante desde esta perspectiva, como podría serlo la actitud individual de un número poco significativo de socios. Pero en cualquier caso, en principio y a reserva de circunstancias específicas que pudieran invalidar el criterio general, cabe afirmar que conductas derivadas o asociadas a la condición de socios de una cooperativa son imputables a la propia sociedad cooperativa. Por otra parte, para que una cooperativa pueda legítimamente rechazar cualquier responsabilidad anticompetitiva por la conducta de sus socios vinculada a su condición de tales, es indispensable que se haya distanciado de manera indubitada de dicha conducta y haya tratado de evitarla de manera eficaz.

Como es obvio, no es posible *a priori* formular criterios generales *pro futuro*, más allá de lo anteriormente expresado, para describir con mayor precisión cuándo la conducta de los socios puede imputarse a la cooperativa o de qué manera puede una cooperativa distanciarse de manera eficaz de la misma, pues las situaciones pueden ser muy diferentes en función del ámbito económico y de las circunstancias concretas que concurran.

Ahora bien, en el caso de autos, lo que resulta indubitado a partir de los hechos probados en la instancia es que los socios transportistas de Cecotrans no atendieron el servicio de la nave objeto del boicot anticompetitivo -con independencia de la interpretación de la Sala juzgadora sobre sus motivos-, que la cooperativa no se distanció públicamente de la actitud conocida de sus socios, y que no buscó alternativas eficaces para evitar el boicot. Su comportamiento (que, en contra de lo aseverado por la Sala de instancia, no puede admitirse como eximente de su responsabilidad) se limitó a advertir a la naviera objeto del boicot de las dificultades existentes para que su solicitud de servicio de estiba o desestiba fuera atendida.

Debemos pues estimar el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia y afirmar la doctrina expuesta sobre la responsabilidad de una sociedad cooperativa respecto a la conducta de sus socios.

SÉPTIMO .- Conclusión y costas.

En atención a las razones expuestas en el anterior fundamento de derecho ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia y, en consecuencia, procede casar y anular la sentencia de instancia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Por las mismas razones hemos de desestimar el recurso contencioso administrativo entablado por Centro de Contratación de Transportes de Vizcaya, Sociedad Cooperativa, contra la resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 14 de enero de 2016. Conforme a lo dispuesto los artículos 93 y 139.1 de la Ley jurisdiccional y considerando que el caso presenta serias dudas de derecho, no se imponen las costas de la instancia, y en cuanto a las del recurso de casación, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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 sexto:

1. Declarar que ha lugar y, por lo tanto, estimar el recurso de casación interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia contra la sentencia de 5 de abril de 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo 87/2016 .
2. Anular la sentencia objeto del recurso.
3. Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Centro de Contratación de Transportes de Vizcaya, Sociedad Cooperativa contra la resolución del pleno del Consejo Vasco de la Competencia de 14 de enero de 2016 dictada en el expediente 2/2014.
4. No imponer las costas del recurso contencioso-administrativo ni las del de casación.

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

Así se acuerda y firma.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-