




Trabajando por la Competencia

Informe sobre la fijación
de tarifas mínimas en el
transporte de mercancías
por carretera





Trabajando por la Competencia

**Informe sobre la fijación
de tarifas mínimas en el
transporte de mercancías
por carretera**

Índice

Trabajando por la Competencia	4
1. Antecedentes	6
2. Marco jurídico de referencia	8
3. Análisis jurídico de la fijación de tarifas en el transporte de mercancías	14
4. Análisis económico del establecimiento de una tarifa mínima para el servicio de transporte de mercancías por carretera	28
5. Análisis de posibles medidas alternativas frente a la problemática del sector	48
6. Conclusiones	56



Trabajando por la competencia

La Real Academia Española define **promover** como “tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”. Eso es lo que hace la CNC en sus labores de promoción: tomar la iniciativa para poner de manifiesto aquellas situaciones en las que la competencia en un sector se halla restringida y analizar las formas en las que se puede lograr una mayor competencia y, en definitiva, un mayor beneficio para la economía y para los consumidores.

La nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ha marcado la apertura de una nueva etapa en este ámbito en un doble sentido. Por una parte, desde el punto de vista normativo. La Ley 15/2007 refuerza las labores de promoción de la competencia, que atribuye a la CNC, en sus artículos 25 y 26. En particular, este último establece que la CNC promoverá la existencia de una competencia efectiva en los mercados mediante una serie de actuaciones entre las que se incluye la realización de “informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa”. Por otra parte, desde el punto de vista institucional. La CNC se ha visto dotada de una Dirección de Promoción para desarrollar las funciones de investigación, estudio y preparación de informes dirigidos a promover la competencia y aquellas de naturaleza consultiva previstas en la Ley 15/2007.

A partir de ahí, la CNC desarrolla la labor de promoción de la competencia a distintos niveles: con una política de comunicación en medios y otros foros, intensificando la interlocución con agentes sociales para extender la cultura

de competencia o a través de productos más “palpables” como los informes y estudios que se presentan en esta colección. Con esta línea de trabajo se pretende fomentar la liberalización en sectores donde las reglas de juego del libre mercado no han alcanzado su plena vigencia y cuyo funcionamiento es esencial para los ciudadanos.

Es preciso señalar que todo lo anterior no quiere decir que hasta ahora no se haya hecho nada en el ámbito de la promoción de la competencia, ni mucho menos. Bien al contrario, han existido etapas anteriores que marcaron un claro rumbo en estas tareas de promoción de la competencia. Sin ánimo de entrar aquí a valorar los trabajos realizados, no se puede dejar de mencionar la labor de promoción de la competencia desarrollada por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en la primera mitad de los 90, con Miguel Ángel Fernández Ordóñez como Presidente del Tribunal, con la publicación de unos informes y estudios que no solamente supusieron una nueva forma de proceder en el entonces incipiente mundo de la competencia en España, sino que además ejercieron una más que notable influencia en las reformas regulatorias y de liberalización que se desarrollaron en aquellos años. Aquellos primeros informes, ya convertidos en objeto de culto, se denominaron: “Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones” (1992) “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios” (1993) y “La Competencia en España: Balance y Nuevas Propuestas (1995), y hoy la lectura de su contenido permite analizar su influencia sobre la legislación

Pretendemos animar el proceso de reflexión y debate sobre el funcionamiento de los operadores en determinados mercados y sectores en los que se constata que existen rigideces.

posterior. Las reflexiones de estos informes impulsaron la desaparición, por ejemplo, de la prestación en régimen de monopolio de los servicios funerarios, o la reforma de la Ley de Colegios de 1997. Su labor continuó bajo los mandatos de Amadeo Petitbò y Gonzalo Solana, logrando promover reformas en las cadenas de distribución de alimentos o en la distribución comercial de los libros, realizando propuestas, entre otras, en el campo de la distribución comercial o el precio de los libros que influyeron en la regulación

En el mes de octubre de 2005, en el acto de mi toma de posesión como Presidente del TDC tuve ocasión de poner de manifiesto las prioridades de mi actuación, y, entre ellas, ocupó un lugar destacado la elaboración de informes, en la creencia que deberían constituir un elemento imprescindible para contribuir a eliminar las rigideces de nuestros mercados, amparadas buena parte de ellas en una regulación sectorial que continuaba impidiendo la plena apertura de nuestros mercados. Hoy, tres años después, me cabe la satisfacción de haber contribuido a hacer realidad aquel propósito, con la inestimable ayuda de la nueva Ley 15/2007 y la nueva institución, que han venido a facilitar tales tareas.

Perolaregulaciónrestrictivadelacompetencia nunca resulta neutra. Al tiempo que ampara limitaciones al funcionamiento de mercado, perjudicando con ello al interés público, acostumbra a proteger intereses de los privilegiados, quienes no acostumbran a permanecer impassibles ante propuestas encaminadas a mejorar el funcionamiento del

mercado, pero, al tiempo, a poner fin a sus privilegios. Pero tales maniobras no deben provocar la pérdida del impulso que corresponde a esta autoridad de la competencia. ¡Flaco favor le haríamos a los ciudadanos si nos dejáramos amilanar por las protestas de quienes ven en peligro sus privilegios!. Pero tampoco seríamos realistas si ignoráramos que el poder político debe añadir al coraje de reformar las cosas la prudencia que aconseja conseguir el mayor apoyo para sus propuestas. Y en este capítulo, algunas de las recomendaciones contenidas en el Informe sobre el Informe sobre “la Competencia en España: balance y nuevas propuestas”, tales como el establecimiento de periodos transitorios para los supuestos en los que se introduzcan modificaciones sustanciales en la regulación que siguen hoy vigentes. Desde la Comisión Nacional de Competencia pretendemos animar el proceso de reflexión y debate sobre el funcionamiento de los operadores en determinados mercados y sectores en los que se constata que existen rigideces. Somos conscientes de que estas reformas estructurales requieren un tiempo de maduración y que no corresponden a nuestro ámbito de actuación. Sin embargo, es fundamental que desde la CNC se impulsen estos cambios esenciales para promover la competitividad internacional de nuestra economía.

Por lo tanto, es cierto que se sigue un trabajo ya iniciado, pero también es cierto que se cuenta ahora con un respaldo normativo e institucional que no había existido hasta este momento y que asegura una continuidad en el desarrollo de esta labor de promoción en la nueva institución.

Luis Berenguer Fuster
Presidente

1.

Antecedentes



Con fecha 12 de junio de 2008, el Ministerio de Fomento solicitó, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, informe de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) sobre la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera y su incidencia en materia de competencia, según la normativa nacional y comunitaria.

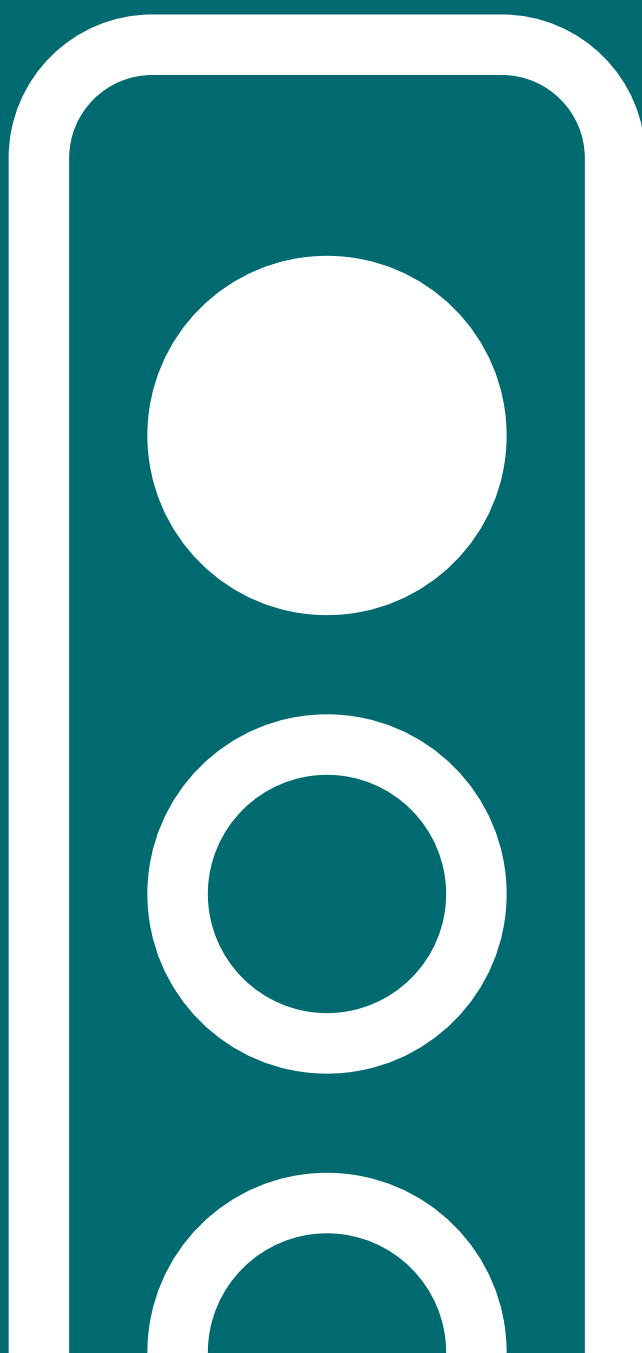
Para la elaboración del informe requerido también se ha tomado en consideración la Orden PRE/1664/2008, de 13 de junio, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se toma conocimiento del Acuerdo de la Administración General del Estado con el Departamento de Transporte de Mercancías del Comité Nacional del Transporte por Carretera de 11 de junio de 2008 (BOE n. 144 de 14/6/2008).

En su punto 2.12 el citado Acuerdo de 11 de junio de 2008 incluye la siguiente medida:

“Elaboración de un Plan específico de investigación de las posibles prácticas constitutivas de competencia desleal en el ámbito de la contratación de transportes por carretera por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, con especial atención a posibles supuestos de venta a pérdidas.”

2.

Marco jurídico de referencia



2.1.

Marco regulatorio del transporte de mercancías por carretera

El transporte de mercancías por carretera se encuentra en España plenamente liberalizado, si bien es necesaria la obtención de autorización para acceder a la condición de transportista. Sólo es posible la intervención administrativa en el sector a través del establecimiento de condiciones o de restricciones cuantitativas en el otorgamiento de estas autorizaciones en determinados supuestos tasados, y a través del establecimiento de precios máximos.

La norma básica de referencia del sector es la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (LOTT), que regula no sólo el transporte por carretera sino también el transporte por ferrocarril.

Los artículos 3 y 4 de la LOTT establecen los principios generales a los que debe ajustarse la organización y el funcionamiento del sistema de transportes, que son la coordinación e interconexión, la **satisfacción de las necesidades de la comunidad** y el mantenimiento de la unidad de mercado en el territorio español.

En el marco de las disposiciones comunes a todos estos modos de transporte, el artículo 12 de la LOTT establece que “conforme al artículo 38 de la Constitución, y de acuerdo con los principios generales recogidos en los artículos 3 y 4 de la presente Ley, el marco de actuación en el que habrán de desarrollarse los servicios y actividades de transporte es el de **economía de mercado, con la obligación, a cargo de los poderes públicos, de promover la productividad y el máximo aprovechamiento de los recursos**”.

La LOTT especifica una serie de instrumentos que la Administración puede emplear para regular la actividad de transporte tanto de carretera como de ferrocarril. En particular, el artículo 18 se refiere a la capacidad de la Administración de transportes de establecer tarifas, obligatorias o de referencia en el ámbito de los transportes públicos¹, en los siguientes términos:

- 1. La Administración de transportes podrá establecer tarifas, obligatorias o de referencia, para los transportes públicos y actividades auxiliares y complementarias del transporte regulados en esta Ley. Las citadas tarifas podrán establecer cuantías únicas o bien límites máximos mínimos o ambos. De no existir tarifas, la contratación deberá realizarse a los precios usuales o de mercado del lugar en que la misma se lleve a cabo.*
- 2. El establecimiento de tarifas obligatorias previsto en el punto anterior, deberá venir determinado por razones de ordenación del transporte vinculadas a la necesidad de las mismas para proteger la posición de los usuarios y/o de los transportistas, para asegurar el mantenimiento y continuidad de los servicios o actividades de transporte o para la realización de los mismos en condiciones adecuadas.*

¹ Público es el transporte que se lleva a cabo por cuenta ajena mediante retribución económica.

El legislador reitera su compromiso con el libre mercado en el título II de la LOTT, que establece que la oferta de transporte ha de regirse por el sistema de libre competencia

3. Cuando por razones de política económica el precio de los transportes estuviera incluido en alguna de las modalidades de intervención reguladas en la normativa general de precios, la Administración de transportes deberá someter el establecimiento o modificación de las correspondientes tarifas a los órganos competentes sobre control de precios.

4. La falta de tarifas obligatorias establecidas por la Administración de transportes para determinados servicios o actividades de transporte, motivada por la inexistencia de razones que justifiquen dichas tarifas desde la perspectiva de la ordenación del transporte, no será óbice para la aplicación de los regímenes de precios intervenidos establecidos en la legislación de control de precios, cuando la repercusión de los mismos en el sistema económico general lo justifique, realizándose en este caso directamente sobre los precios que pretendan aplicar las empresas, los controles previstos en la legislación general de precios.

Ya en el ámbito específico de los transportes por carretera, el legislador reitera su compromiso con el libre mercado en el título II de la LOTT, que establece que la oferta de transporte ha de regirse por el sistema de libre competencia, si bien el acceso a la profesión de transportista precisa de título habilitante o autorización.

La actuación de la Administración en este ámbito queda, pues, restringida al otorgamiento de estas autorizaciones, con base en los criterios objetivos del artículo 48 (nacionalidad española, capacidad profesional, honorabilidad, capacidad económica, cumplimiento de obligaciones de carácter fiscal, laboral y social), quedando abierta la posibilidad, en virtud de los artículos 49 a 51, de establecer condiciones o restricciones cuantitativas en determinadas circunstancias.

En concreto, el artículo 49 establece que el sistema de mercado puede ser restringido o condicionado por la Administración: “cuando existen desajustes entre la oferta y la demanda que implican unas condiciones del mercado tales que no quede asegurada la correcta prestación de las actividades o servicios; cuando en una situación de mercado equilibrado el aumento de la oferta es susceptible de producir tales desajustes y disfunciones; cuando el adecuado funcionamiento del sistema de transporte exige un dimensionamiento idóneo de la capacidad de las empresas; cuando existen razones de política económica general ligadas a la mejor utilización de los recursos disponibles; cuando el funcionamiento del sistema de transportes en su conjunto puede ser perjudicado”.

El apartado 2 del artículo 50, por su parte, establece las modalidades de intervención en esas circunstancias que se concretan básicamente en medidas para el control del acceso al mercado: otorgamiento de los títulos con imposición de determinadas condiciones, obligaciones modales o restricciones de circulación, fijación de cupos o contingentes máximos de las distintas clases de títulos habilitantes a expedir en los períodos de tiempo que se señalen, y suspensión o limitación temporal del otorgamiento de nuevos títulos.

Por fin, el artículo 51 dice que “[c]uando se establezcan las limitaciones previstas en los artículos anteriores, el reparto de los cupos o contingentes,

o la fijación de las condiciones, obligaciones o restricciones, según sus diversas modalidades, se realizará de acuerdo con criterios preestablecidos de carácter objetivo, quedando en todo caso prohibido a la Administración el otorgamiento o distribución discrecional de los correspondientes títulos habilitantes”.

Por su parte, el Reglamento que desarrolla la LOTT, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT), establece en su artículo 2 que una de las reglas fundamentales que ha de seguir la Administración en su actuación de ordenación del transporte terrestre en general es “la potenciación y liberalización de la actuación empresarial en un sistema de mercado, realizándose las actuaciones necesarias para remediar las disfunciones de éste cuando se produzcan”.

Más adelante, el artículo 28, que se refiere al régimen tarifario de los transportes terrestres, especifica en su apartado 5 que “los transportes públicos de mercancías no estarán sometidos a tarifas obligatorias, salvo que sean establecidas por las Comunidades Autónomas, con carácter de máximas, según previene el artículo 5.d de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio²”.

La redacción actual del artículo 28 del ROTT se debe al Real Decreto 1136/1997, que sentó las bases para la eliminación progresiva de las limitaciones cuantitativas existentes por otras de tipo cualitativo y eliminó las tarifas obligatorias. Estas tarifas pasarían a tener el carácter de máximas, si bien el Ministerio de Fomento podría publicar, y publicó de hecho, tarifas de referencia.

Lo anterior pone de manifiesto que el art. 18 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres tuvo en su día por objeto dar amparo legal al posible establecimiento de tarifas en determinados sectores del transporte terrestre. Sin embargo, el desarrollo normativo de este precepto demuestra que su ámbito de actuación se ha ido restringiendo sustantivamente. En efecto, el Reglamento de la Ley aprobado por el citado Real Decreto 1211/1990 ya limitaba el establecimiento de tarifas a “los transportes públicos de mercancías de carga completa a más de doscientos kilómetros de distancia que se realizan en vehículos de más de veinte toneladas métricas de PMA”. La redacción actual de este precepto, aprobada por el Real Decreto 1136/1997, establece que los transportes públicos de mercancías no estarán sometidos a tarifas obligatorias salvo que sean establecidas por las Comunidades Autónomas, con carácter de máximas, según previene el art. 5.d) de la Ley Orgánica 5/1987. De modo que, desde 1997 han desaparecido las tarifas mínimas en el transporte público de mercancías.

² “Respecto a los servicios de transporte público discrecional de viajeros, mercancías o mixtos, prestados al amparo de autorizaciones cuyo ámbito territorial exceda del de una comunidad autónoma, se delegan en la comunidad autónoma que resulte competente con arreglo a las normas que se establecen en el artículo siguiente las siguientes funciones: (...) c. El establecimiento en su caso de tarifas de referencia, así como de tarifas obligatorias de carácter máximo en cuanto a los tráficos de corto recorrido que se efectúen íntegramente dentro del ámbito territorial de la comunidad autónoma, al amparo de las autorizaciones a que se refiere este artículo siempre que el Estado no haya establecido con carácter general en relación con las mismas tarifas máximas obligatorias. Asimismo, en relación con los servicios de transporte público de viajeros en vehículos de menos de diez plazas incluido el conductor, se delega la fijación de las correspondientes tarifas, dentro de los límites establecidos por la administración de transportes del Estado. (...)”.

2.2.

Posibles actuaciones normativas de los poderes públicos en el sector

La consideración legal del sector del transporte de mercancías por carretera como mercado liberalizado impide o hace inadecuada cualquier intervención de los poderes públicos para la fijación de tarifas, ya sea por Ley o por Real Decreto.

Teniendo en cuenta la evolución tanto de la normativa comunitaria como de la nacional, se puede afirmar que la fijación de tarifas por Ley sólo está justificada en el supuesto de la prestación de servicios públicos, en la acepción tradicional del término. Y esa interpretación tiene engarce en el artículo 38 de la Constitución, en el sentido de que el principio de libertad de empresa obliga a limitar al máximo la intervención de los poderes públicos en la economía. De la misma forma que la concepción avalada por el Tribunal Constitucional³, según la cual la defensa de la libre competencia forma parte del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución, podría dar lugar a que una norma que estableciera las tarifas se considerara contraria a los principios constitucionales. Es cierto que la libre competencia no es un principio absoluto, pero en cualquier caso cualquier norma que estableciera restricciones a la misma, y una norma que estableciera tarifas mínimas es un ejemplo de norma que establece restricciones, debe responder a diversos principios, entre ellos que la restricción resulte necesaria para el fin que se persigue y que ésta resulte proporcionada.

Habitualmente las circunstancias no amparan una restricción de tal calibre, que supone, en principio, sustituir la libre competencia, es decir, la fijación de precios mediante el libre juego de la oferta y la demanda, por una intervención pública que no resulta necesaria ni proporcionada.

Que no resulta necesaria tal restricción es evidente por cuanto que se trata de un mercado liberalizado, es decir que ha estado funcionando adecuadamente sin la existencia de intervención pública. En cuanto a que se trata de una intervención desproporcionada se deduce de las circunstancias de hecho que concurren en el supuesto. Los transportistas consideran que, en una situación de exceso de oferta, los operadores más necesitados de ingresos trabajan por debajo de costes, haciendo inviable el futuro de las empresas. Y con independencia de que se trate de una afirmación de carácter genérico que sólo puede ser admitida con cautela, existen otros medios de solución menos lesivos para la competencia y el funcionamiento del mercado que la aprobación de tarifas por los poderes públicos.

Aunque en el presente informe se analicen otras posibles alternativas, se debe ahora insistir en el hecho de que la medida intervencionista que se propone carece de virtualidad para conseguir el fin que se pretende. La propia estructura del sector y el funcionamiento del mercado conducen a que existan múltiples posibilidades de trabajar por debajo de las tarifas (descuentos, ventajas adicionales, imposibilidad de que tales tarifas resultaran obligatorias para empresas del resto de los países de la UE, etc.). Nadie, por otra parte, puede pretender que se establezca un marco tarifario rígido y que, además, los poderes públicos se conviertan en vigilantes de su cumplimiento. Con inde-

3 STC 88/1986, de 1 de julio

pendencia de que esas medidas supondrían un modelo para otros sectores, lo cual podría llevar a una situación en la que, cualquier sector cuyos beneficios cayeran por debajo de ciertos niveles de rentabilidad, pidiera la derogación del principio de la libre competencia y su sustitución por un férreo –y por demás imposible– control del Estado. En definitiva la derogación del principio de la libertad de empresa, aun a riesgo de incurrir en exageraciones.

Una norma que estableciera tarifas sería igualmente contraria a los artículos 3, 10 y 81 del Tratado CE, sin que a la rotundidad de esta afirmación se opongan determinadas sentencias del Tribunal de Justicia que, en cuestiones previas, han declarado que determinadas normas estatales que establecen tarifas no son contrarias al artículo 81, siempre que se trate de tarifas fijadas por motivos de interés público y no sean producto de un acuerdo colusorio. Téngase en cuenta que, en el presente supuesto, la iniciativa no surge de los poderes públicos, sino de las propias asociaciones empresariales. Son éstas las que, conscientes de que un acuerdo entre ellas supondría la constitución de un cártel (y también de la imposibilidad de imponer de forma coactiva el cumplimiento de sus acuerdos), y apoyadas en medidas de presión con fuerte daño al interés público y a la economía, se dirigen al Estado y le piden que dé amparo a sus decisiones de cártel, y, además, que haga de guardián de los acuerdos colusorios. En tales términos, que resultan ajustados a la realidad, la actuación del Estado no respondería a un objetivo de interés público sino que se convertiría en cómplice y facilitadora de acuerdos de carácter colusorio y, en consecuencia, supondrían la vulneración de los preceptos del Tratado y, sin duda, provocaría el ejercicio de un recurso de anulación por parte de la Comisión Europea. Y ello si tal acuerdo se refleja en una norma con rango de Ley.

Si, por el contrario, la norma que apruebe y facilite cobertura al acuerdo colusorio es de rango inferior a ley, existirían aún más posibilidades para promover su anulación. En primer lugar, no hay que olvidar que el artículo 4 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia sólo concede amparo legal a aquellas conductas establecidas en una norma de rango de ley. Ello significa que el cumplimiento y seguimiento de unas tarifas establecidas por Real Decreto no concedería impunidad a las empresas que las siguieran para situarse a cubierto de la actuación de las autoridades de la competencia, que en cualquier caso podrían abrir expedientes sancionadores por el posible incumplimiento del artículo 1 LDC y 81 del Tratado.

Y, en segundo término, con independencia de ello, no hay que olvidar que la Ley 15/2007 ha concedido a las autoridades de la competencia un importante instrumento para impedir la aprobación de normas, con rango inferior a Ley, que concedan amparo a restricciones de la competencia innecesarias o desproporcionadas. Se trata del reconocimiento de la legitimación activa, en el artículo 12.3, para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa tales normas. Y sin necesidad de realizar un anuncio previo, a nadie se le puede escapar que la aprobación de una norma de fijación de tarifas mínimas justificaría más que sobradamente el ejercicio de tal legitimación activa por parte de la CNC que, de no hacerlo, estaría incumpliendo las funciones que la Ley le impone.

En los apartados siguientes se desarrollan las anteriores consideraciones a través del un análisis jurídico y económico más profundo.

La medida
intervencionista
que se propone
carece de virtualidad
para conseguir el fin
que se pretende

3.

Análisis jurídico de la fijación de tarifas en el transporte de mercancías



La fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera puede ejecutarse a través de distintos cauces y adoptando diversas formas jurídicas. Desde un punto de vista estrictamente jurídico cabe diferenciar tres posibles vías para la fijación de las tarifas del transporte de mercancías por carretera:

- A. La fijación de las tarifas mediante una conducta colusoria de los operadores económicos presentes en el mercado (acuerdo de precios, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada, etc.).
- B. La fijación de las tarifas mediante una norma jurídica que homologa un acuerdo colusorio previo de los operadores económicos presentes en el mercado.
- C. La fijación de las tarifas directamente mediante una norma jurídica.

Si bien, desde una perspectiva económica basada en la defensa de la libre competencia, la valoración de toda fijación de precios y tarifas en la configuración del mercado y el bienestar de los consumidores es sustancialmente idéntica y su valoración negativa no varía dependiendo de la forma jurídica que adopte, desde una perspectiva jurídica es necesario analizar por separado cada una de estas distintas formas que puede adoptar la fijación de tarifas para determinar las consecuencias legales derivadas de cada una de ellas y, en especial, aquellas que atañen a la actuación de las autoridades de defensa de la competencia.

3.1.

Fijación de las tarifas mediante conducta colusoria de los operadores económicos presentes en el mercado

Aunque la amplitud de los términos de la solicitud de informe emanada del Ministerio de Fomento no descarta su análisis, se considera innecesario extenderse en demasía en el examen de esta posibilidad, dado su evidente carácter antijurídico tanto desde la perspectiva de la legislación nacional como de la normativa comunitaria.

De acuerdo con ambas legislaciones los acuerdos entre empresas, las decisiones o recomendaciones de una asociación de empresas o las prácticas concertadas que fijen directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción de mercancías o servicios se consideran acuerdos o prácticas restrictivas de la libre competencia empresarial que entran dentro de la prohibición establecida tanto por el artículo 1 de la LDC como por el artículo 81 del TCE.

Es más, la fijación de precios mediante acuerdos horizontales entre empresas o mediante la decisión o recomendación de una asociación de empresas se considera una de las violaciones más graves del derecho de la competencia, tanto desde la perspectiva comunitaria⁴, como desde el punto de vista de la legislación nacional. Así el artículo 62 de la LDC considera como infracción

⁴ STJCE de 17 de octubre 17 de 1972. Asunto 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren contra Comisión.

muy grave “el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales”. De acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la misma norma una infracción grave de este tipo puede ser sancionada con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (este volumen de negocios total en el caso de asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros).

No se considera pertinente extender más el examen de esta posibilidad dado su carácter manifiestamente ilegal y su constante prohibición y sanción por parte de las autoridades de competencia, tanto nacionales como comunitarias.

3.2.

Fijación de tarifas mediante norma jurídica que homologa un acuerdo colusorio previo de los operadores económicos presentes en el mercado

En principio las prohibiciones de conductas colusorias y de abuso de posición dominante previstas en los artículos 81 y 82 TCE y en los artículos 1 y 2 LDC se aplican al comportamiento de las empresas. Es cierto que también pueden aplicarse a las autoridades, administraciones y poderes públicos cuando éstos intervienen en el mercado como operadores económicos y no en ejercicio de sus potestades legislativas y administrativas.

No obstante, es fácil comprender que existe un cauce para que las empresas intenten soslayar las claras prohibiciones de conductas colusorias previstas en los artículos 1 de la LDC y 81 del TCE: buscar el apoyo de los poderes públicos para que estas conductas anticompetitivas constitutivas de infracción sean impuestas o facilitadas por la actividad de dichas autoridades públicas. Tal sería el caso, por ejemplo, en el que una norma jurídica confirmara u homologara un acuerdo colusorio entre empresas para la fijación de precios o el reparto del mercado.

La jurisprudencia de los Tribunales comunitarios se ha enfrentado a este tipo de situaciones, que permitirían destruir con facilidad el efecto útil de las normas de competencia del Tratado, desde hace muchos años. Para abordarlas el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha desarrollado una doctrina referida a la aplicación de las normas de competencia europeas a la actividad de los poderes públicos que fuerzan o inducen a los operadores económicos a realizar comportamientos anticompetitivos.

Esta doctrina jurisprudencial se basa en la aplicación combinada de los 81 y 82 del Tratado con los artículos 3 y 10 del mismo Tratado. El artículo 3 g) del Tratado establece como uno de los objetivos del mismo la consecución de *un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior. Por su parte el artículo 10 del TCE establece que Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Y añade en su segundo párrafo*

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.

Con algunos antecedentes anteriores, la doctrina jurisprudencial del TJCE sobre actividades de los poderes públicos que fuerzan o inducen a los operadores económicos a realizar comportamientos anticompetitivos se inicia con la Sentencia Inno/ATAB de 16 de noviembre de 1977. En dicha sentencia el Tribunal de Luxemburgo precisó⁵ que “si es cierto que el artículo 82 se dirige a las empresas, no lo es menos que el Tratado impone a los Estados miembros no establecer ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de dicha disposición”, llegando a la conclusión de que “los Estados miembros no pueden promulgar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las obligaciones impuestas por los artículos 81 a 90 del Tratado”.

Los Estados miembros no pueden promulgar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las obligaciones impuestas por los artículos 81 a 90 del Tratado

En los años siguientes, y especialmente entre 1985 y 1989, la doctrina expuesta en la Sentencia Inno/ATAB se desarrolló en una serie de sentencias que ahondaron en la relación entre actuación pública y conductas empresariales anticompetitivas. Entre dicho elenco merecen ser destacadas las sentencias Leclerc/Au Blé Vert (1985)⁶, Cullet (1985)⁷, BNIC/Clair (1985)⁸, BNIC/Aubert (1987)⁹, Nouvelles Frontières (1986)¹⁰ o Vlaamse Reisberaus (1987)¹¹.

En la sentencia de 10 de enero de 1985 (Asunto 229/83; Leclerc/Au Blé Vert) el Tribunal destacó expresamente “si una normativa nacional que enerva los comportamientos de las empresas que prohíbe el apartado 1 del artículo 81 (...) menoscaba el efecto útil del artículo 81 del Tratado y, en consecuencia, es contraria al párrafo segundo del artículo 10 de éste”¹².

En la sentencia de 30 de enero de 1985 (Asunto 123/83; BNIC/Clair) el Tribunal de Luxemburgo consideró que “un acuerdo que, por su propia naturaleza, fija el precio mínimo de un producto y que se envía a la Administración pública para que confirme dicho precio, al objeto de dotarlo de carácter vinculante para la totalidad de los operadores económicos que intervengan en el mercado de que se trate, tiene por objeto falsear el juego de la competencia”. En este caso el TJCE juzgaba un supuesto en el que la legislación francesa permitía la posible extensión, mediante una norma jurídica estatal, de los acuerdos suscritos en el seno de organizaciones profesionales, para convertirlos en obligatorios para todos los operadores económicos del sector afectado por el acuerdo. El TJCE consideró que estos acuerdos constituían

5 Para facilitar la lectura de este Informe y evitar confusiones, la numeración de los artículos citados en las sentencias que se extractan ha sido adaptada a la renumeración de los mismos efectuada por el Tratado de Ámsterdam. Así, por ejemplo, los antiguos artículos 85 y 86 se citan siempre con su numeración actual (81 y 82). De igual forma se procede con el resto de artículos del Tratado.

6 STJCE de 10 de enero de 1985. Asunto 229/83.

7 STJCE de 29 de enero de 1985. Asunto 231/83.

8 STJCE de 30 de enero de 1985. Asunto 123/83.

9 STJCE de 3 de diciembre de 1987. Asunto 136/86.

10 STJCE de 30 de abril de 1986. Asuntos acumulados 209/84 a 213/84.

11 STJCE de 1 de octubre de 1987. Asunto 311/85.

12 STJCE de 10 de enero de 1985. (Asunto 229/83): *whether national legislation which renders corporate behaviour of the type prohibited by article 85 (1) superfluous, by making the book publisher or importer responsible for freely fixing binding retail prices, detracts from the effectiveness of article 85 and is therefore contrary to the second paragraph of article 5 of the Treaty.*

un genuino acuerdo entre empresas o asociaciones de empresas y que la existencia de un acto de la autoridad pública destinado a dotarle de efecto obligatorio frente a terceras partes no podía producir el efecto de sustraerlo a la aplicación de la prohibición del apartado 1 del artículo 81.

En la sentencia de 3 de diciembre de 1987 (Asunto BNIC/Aubert), el TJCE continuó en la línea jurisprudencial apuntada y, tras recordar que el acuerdo entre empresas se encontraba sometido a las prohibiciones contenidas en el art. 81.1 del Tratado, añadió una importante consideración: la norma estatal que extendía a terceros el efecto obligatorio del acuerdo era incompatible con los artículos 10 y 81 del Tratado. En idéntico sentido se pronunció el Tribunal de Justicia en el Asunto Nouvelles Frontières, mediante la sentencia de 30 de abril de 1986. En ella se dilucidaba un supuesto relacionado con la aprobación por la Administración de tarifas aéreas concertadas en el seno de una asociación profesional. En dicha sentencia el Tribunal declaró nuevamente que se incumplía la obligación de los Estados miembros de no adoptar o mantener en vigor medidas que pudieran eliminar el efecto útil de las normas de competencia si un Estado imponía o favorecía la celebración de acuerdos que resultaran contrarios al artículo 81, o bien, reforzara sus efectos¹³. La sentencia concluía declarando que “la homologación de tarifas aéreas y el fortalecimiento por esta vía de sus efectos cuando (...) se ha hecho constar (...) que dichas tarifas son el resultado de un acuerdo, de una decisión de asociación de empresas o de una práctica concertada contraria al artículo 81” resultaba contraria a las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el artículo 10 del Tratado, en relación con los artículo 3 g) y 81 del mismo texto.

Tres años más tarde, en la sentencia de 11 de abril de 1989 (Asunto Ahmed Sabed) el Tribunal de Justicia reiteró estas ideas confirmando que “la aprobación, por parte de las autoridades de aviación civil, de acuerdos sobre tarifas contrarios al apartado 1 del artículo 81 no resulta compatible con el Derecho comunitario, concretamente con el artículo 10 del Tratado. Se deduce asimismo que las autoridades de aviación civil deberán abstenerse de toda medida que pueda considerarse como un estímulo para que las compañías aéreas celebren acuerdos sobre tarifas contrarios al Tratado”.

Esta línea jurisprudencial se completó en la sentencia de 21 de septiembre de 1988 (Asunto Van Eycke). En ella el Tribunal de Luxemburgo reiteró que se anula la eficacia de la normativa de defensa de la competencia cuando un Estado miembro “o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica”.

En sentencias posteriores el Tribunal de Justicia siempre ha considerado este razonamiento como jurisprudencia consolidada, comenzando cada uno de

¹³ STJCE de 30 de abril de 1986 (Asuntos acumulados 209/84 a 213/84; apartado 72): Such would be the case , in particular , if a member state were to require or favour the adoption of agreements , decisions or concerted practices contrary to article 85 or to reinforce the effects thereof .

sus pronunciamientos posteriores en esta materia con un párrafo del siguiente tenor, que resume la doctrina jurisprudencial expuesta:

si bien es verdad que, considerados en sí mismos, los artículos 81 CE y 82 CE se refieren únicamente al comportamiento de las empresas y no a medidas legales o reglamentarias de los Estados miembros, no es menos cierto que, considerados en relación con el artículo 10 CE, que establece un deber de cooperación, obligan a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, ni siquiera legales o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas.

El Tribunal de Justicia ha declarado, en particular, que se infringen los artículos 10 TCE y 81 TCE cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 81 TCE o bien refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica.

De todo lo expuesto resulta claro que cualquier medida estatal, como la aceptación por la autoridad pública de un acuerdo de tarifas mínimas emanado de una asociación empresarial, que impusiera o favoreciera prácticas colusorias contrarias al artículo 81 TCE o bien reforzara los efectos de tales prácticas colusorias constituiría una infracción a los artículos 10 y 81 del Tratado y resultaría incompatible con el mismo.

3.3.

Fijación de las tarifas directamente mediante una norma jurídica

El artículo 38 de la Constitución de 1978 fundamenta el modelo económico español sobre el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. El mismo artículo 38 encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de la libertad de empresa, de acuerdo con las exigencias de la economía en general. El Tribunal Constitucional¹⁴ ha destacado la relación directa de la normativa de defensa de la competencia con este precepto constitucional y la necesaria protección que deben ejercitar los poderes públicos, sobre la libertad de empresa y sobre la economía de mercado.

No obstante, la propia Constitución prevé que la defensa y garantía de la libertad de empresa, y por tanto de la defensa de la competencia, debe coordinarse con otros intereses públicos considerados también dignos de protección. A este respecto la Ley 15/2007 prevé la articulación de este tipo de restricciones a la competencia mediante norma jurídica de rango legal. Según el artículo 4 de la LDC el legislador es el único legitimado para introducir restricciones a la competencia. Sin embargo, la intervención del legislador debe ser una intervención necesaria, adecuada y proporcional al interés público que se quiere defender. La pertenencia de España a la Unión Europea y la primacía y efecto directo del derecho comunitario, que también recoge

¹⁴ STC 88/1986, de 1 de julio

La intervención del legislador debe ser una intervención necesaria, adecuada y proporcional al interés público que se quiere defender

su propia normativa de competencia, añade, si cabe, una mayor exigencia a cualquier posible medida del legislador.

Excluida, por regulación interna, la adopción de medidas restrictivas de la competencia (como la fijación de tarifas mínimas) sin una cobertura legal expresa, y sometida cualquier intervención pública a las especiales exigencias del derecho comunitario, la norma legal que pretenda acometer una fijación de tarifas mínimas debe tener unas características especiales respecto a su objeto y contenido. En el pasado, cuando se han adoptado normas de este tipo (referidas a los llamados “cárteles de crisis”), se regularon con detalle elementos importantes como son, por una parte, los objetivos perseguidos (entre ellos una remodelación del sector que habitualmente conlleva una disminución de la oferta a través de un plan de saneamiento específico) y, por otra, el carácter transitorio de la medida, sin que en ninguno de estos importantes casos de reconversión industrial se optase por la fijación de precios.

La pertenencia de España a la Unión Europea conlleva algunas exigencias adicionales. Como se ha indicado anteriormente, el Tribunal de Justicia considera la doctrina jurisprudencial codificada en la sentencia Van Eycke, de 21 de septiembre de 1988, como jurisprudencia consolidada. Así lo ha reiterado durante los últimos 20 años, anteponiendo a cualquier consideración sobre la materia en fallos posteriores una remisión expresa a esta doctrina.

En sentencias posteriores, respondiendo generalmente a cuestiones prejudiciales concretas, el Tribunal de Justicia ha examinado la aplicación de esta doctrina a casos específicos. La complejidad de las cuestiones debatidas obliga a ponderar con cuidado cada uno de estos precedentes ya que mediante el instituto de la cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia responde *únicamente* a las cuestiones que se le plantean, sin examinar la totalidad del asunto, tarea que corresponde al órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión. Dado que solamente la doctrina que se acaba de enunciar se mantiene como jurisprudencia consolidada, los supuestos concretos que sean excepciones al criterio general de que un Estado miembro no puede imponer o favorecer prácticas colusorias contrarias al artículo 81 TCE, o bien reforzar los efectos de tales prácticas colusorias, deben ser interpretados restrictivamente.

Rechazada como incompatible con el Tratado la mera aprobación u homologación por autoridades públicas de las tarifas acordadas en el seno de organizaciones profesionales, el TJCE ha examinado en ocasiones la compatibilidad con las normas del Tratado de determinadas regulaciones estatales que prevén que determinadas tarifas sean aprobadas por los poderes públicos teniendo en cuenta propuestas de comités en los que se encuentren integrados representantes de organizaciones empresariales.

Supuestos con esta problemática fueron abordados por el Tribunal de Justicia en las sentencias Reiff¹⁵ (1993), Delta¹⁶ (1994), Spediporto¹⁷ (1995) y

15 Sentencia de 17 de noviembre de 1993, Reiff (asunto C-185/91)

16 Sentencia de 9 de junio de 1994; Asunto Delta; C-153/93

17 Sentencia de 5 de octubre de 1995; Asunto Centro Servizi Spediporto; C-96/94.

Librandi¹⁸ (1998). Por referirse al mismo sector sobre el que solicita informe el Ministerio de Fomento resulta oportuno examinar el análisis del Tribunal de Justicia en las dos últimas sentencias, Spediporto y Librandi.

En la Sentencia de 5 de octubre de 1995 (Asunto C-96/94, Centro Servizi Spediporto) el Tribunal de Luxemburgo analiza la compatibilidad con el Tratado de una normativa italiana que preveía la fijación de tarifas de transporte de mercancías por carretera a través de un procedimiento administrativo. En sus conclusiones, el TJCE consideró que la existencia de una normativa estatal que prevea que las tarifas de los transportes de mercancía por carretera sean aprobadas y dotadas de carácter ejecutivo por la Administración basándose en la propuesta de un Comité no resulta, en principio, incompatible con el Tratado. Para que no se produzca esta incompatibilidad el Tribunal exige requisitos específicos, como ya había apuntado en las sentencias Reiff y Delta. Entre estos requisitos o condiciones el Tribunal destacaba que dicho Comité estuviera compuesto por una mayoría de representantes de los poderes públicos, junto a una minoría de representantes de operadores económicos interesados. Además el Comité debía siempre respetar en sus propuestas criterios de interés público. Por último los poderes públicos implicados no podían hacer dejación de sus prerrogativas debiendo tener en cuenta, antes de aprobar cualquier propuesta del Comité, observaciones de otros organismos públicos y privados.

Como puede observarse, esta sentencia no entra en contradicción con la jurisprudencia consolidada del Tribunal referida a la posible infracción de los artículos 10 TCE y 81 TCE cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias o refuerza los efectos de tales prácticas, o delega en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica. El Tribunal se limita a examinar el caso concreto sometido a su evaluación y considera que, dándose determinados requisitos, una normativa estatal específica no resulta contraria a las previsiones del Tratado. En ningún caso considera que la simple homologación por una autoridad pública de una tarifa fijada por operadores económicos resulta compatible con el Tratado.

La sentencia de 1 de octubre de 1998, Asunto Autotransporti Librandi, puede considerarse complementaria de la anterior y contiene algunas precisiones interesantes.

- En primer lugar, el Tribunal destacó que un cambio en la composición del Comité de propuesta de las tarifas, dando mayor representación a las asociaciones nacionales de transportistas por carretera no permitía deducir de inmediato la existencia de una práctica colusoria, mientras dicho Comité continuara obligado a respetar en sus propuestas los criterios de interés público definidos en la Ley italiana.
- En segundo lugar, el Tribunal aclaró que los conceptos de interés general (mencionado en las sentencias Reiff y Delta) e interés público (aludido en la sentencia Spediporto) tenían un significado equivalente que debía permitir

¹⁸ Sentencia de 1 de octubre de 1998; Asunto Autotransporti Librandi; C-38/97.

conocer si “los intereses de la comunidad debían prevalecer sobre los intereses particulares de los operadores” (apartado 40).

- La vigilancia al debido respeto de este interés público corresponde a los órganos nacionales (en el caso juzgado jurisdiccionales) que deben aplicar la regulación: “corresponde al órgano jurisdiccional nacional controlar, en el marco de su competencia, que en la práctica la fijación de las tarifas respeta los criterios de interés público definidos por la Ley y que los poderes públicos no abandonan sus prerrogativas en manos de los operadores económicos privados” (apartado 36). El Tribunal considera que “corresponde a los Estados miembros determinar los criterios que mejor permitan respetar las normas comunitarias en materia de competencia” (apartado 46). Igualmente incumbe “a los órganos jurisdiccionales nacionales (...) controlar si se respetan en la práctica los criterios e interés público definidos en el marco normativo nacional”.

La importancia de estas sentencias debe ponderarse, como se ha advertido, teniendo en cuenta su carácter de respuesta a cuestiones prejudiciales concretas. En lo que concierne a Spediporto y Librandi, referidas al sector de los transportes de mercancías por carretera, es necesario destacar también que fueron dictadas en un momento en que el proceso de liberalización del transporte de mercancías por carretera se encontraba en curso. Desde enero de 1993, y en el marco del mercado único, una empresa de transporte debía poder realizar operaciones en el resto de los países incluidos en el mercado único. En previsión a posibles alteraciones en las condiciones de competencia en el mercado, la UE introdujo la normativa de liberalización en distintas fases, la última de las cuales entró en vigor el 1 de julio de 1998, si bien las actuaciones en el sector han proseguido¹⁹. Por su parte, en el caso español, la Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera, por la que se modificó, parcialmente, la LOTT, declaró en su exposición de motivos que el mercado español se encontraba en dicha fecha “prácticamente liberalizado”. Todo ello permite descubrir la gran diferencia entre el contexto regulatorio en el que el TJCE dictó las sentencias Spediporto y Librandi (un mercado intensamente regulado) y el actual marco normativo español sobre el transporte de mercancías por carretera, prácticamente liberalizado.

Otra sentencia de 1998, Comisión/Italia²⁰, ahonda en el necesario respeto hacia el interés general que deben guardar los poderes públicos al utilizar sus potestades regulatorias. Se trata además de una sentencia de especial interés al abordar no una cuestión prejudicial planteada ante el TJCE por un órgano jurisdiccional nacional sino un recurso por incumplimiento contra un Estado miembro (Italia) iniciado por la Comisión Europea. La Comisión consideraba que la Ley italiana obligaba al Consejo Nacional de Agentes de Aduanas a adoptar una decisión de una asociación de empresas contraria al artículo 81 TCE consistente en fijar una tarifa obligatoria para todos los agentes de aduanas, que podían ser sancionados disciplinariamente si la

¹⁹ Véase la Directiva 2006/94/Ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa al establecimiento de normas comunes para determinados transportes de mercancías por carretera

²⁰ Sentencia de 18 de junio de 1998, Asunto Comisión/Italia, C-35/96

incumplían. Anteriormente la Comisión ya había adoptado una decisión en la que declaraba la adopción de dicha tarifa obligatoria como una infracción al artículo 81.1 del Tratado.

En su Sentencia de 18 de junio de 1998 el TJCE realiza tres importantes consideraciones:

- Los miembros del Consejo Nacional de Agentes de Aduanas (CNSD) no pueden considerarse expertos independientes ya que no están obligados por imperativo legal a fijar las tarifas tomando en consideración el interés general y, en concreto, los intereses de las empresas de los demás sectores o de los usuarios de los servicios cuyas tarifas se pretenden fijar.

- Por ello los acuerdos del citado Consejo Nacional de Agentes de Aduanas que fijan una tarifa uniforme y obligatoria para todos los agentes de aduanas italianos restringen la competencia en el sentido del artículo 81 del Tratado y pueden afectar a los intercambios intracomunitarios.

- Dado que la infracción al artículo 81 consistente en la fijación de tarifas había sido impulsada o facilitada por la legislación italiana la sentencia también estudió la responsabilidad al respecto de la República de Italia. El Tribunal fue muy claro a este respecto: “al dictar la normativa nacional controvertida, la República Italiana no sólo ordenó celebrar un acuerdo contrario al artículo 81 del Tratado y renunció a influir en su contenido, sino que, además, contribuyó a garantizar su cumplimiento. (...) En primer lugar, (...) la Ley n. 1612/1960 obliga al CNSD a elaborar una tarifa obligatoria y uniforme para los servicios de los agentes de aduanas. En segundo lugar, (...), la legislación nacional controvertida deja totalmente en manos de operadores económicos privados la competencia de las autoridades públicas en materia de determinación de tarifas. En tercer lugar, la legislación italiana prohíbe expresamente a los agentes de aduanas inscritos en el Registro apartarse de la tarifa (...), so pena de amonestación, suspensión o cancelación de su inscripción en el Registro (...). En cuarto lugar, aunque ninguna disposición legal o reglamentaria confiere al Ministro de Hacienda la facultad de aprobar la tarifa, lo cierto es que el Decreto del Ministro de Hacienda de 6 de julio de 1988 le confirió una apariencia de normativa pública. Primero, la publicación en la «Serie General» de la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana implicó una presunción de conocimiento de la tarifa por parte de terceros que jamás habría logrado la decisión del CNSD. Segundo, este carácter oficial conferido a la tarifa facilita la aplicación, por parte de los agentes de aduanas, de los precios fijados en ella. Por último, es capaz de disuadir a los clientes que pretendieran discutir los precios practicados por los agentes de aduanas”.

Este claro posicionamiento del Tribunal de Justicia condujo a que el fallo de la sentencia declarara que la República Italiana había incumplido sus obligaciones respecto a los artículos 3 y 81 del Tratado al aprobar y al mantener en vigor una Ley que obligaba al Consejo Nacional de Agentes de Aduanas mediante la atribución de la correspondiente facultad decisoria, a adoptar una decisión de asociación de empresas contraria al artículo 81 del Tratado consistente en fijar una tarifa obligatoria para todos los agentes de aduanas.

Una normativa
de este carácter
supone una restricción
a la libre prestación
de servicios a efectos
del artículo 49 TCE

La jurisprudencia posterior (sentencias Arduino²¹ y Wouters²² de 2002, sentencia Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)²³ de 2003, y sentencia Cipolla²⁴ de 2006) sigue estos planteamientos y ahonda en algunos de estas conclusiones, añadiendo algunas consideraciones importantes. Entre ellas, la necesaria consideración en estos casos de la posible infracción de la libre circulación de servicios, una de las cuatro libertades básicas establecidas por el Tratado CE.

La sentencia de 9 de septiembre de 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), contiene un razonamiento particularmente reseñable. El Tribunal dictaminó que, ante comportamientos de empresas contrarios al artículo 81 TCE, apartados 1, impuestos o favorecidos por una normativa nacional que legitime o refuerce sus efectos (en concreto por lo que atañe a la fijación de los precios y al reparto del mercado), una autoridad nacional de defensa de la competencia que tenga encomendada la tarea de velar por el respeto del artículo 81 TCE está obligada a excluir la aplicación de dicha normativa nacional. Igualmente puede imponer sanciones a las empresas implicadas por sus comportamientos posteriores a la decisión de excluir la aplicación de la normativa nacional (una vez que la decisión se ha convertido en definitiva) y por comportamientos realizados cuando la citada normativa nacional simplemente los fomentaba o facilitaba (siempre que tenga debidamente en cuenta las particularidades del marco normativo en el que actuaron las empresas).

Por otra parte, en la sentencia de 5 de diciembre de 2006 (Caso Cipolla, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04) el Tribunal ha destacado otras posibles implicaciones contrarias al Tratado de las normativas que prohíben tajantemente apartarse contractualmente de unos honorarios o tarifas mínimas (en dicho caso referidos a los honorarios de abogados). El Tribunal *considera que la prohibición de apartarse contractualmente de los honorarios mínimos fijados por el baremo, prevista en la normativa italiana, puede dificultar el acceso de los abogados establecidos en un Estado miembro distinto de la República Italiana al mercado italiano de servicios jurídicos y, por ende, restringir su actividad de prestar servicios en este último Estado. En consecuencia, esta prohibición constituye una restricción a efectos del artículo 49 CE.*

Ahondando en esta aproximación el Tribunal añade que dicha prohibición priva a los abogados establecidos en un Estado miembro distinto de la República Italiana de la posibilidad de competir más eficazmente, pidiendo unos honorarios más reducidos que los fijados por el baremo, con los abogados instalados de forma estable en el Estado miembro de que se trate y que disponen por tanto de mayores facilidades que los abogados establecidos en el extranjero para captar clientela (...). Del mismo modo, la prohibición así prevista limita la elección de los destinatarios de los servicios en Italia, ya que éstos no pueden recurrir a los servicios de abogados establecidos en otros Estados miembros que en Italia ofrecerían sus servicios a un precio por debajo de los honorarios mínimos fijados en el baremo.

21 Sentencia de 19 de febrero de 2002, Asunto Arduino ; C-35/99

22 Sentencia de 19 de febrero de 2002, Asunto Wouters ; C-309/99

23 Sentencia de 9 de septiembre de 2003, Asunto Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF); C-198/01

24 Sentencia de 5 de diciembre de 2006; Asunto Cipolla

Por todo ello el Tribunal destaca en su fallo que una normativa de este carácter constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 49 TCE. El Tribunal considera que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si tal normativa, teniendo en cuenta sus modalidades concretas de aplicación, responde verdaderamente a los objetivos de protección de los consumidores y de buena administración de justicia que pueden justificarla y si las restricciones que impone no resultan desproporcionadas respecto a estos objetivos.

3.4.

Actuación de la Comisión Nacional de la Competencia ante las diferentes formas de fijación de tarifas

De acuerdo con el análisis que acaba de efectuarse la respuesta por parte de las autoridades de defensa de la competencia ante los distintos métodos de fijación de tarifas que se han examinado variaría.

- A. Si la fijación de las tarifas del transporte de mercancías se efectuara mediante una conducta colusoria (acuerdo de precios, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada) de los operadores económicos presentes en el mercado, la Comisión Nacional de la Competencia, de acuerdo con las obligaciones legales establecidas en la Ley 15/2007, estaría obligada a incoar un expediente sancionador contra dichos operadores que podría conducir a la imposición de sanciones de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (en el caso de asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas el volumen de negocios total se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros).
- B. Si la fijación de las tarifas se ejecuta mediante una norma jurídica que se limita a homologar o transponer un acuerdo colusorio previo de los operadores económicos presentes en el mercado la actuación de la CNC requeriría algunos pasos adicionales.

Según la reiterada jurisprudencia que se ha examinado, una norma de este carácter, mediante la cual un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 81 TCE o bien refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, constituye una infracción a los artículos 10 TCE y 81 TCE.

La primacía y la eficacia directa del Derecho comunitario obligan a los poderes públicos (incluidas las autoridades nacionales de competencia) a aplicar las normas comunitarias con preferencia a la legislación nacional. Si una ley española incluye un precepto o disposición que se encuentra en contradicción con lo dispuesto en la norma comunitaria, la autoridad nacional está obligada a inaplicarla, tal y como afirma la jurisprudencia comunitaria: *“El Juez nacional encargado de aplicar, en asuntos que sean de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar plenos efectos a dichas normas dejando de oficio inaplicada, si es necesario, cualquier disposición de la legislación nacional que pueda ser contraria, sin que sea preciso pedir o esperar la derogación*

El artículo 12.3
de la Ley 15/2007,
de Defensa de la
Competencia, confiere
a la CNC legitimación
para impugnar
ante la jurisdicción
competente actos
de las Administraciones
Públicas

*previa de dicha disposición*²⁵. Esta obligación de inaplicación es consecuencia directa de la aplicación de los principios básicos que inspiran el ordenamiento comunitario.

La sentencia Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), de 9 de septiembre de 2003, recuerda la aplicación de este principio general a las autoridades nacionales de competencia. De este modo la CNC, como autoridad nacional de competencia que tiene entre sus funciones velar por el respeto del artículo 81 TCE, quedaría obligada a excluir la aplicación de una normativa nacional que legitime o refuerce comportamientos de empresas contrarios al artículo 81 TCE, apartado 1. De acuerdo con la sentencia CIF igualmente se encontraría habilitada para imponer sanciones a las empresas implicadas por sus comportamientos posteriores a la decisión de excluir la aplicación de la normativa nacional o por comportamientos realizados cuando la citada normativa nacional simplemente los fomentaba o facilitaba.

La legislación vigente no habilita a la CNC para expulsar directamente del ordenamiento jurídico a la norma controvertida. Sin embargo, el art. 12.3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, confiere a la CNC legitimación para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

- C. Si la fijación de las tarifas del transporte por mercancías se efectúa mediante una norma jurídica que intenta preservar los intereses generales, el caso adquiriría mayor complejidad pero la Comisión Nacional de la Competencia mantendría un margen claro de actuación para examinar la repercusión en el mercado de una norma de este tipo y actuar en consecuencia.

En primer lugar, para no resultar incompatible con el Tratado, una norma de este tipo, de acuerdo con la jurisprudencia existente, debería atender la totalidad de los intereses afectados por la medida en la economía en su conjunto, y no exclusivamente los intereses de una parte de los operadores económicos presentes en el mismo, y dictarse tras la oportuna discusión y debate de pareceres en la que estuvieran implicados todos los actores del mercado afectado. Asimismo se debería dar entrada a los pareceres de órganos independientes que atiendan a la defensa de la libre competencia en el mercado y a la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

Asimismo la norma dictada debería explicitar claramente los objetivos que persigue y los instrumentos que para ello emplea, de modo que pudiera evaluarse su adecuación y proporcionalidad para la consecución de los mismos. También desde un punto de vista constitucional cualquier intervención de los poderes públicos que pueda restringir la libre competencia debe cumplir los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad. Las restricciones a la competencia deben estar inspiradas en el interés general y perseguir un fin constitucionalmente legítimo. Las restricciones

25 STJCE de 11 de julio de 1989; Asunto C-170/88; Ford España S.A.

establecidas por los poderes públicos han de ser idóneas para la consecución del fin perseguido, han de ser necesarias para alcanzarlo y deben ser también proporcionales, de forma que la restricción a la competencia que provoquen sea la mínima necesaria para lograr el objetivo marcado.

Ante una norma de este tipo una autoridad de competencia como la CNC debería realizar una evaluación de la misma muy similar a la que ya efectúa para aplicar los art. 1.3 de la LDC y 81.3 TCE, donde también se evalúa si determinadas conductas empresariales, en principio anticompetitivas, pueden ser permitidas si cumplen determinados requisitos. Entre ellos no imponer a las empresas restricciones que no sean indispensables para alcanzar los objetivos de interés público ni permitirles eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción. En el ámbito de la defensa de la competencia la carga de la prueba para demostrar la idoneidad y proporcionalidad de la restricción de la competencia corresponde a la parte que defiende la restricción.

De acuerdo con este análisis y, si se considerase que de la norma que fija la tarifa derivasen obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, al no ser indispensables para alcanzar los objetivos perseguidos por la misma, la CNC podría utilizar la legitimación reconocida en el art. 12.3 de la Ley 15/2003 para impugnar ante la jurisdicción competente dicha norma, si se tratase de un acto administrativo o una disposición de carácter general de rango inferior a la ley. Eventualmente y, de acuerdo con el análisis que se efectuase sobre la norma, podría evaluarse la posible aplicación de la doctrina expuesta en la sentencia Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF), de 9 de septiembre de 2003, para excluir la aplicación si se considera finalmente que ésta legitima o refuerza comportamientos de empresas contrarios al artículo 81 TCE.

La necesidad de evaluar la necesidad, adecuación y proporcionalidad de una medida restrictiva de la competencia como sería el establecimiento de una tarifa mínima en el transporte de mercancías obliga a evaluar la cuestión desde el punto de vista del análisis económico para, partiendo de la consideración de la situación del sector afectado, descubrir si la medida propuesta es necesaria, es decir, idónea para alcanzar los objetivos de interés público marcados, y proporcional, al no imponer restricciones a la competencia innecesarias para alcanzar dichos objetivos ni eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado.

4.

Análisis económico
del establecimiento de una
tarifa mínima para el servicio
de transporte de mercancías
por carretera



Para evaluar la necesidad, adecuación y proporcionalidad de una medida restrictiva de la competencia como sería el establecimiento de una tarifa mínima en el transporte de mercancías, procede efectuar una serie de consideraciones desde un punto de vista estrictamente económico acerca de las repercusiones que la regulación de precios a través de la fijación de unos mínimos puede tener en el sector.

Para ello conviene hacer primero unas consideraciones generales sobre posibles formas de intervención pública en los mercados. En segundo lugar se hace una revisión de la estructura del mercado del transporte de mercancías por carretera y de su evolución en los últimos años, para considerar, a continuación, los efectos de la regulación en este sector, que ha sido fundamentalmente una regulación de control de acceso a la actividad. A ello seguirá un análisis de la medida propuesta de fijación de precios mínimos, y de los efectos de este tipo de intervención de la Administración pública en el libre funcionamiento del mercado.


4.1.

La intervención pública en la economía de mercado

Como ya se ha indicado, para valorar cualquier tipo de intervención de los poderes públicos en la economía debe partirse de que el principio general de funcionamiento de la economía española es el libre mercado. Así lo establece el art. 38 de nuestra Constitución al reconocer la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. La economía de mercado se caracteriza por dejar al libre juego de la oferta y la demanda la fijación de precios y demás condiciones comerciales. Típicamente, en una economía de mercado los consumidores y clientes toman, dadas las restricciones a las que se enfrentan, decisiones de demanda que reflejan sus preferencias, y las empresas toman decisiones sobre la oferta de bienes o servicios que maximizan sus beneficios sujetas también a las restricciones a las que se enfrentan. Estas ofertas han de ser atractivas para los consumidores bien por sus precios o por otro tipo de características diferenciales como su calidad o variedad.

De ello se desprende que la competencia entre operadores económicos es un aspecto inherente al sistema de economía de mercado: los agentes más eficientes que son capaces de ofertar a un menor coste bienes o servicios demandados por los consumidores o de interesarles en productos mejores o más innovadores, se verán premiados con mayores cuotas de mercado y mayores beneficios empresariales y, en sentido contrario, aquellos agentes que sean menos eficientes o con ofertas menos atractivas resentirán la competencia, pudiendo verse en última instancia obligados a salir del mercado.

Así, mediante el mecanismo competitivo se alcanzará en su conjunto una asignación eficiente de los recursos de la economía, asignación caracterizada tanto por la eficiencia productiva - se produce al menor coste posible-, como por la eficiencia asignativa - se destinan los recursos a los usos preferidos y más rentables- y la dinámica se incentiva la reasignación de los recursos y la innovación de producto y tecnológica. Para que este mecanismo competitivo actúe de manera eficiente es fundamental que funcione libremente el mecanismo de precios. Dicho mecanismo es quien manda las señales adecuadas para que oferta y demanda puedan ajustarse a las condiciones de mercado.



Los poderes públicos deben abstenerse de realizar actuaciones que distorsionen o vulneren el mecanismo del mercado

Ante un exceso de oferta los precios tienden a reducirse, la rentabilidad de la actividad cae, lo cual incentiva a que las empresas reasignen los recursos productivos a otros fines. La intervención en precios supone distorsionar el mecanismo de señales, dificultando que oferta y demanda se ajusten, lo cual distorsiona la eficiencia productiva, asignativa y dinámica.

El hecho de que el mercado sea el sistema básico de funcionamiento de nuestra economía no excluye sin embargo el reconocimiento del papel activo del sector público interviniendo de formas variadas en la actividad económica.

El encuadre constitucional de la economía de mercado implica un doble ejercicio de responsabilidad por parte de los poderes públicos. Por un lado, éstos deben promover las condiciones para que el mecanismo del mercado sea efectivo y comporte beneficios para el bienestar general, eliminando progresivamente las trabas que históricamente hubieran podido existir al ejercicio de la libre competencia entre operadores de los mercados y articulando un sistema eficaz de Defensa de la Competencia. Por otro lado, los poderes públicos deben abstenerse de realizar actuaciones que distorsionen o vulneren el mecanismo del mercado, debiéndose encontrar éstas, en caso de establecerse, debidamente justificadas, sin mermar innecesariamente la virtualidad de este principio.

Con relación al primero de los aspectos aludidos -la garantía del mecanismo del mercado-, conviene tener presente desde una perspectiva histórica la evolución del entorno en que se ha desarrollado la economía española y las demás economías mixtas cercanas que ha conducido a la situación actual. Así, como consecuencia del reconocimiento de la economía de mercado y de su carácter indispensable para llevar a cabo la libre circulación de bienes, servicios, mercancías y capitales que establece el Tratado de la Comunidad Europea, el tránsito desde mercados más o menos intervenidos hacia un escenario de economía de libre mercado ha constituido un objetivo de la política económica en España en los últimos 20 años. Para ello se han ido instrumentando, en distintos sectores económicos, procesos de liberalización, desregulación y, en muchos casos, privatización. Un buen ejemplo de estos procesos es precisamente el acontecido en el sector del transporte de mercancías por carretera, en el que se ha acometido una liberalización y desregulación progresiva hasta llegar a la situación actual de casi plena liberalización.

Por lo que respecta al segundo de los aspectos que se mencionan -los límites de la intervención de los poderes públicos en los mercados-, debe admitirse que desde un punto de vista económico pueden existir circunstancias que justifiquen que la intervención pública afecte al desenvolvimiento de la competencia en los mercados. Tal sería el caso si se presentan situaciones en las que los mercados no son capaces, por sí solos, de asignar eficientemente los recursos. Sería justificable y deseable entonces algún tipo de intervención pública que pudiera dirigirse a minimizar las pérdidas de eficiencia ocasionadas por esos fallos de mercado. Hallar el justo equilibrio en la economía entre el sector público y el sector privado es precisamente una de las cuestiones fundamentales del análisis económico.

Estos fallos de mercado pueden aparecer en muy diversas formas. Pueden darse externalidades negativas o positivas en el consumo de un bien, que

lleven a que, en ausencia de intervención, su producción sea excesiva o insuficiente en relación a la valoración que socialmente se hace del mismo. Puede requerirse también la intervención en el caso de los llamados bienes públicos de los que un individuo puede disfrutar sin que le cuesten nada y de cuyo consumo es difícil excluirle, generando problemas de *free riding* y de falta de incentivos a la inversión. En cualquiera de estos casos, la intervención pública para asegurar la suficiente provisión de esos bienes resulta socialmente adecuada.

También pudiera haber imperfecciones en los mercados que dificulten la libre entrada y salida de empresas en los mismos. Puede ocurrir que existan asimetrías en la información, que dificulten el establecimiento de nuevas empresas que necesitan para empezar a operar conocer datos acerca de las características y patrones de consumo de los potenciales clientes que son muy costosos de obtener. También pueden darse imperfecciones en la información que por el lado de oferta impiden que los consumidores seleccionen adecuadamente los bienes o servicios que desean consumir. O la situación en que unas importantes inversiones en activos que son muy específicos para la actividad desarrollada dificulta, por resultar muy costosa, la salida del mercado. En todos estos ejemplos puede estar justificada la intervención pública para facilitar el mecanismo de mercado.

Así como también lo está en determinados sectores económicos donde solo existe un número reducido de operadores, o incluso uno solo, debido a la presencia de elevados costes fijos en la operación del servicio que generan economías de escala y hacen que sea ineficiente que opere un número elevado de operadores. Típicamente este caso también se presenta en los servicios que se llaman “de red”. Dado que los precios de equilibrio que pudieran resultar de estos mercados monopolizados conllevan ineficiencias que no resultan socialmente deseables, está justificada la intervención directa del Estado bien proporcionando él mismo el servicio de que se trate, bien regulando los precios del monopolista privado.

Pero no siempre es la corrección de fallos de mercado lo que justifica la regulación de los mercados. En otras ocasiones son otros objetivos aceptados socialmente los que conducen a una intervención de los poderes públicos en la economía. Por ejemplo, existe amplio consenso en que el Estado tiene un importante papel que jugar en la mejora de la igualdad económica, aunque al mismo tiempo se dan grandes discrepancias en cuanto a su interpretación y a los instrumentos que deba usar para alcanzarla. Los impuestos redistributivos y los gastos sociales pueden reportar importantes beneficios pero también costes sustanciales, no solo directos sino indirectos, en forma de distorsión de los incentivos de los agentes económicos.

No obstante, una vez se ha determinado la necesidad o la conveniencia de que la autoridad pública intervenga en la actividad económica, ya sea porque se han detectado fallos de mercado que justifican la intervención, ya sea para servir otros objetivos de interés general, hay que reflexionar con respecto a las distintas formas que tiene de hacerlo. Una de las más importantes consiste en la propuesta de leyes y regulaciones de distinta naturaleza y de las medidas necesarias para su implementación. Procede entonces preguntarse si, en la persecución de los legítimos objetivos marcados, la regulación que se impone es una regulación de calidad, esto es, responde a criterios o prin-

cipios de eficiencia. O en otras palabras si esta regulación consigue alcanzar los fines propuestos al mínimo coste posible, teniendo en cuenta que parte de estos costes se manifiestan a través de la distorsión de los incentivos y de los mecanismos de mercado y del juego competitivo.

Precisamente al calor de las reformas de segunda generación que han seguido los amplios procesos de liberalización y desregulación de los mercados en muchas economías occidentales de los años 80 y los 90, se ha suscitado un amplio debate sobre los principios que debe cumplir una regulación eficiente y favorecedora de la competencia.

De ellos destacan el de *necesidad y proporcionalidad*, que requiere que la restricción de la competencia impuesta por la medida regulatoria en cuestión esté plenamente justificada para alcanzar el objetivo que se persigue con la regulación y no sea excesiva. Dicho de otro modo, debe asegurarse que los beneficios que reportará a la sociedad en su conjunto la consecución de aquel objetivo serán mayores que el perjuicio que le generará la distorsión de la competencia que se introduce por medio de la regulación. Por supuesto un requisito previo para poder hacer esta evaluación de beneficios y costes es que el objetivo que se persiga se haga explícito y se defina claramente.

En íntima conexión con el principio de proporcionalidad, ha de analizarse también si el instrumento elegido para intervenir es el más adecuado por ser el que menos restrictivo de la competencia; ha de constatarse, por tanto, que no existe mecanismo de intervención alternativo que permita alcanzar el mismo fin imponiendo una menor distorsión al libre funcionamiento del mercado.

Ya el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, en su informe publicado en 2005 relativo precisamente a las restricciones legales a la competencia en el transporte de mercancías por carretera, manifestaba estas mismas preocupaciones al afirmar que “[l]as intervenciones en el mercado deben sopesarse con extremada precaución valorando los costes de la regulación con los beneficios pretendidos y siempre con el objetivo de que el bienestar social agregado sea mayor que en la situación de no intervención”²⁶. También la Comisión Nacional de la Competencia considera de crucial importancia la consideración de todos estos principios de regulación eficiente, desde el punto de vista de competencia, a la hora de evaluar los procesos normativos y demás actividad pública, y en este sentido está preparando una serie de recomendaciones que pronto verán la luz.

Y son precisamente estos principios los que han de tomarse como punto de referencia para valorar la regulación de precios mínimos que se somete a consideración.

²⁶ Informe I/99/02, Restricciones legales a la competencia en el transporte de mercancías por carretera, publicado en junio de 2005.

4.2.

Descripción del sector

En España la carretera continúa siendo, con mucha diferencia, la vía de transporte de mercancías más utilizada: el 95,4% de la actividad de transporte interno de mercancías se lleva a cabo por carretera (la misma referencia para la media de la UE a 25 es del 77%).

A continuación se recogen los datos más representativos del sector -procedentes principalmente de los diversos Observatorios del transporte por carretera-.

Autorizaciones

El número de vehículos autorizados en el sector del transporte público²⁷ de mercancías por carretera es de 381.327 (datos de enero de 2008).

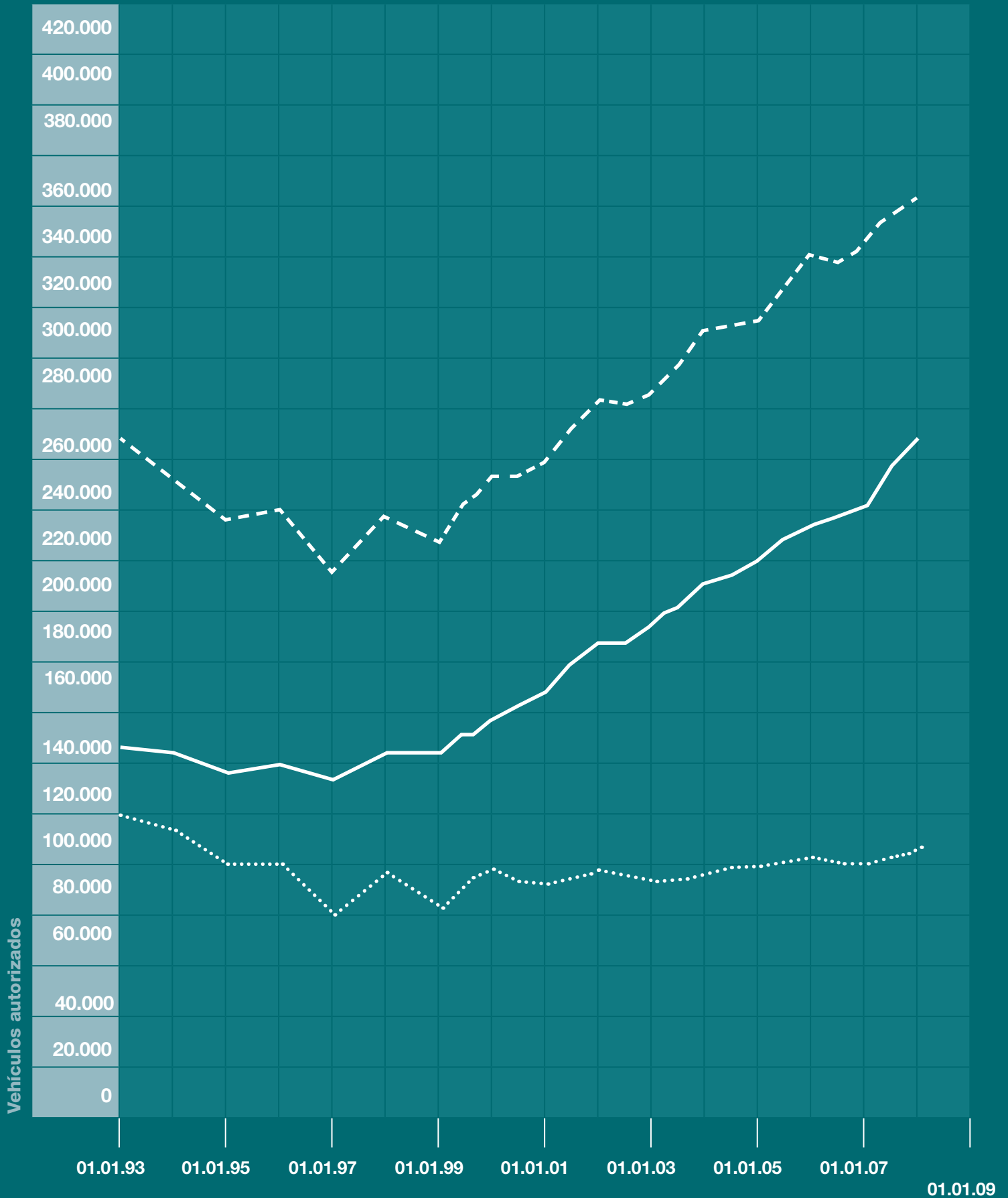
Su evolución a lo largo del tiempo se puede observar en el siguiente gráfico, en el que se aprecia un importante crecimiento a partir de 1999. Ello se debe a que en ese año se modificó la normativa de acceso al mercado y, en particular, se eliminó la “contingentación” en el caso de las autorizaciones para transporte pesado de ámbito nacional que hasta ese momento solo podían adquirirse a través de la compra de autorizaciones ya existentes. Ello dio lugar a que los mayores crecimientos se dieran a partir de ese momento en el ámbito de las autorizaciones de servicio público para vehículos pesados (casi 90% desde 1999).

²⁷ Transporte Público es el que se lleva a cabo por cuenta ajena mediante retribución económica, frente al Transporte Privado, que es el que se lleva a cabo por cuenta propia, bien para necesidades particulares, bien como complemento de otras actividades principales.

Servicio público:

Vehículos autorizados contratación propia

- Total
- Pesados
- Ligeros



En lo que se refiere a las empresas autorizadas, sin embargo, su evolución desde 1999 no ha sido tan creciente. El número de empresas actualmente autorizadas para servicio público es de 136.024, siendo casi 76.000 empresas de vehículos pesados.

Estructura empresarial

Como consecuencia de esta evolución, el tamaño medio de las empresas ha experimentado un crecimiento desde 1999, pasando de 2,08 vehículos por empresa a 3,54, en el caso de transporte pesado, y de 1,31 a 1,92 en el caso de transporte ligero.

Asimismo, el número de empresas con una sola autorización ha visto reducido su peso sobre el total, pasando del 73,7% en 1999 al 54,6% en la actualidad. Al mismo tiempo, las empresas grandes, con más de 20 vehículos, han aumentado un 185%.

Sin embargo, al analizar esta evolución debe tenerse en cuenta que la modificación normativa de 1999, ya mencionada, estableció en el caso del transporte pesado la obligatoriedad de contar con la disponibilidad de tres vehículos, lo que indudablemente ha afectado a la evolución del número medio de vehículos.

En todo caso, pese a este crecimiento, se puede señalar que el sector de transporte de mercancías por carretera sigue siendo un sector que presenta una elevada atomización, representando las empresas pequeñas (de 1 a 5 vehículos) de transporte público pesado casi el 90% del total. Esta atomización es más acusada en el caso de los vehículos ligeros, donde la normativa en vigor no exige una flota mínima.

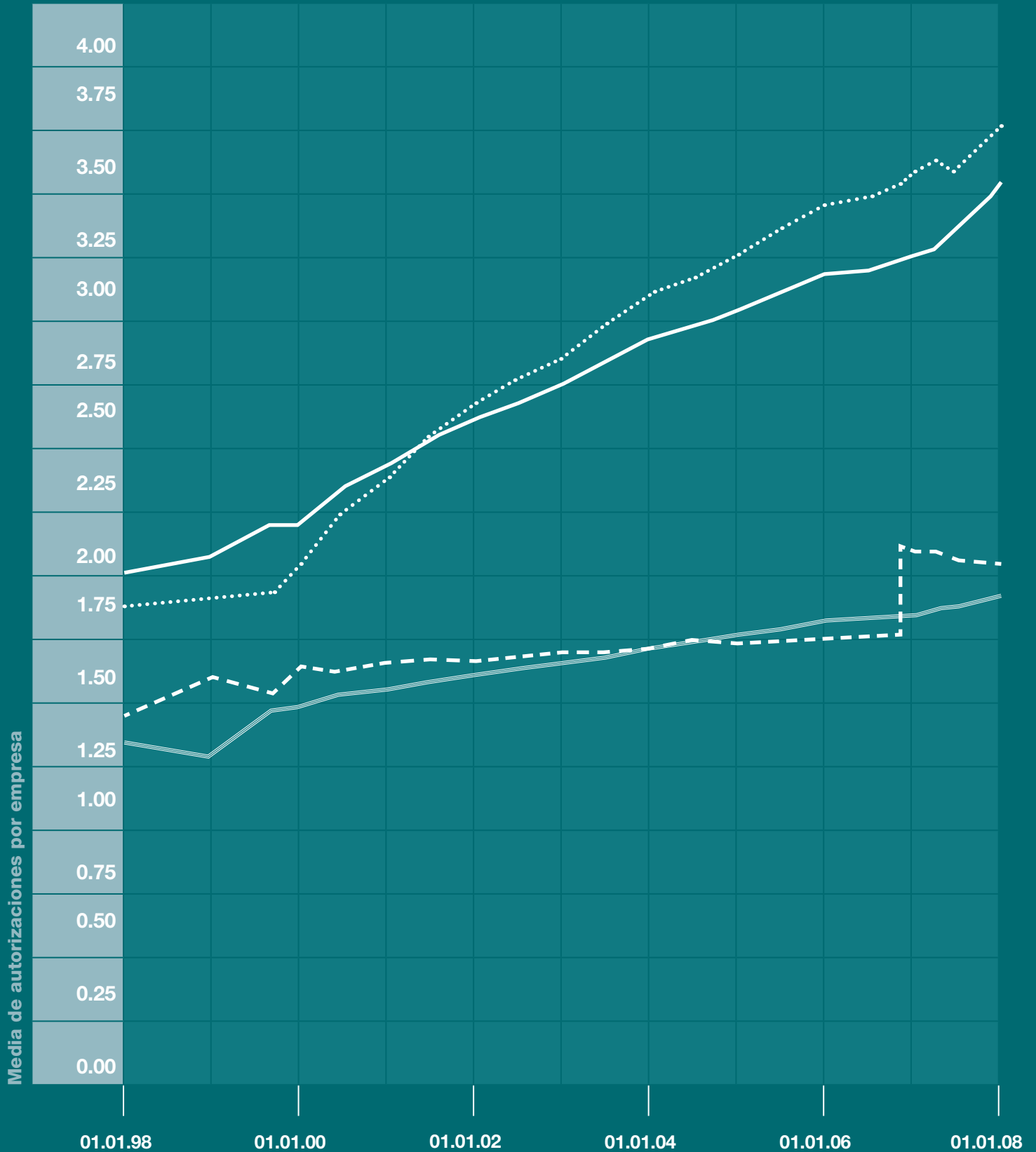
No obstante, como ya señaló el TDC en su informe de 2005 Restricciones Legales a la Competencia en el Transporte de Mercancías por Carretera, esta estructura atomizada puede resultar engañosa si no se contrasta con datos de la organización del sector, en particular, el hecho de que el mercado se organiza a través de intermediarios que, bien son agencias o bien empresas de gran dimensión que subcontratan el transporte a través de una relación estable.

De esta forma, la subcontratación permite reducir los costes fijos de las empresas a la vez que permite atender con flexibilidad las variaciones de la demanda, lo que redundaría en la mejora de la competitividad de las empresas. Por su parte, las agencias mediadoras permiten superar el problema que supone para el sector los retornos “de vacío”, permitiendo que las empresas obtengan cargas de retorno y rentabilicen así los traslados.

Media de autorizaciones por empresa:

Evolución

- Servicio público. Vehículos pesados (MDP y TD)
- ⋯ Servicio público. Vehículos pesados (MDP y TD) - Ámbito nacional
- - - Servicio privado. (MDC)
- = = = Servicio público. Vehículos ligeros (MDL y MDP)



Evolución de la actividad

En el sector de transporte de mercancías por carretera, el transporte interno (frente al internacional) es el más relevante, representando en 2006 el 97,5% de las toneladas transportadas y el 72,2% de las toneladas-km producidas.

En el ámbito de los vehículos pesados, las toneladas transportadas en 2006 en servicio público representaron el 75,8% del total, frente al 24,2% en servicio privado. Medido en términos de toneladas-km, el mayor peso del servicio público se eleva hasta el 91,9% del total.

Los vehículos con capacidad de carga de más de 20 toneladas son los que más transporte de mercancías realizan, suponiendo en 2006 el 60,1% de las toneladas transportadas por camiones españoles y el 87,3% en toneladas-km producidas.

La evolución del transporte público de mercancías por carretera en vehículos pesados ha crecido del año 1999 al 2007 un 124,6% en las toneladas transportadas y un 96,3% en las toneladas-km producidas. El hecho de que sea menor el incremento en toneladas-km que en toneladas es indicativo de que la distancia media de transporte ha disminuido.

En el último año (primer trimestre 2008 respecto a primer trimestre 2007) se ha producido una reducción de 3,4% en las toneladas transportadas en servicio público y vehículos pesados, mientras que las toneladas-km producidas se han incrementado un 3,4%. Esta evolución muestra una reducción de las toneladas transportadas y una elevación de la distancia media del transporte, lo que puede deberse al descenso del transporte de ciertos productos, particularmente los materiales de construcción, que mayoritariamente se transportan a cortas distancias.

Cuadro n° 1

Evolución de la actividad según el tipo de servicio y desplazamiento.
Vehículos pesados recorridos intermunicipales.

Años	Servicio público											
	Total		Total		Intraregional		Interregional		Internacional		Servicio Privado	
	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior
1999	100,0		100,0		100,0		100,0		100,0		100,0	
2000	114,3	14,3%	114,0	14%	115,2	15,2%	111,1	11,1%	113,3	13,3	115,1	15,1
2001	126,7	10,9%	128,0	12,2%	130,3	13,1%	122,3	10,1%	126,1	11,3%	123,2	7,0%
2002	142,6	12,5%	145,7	13,9%	149,6	14,8%	134,3	9,8%	153,8	22,0%	133,3	8,2%
2003	149,6	4,9%	154,3	5,9%	158,5	5,9%	144,2	7,3%	151,3	-1,6%	135,8	1,9%
2004	169,2	13,1%	176,2	14,2%	181,1	14,3%	162,0	12,3%	184,5	21,9%	148,6	9,4%
2005	188,5	11,4%	195,8	11,2%	204,6	13,0%	174,8	7,9%	189,5	2,7%	166,7	12,2%
2006	198,2	5,2%	207,9	6,2%	217,0	6,0%	189,3	8,3%	185,3	-2,2%	169,4	1,6%
2007	210,1	6,0%	224,6	8,0%	233,2	7,5%	208,3	10,0%	195,8	5,7%	167,3	-1,3%
2008		-6,7%		-3,4%		-8,0%		9,6%		7,4%		-19,1%

Toneladas transportadas.
Índice base año 1999=100

Fuente: Observatorio de la actividad del transporte de mercancías por carretera en vehículos pesados, según datos de la encuesta permanente de transporte de mercancías por carretera.

(*) En el año 2008 se presenta la variación de los datos acumulados del primer trimestre sobre los mismos datos del año anterior.

Cuadro nº 2

Evolución de la actividad según el tipo de servicio y desplazamiento.
Vehículos pesados recorridos intermunicipales.

Años	Servicio público											
	Total		Total		Intraregional		Interregional		Internacional		Servicio Privado	
	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior	Actividad del año (Índice)	Variación sobre el año anterior
1999	100,0		100,0		100,0		100,0		100,0		100,0	
2000	110,8	10,8%	111,5	11,5%	111,1	11,1%	109,2	9,2%	115,9	15,9%	104,3	4,3%
2001	119,9	8,3%	121,3	8,8%	121,3	9,1%	116,0	6,2%	130,7	12,8%	108,5	4,0%
2002	133,7	11,5%	136,6	12,6%	134,4	10,8%	127,7	10,1%	153,8	17,7%	108,9	0,4%
2003	139,3	4,2%	142,9	4,6%	142,0	5,6%	138,2	8,2%	151,6	-1,4%	109,2	0,3%
2004	159,9	14,8%	165,0	15,5%	163,8	15,4%	154,6	11,9%	184,0	21,3%	117,1	7,3%
2005	169,4	5,9%	174,7	5,9%	182,6	11,4%	164,8	6,6%	187,2	1,7%	124,3	6,1%
2006	175,6	3,7%	181,4	3,8%	194,6	6,6%	173,1	5,0%	187,8	0,3%	126,9	2,1%
2007	189,0	7,6%	196,3	8,3%	211,4	8,7%	194,1	12,1%	191,0	1,7%	126,9	-0,1%
2008		1,8%		3,4%		-2,0%		5,1%		4,4%		-18,2%

Toneladas -Kilómetro producidas.
Índice base año 1999=100

Fuente: Observatorio de la actividad del transporte de mercancías por carretera en vehículos pesados, según datos de la encuesta permanente de transporte de mercancías por carretera.

(*) En el año 2008 se presenta la variación de los datos acumulados del primer trimestre sobre los mismos datos del año anterior.

Por último, si se observa el indicador “aprovechamiento de la oferta”, contenido en el Observatorio de la actividad del transporte de mercancías por carretera en vehículos pesados como indicador de la producción por tonelada ofertada, éste ha aumentado desde 1999 a 2007 en un 27,2% medido en toneladas transportadas por tonelada ofertada y un 11,2% en toneladas-km producidas por tonelada ofertada. No obstante, este ratio ha descendido en el último año un 13,2% en toneladas transportadas por tonelada ofertada y un 7,0% en toneladas-km producidas por tonelada ofertada.

4.3

La regulación en el mercado de transporte de mercancías por carretera

A diferencia de otros modos de transporte como el aéreo o el ferroviario, en que durante años ha habido una fuerte presencia pública no solo en la regulación sino en la propia provisión de esos servicios, en el transporte de mercancías por carretera el grado de intervención en las distintas actividades relacionadas ha sido mucho menor.

Ello se debe sin duda a que, a diferencia de lo que sucede en otros casos, no estamos ante un sector que presente fallos de mercado significativos. No estamos ante servicios sujetos a fuertes externalidades, no hay fuertes asimetrías de información y la producción del servicio no requiere de unas inversiones fijas y hundidas que conformen una oferta monopolística u oligopolística.

De hecho, lejos de ello, el sector se ha caracterizado por una gran facilidad de entrada de nuevos oferentes. De hecho, a menudo se ha aludido al riesgo de que se diera lo que se ha denominado *competencia destructiva*. Se define como tal la situación que caracteriza a ciertos sectores en donde hay un número muy elevado de empresas, que dan lugar a un exceso de capacidad que, a su vez, presiona a los precios a la baja. Esto puede desembocar en una situación en que muchas empresas no obtienen una tasa de retorno adecuada para la recuperación de sus inversiones, pero a su vez no optan por salir del mercado porque los empresarios, en este caso en su mayoría autónomos, no pueden recuperar sus inversiones con facilidad.

Como indicó el propio TDC en su Informe de 2005, “A principios de los años 70 el crecimiento (del sector de transporte de mercancías en España) se quiebra por la subida del precio del petróleo. En un contexto que se denominó de “competencia excesiva” el propio sector demandó medidas limitadoras de la oferta que se concretaron en restricciones a la entrada a través de una política de contingentes. El acceso, por tanto, sólo podía efectuarse previa adquisición de una empresa existente. Sólo se otorga una mayor flexibilidad al transporte privado o por cuenta propia lo que propició, a su vez, un mayor desarrollo de éste en comparación con el público. Aunque los contingentes fueron inicialmente muy generosos progresivamente fueron reduciéndose hasta llegar a mediados de los 80 a un contingente cero para vehículos pesados. Se forzó así la oferta que tuvo que aumentar la capacidad media de los vehículos para hacer frente a un mayor volumen de transporte.”

Hace ya muchos años que dejaron de aplicarse limitaciones de tipo cuantitativo al acceso a la actividad del transporte de mercancías por carretera. A estas alturas del proceso de liberalización del sector y, en consonancia con la normativa comunitaria, se ha comprobado que la exigencia de requisitos de carácter cualitativo es suficiente. Desde la promulgación de la LOTT, la actuación administrativa en el sector de transporte de mercancías por carretera se ha centrado fundamentalmente en la ordenación de las condiciones de entrada en las distintas modalidades que la Ley establece.

En la actualidad la regulación en el sector del transporte de mercancías por carretera se orienta, en principio, a proteger determinados objetivos de seguridad en la operación del servicio, seguridad vial y de protección medioam-

biental, -que a falta de un análisis más en profundidad podrían considerarse justificados-. Pero también, como ya indicó el TDC en su informe de 2005, a promover la concentración empresarial en un sector en el que la oferta se encuentra relativamente atomizada, empleando instrumentos que permitan racionalizar la entrada de nuevos oferentes en el mercado del transporte pesado de mercancías.

En concreto se regula la entrada al mercado mediante autorización administrativa que exige requisitos de capacidad profesional para el ejercicio de la actividad, honorabilidad, y capacidad económica, a los que se añaden otros más exigentes para los nuevos operadores que pretendan obtener autorización de transporte público. Estos requisitos se refieren al número mínimo de vehículos necesarios para empezar a operar que deben, además, satisfacer unas determinadas características.

A este respecto, es preciso insistir en que en la persecución concreta de dichos objetivos la regulación que se imponga ha de ser acorde con los principios de regulación eficiente y en particular, no debe introducir condiciones a los operadores que pudieran resultar desproporcionadas y supongan trato discriminatorio entre ellos. Pero no se trata aquí de hacer una evaluación sobre la regulación de acceso a este mercado sino de entrar a valorar la intervención en el mercado a través de un control de precios.

4.4.

La regulación de una tarifa mínima para la actividad de transporte de mercancías por carretera

Como se deduce de lo descrito en la sección 4.2., la actual coyuntura económica unida a las características estructurales de este mercado ha colocado al sector en un momento difícil. El sector se encuentra abierto a la competencia, con un elevado número de empresas de dimensión en su mayoría muy reducida y que parece venir experimentando de forma estructural un cierto grado de exceso de oferta. Esta situación se ha podido ver particularmente agravada en un momento como el actual de menor crecimiento de la economía, que puede favorecer una contracción de la demanda derivada de los ajustes correspondientes en los mercados finales de bienes en que el transporte es un input de producción y, a su vez, a un fenómeno de entrada de nuevos operadores, posiblemente desplazados de otros sectores y, por tanto, a una mayor expansión de la oferta que provoca un ajuste de los precios a la baja. En estas condiciones los oferentes de servicios de transporte pueden encontrarse en una situación de cierta debilidad frente a sus clientes a la hora de negociar precios. A ello se suma que el sector -como el resto de sectores de la economía, por otra parte- se enfrenta a un escenario de importantes subidas en el coste del combustible, uno de sus factores productivos más relevantes. El exceso de oferta y el incremento de costes en un contexto de escaso poder negociador sin duda deprimen los márgenes a la baja.

En este contexto surge la demanda de que se impongan unos precios mínimos por la oferta de servicios de transporte por carretera. Teniendo siempre en cuenta dicho contexto, procede hacer las siguientes consideraciones sobre la medida regulatoria propuesta.

A. El establecimiento de una tarifa mínima constituye una distorsión en el libre funcionamiento del mercado

Cuando se permite que las fuerzas de la oferta y la demanda actúen libremente, los precios sirven para medir la escasez o la abundancia relativa de los bienes y servicios. Esta es una información económica fundamental. Cuando el precio al que se intercambia el servicio de transporte en el mercado baja la empresa que lo suministra tendrá incentivos a reducir su actividad, y sus clientes, que lo utilizan como recurso necesario para su actividad, tendrán incentivos a aumentar la demanda del mismo. Los precios constituyen pues, un mecanismo muy poderoso de comunicación de los distintos agentes económicos que interactúan en el mercado. Mecanismo en el que no conviene interferir mediante la actuación de las administraciones públicas pues esa interferencia podría dificultar la toma de decisiones de los agentes económicos e incluso conducirles a decisiones erróneas.

Como el TDC, en anteriores informes, ha manifestado, a propósito de este mismo sector, “el precio libre es una institución básica de la economía de mercado. Deben ser las partes -cliente y oferente- los que decidan sobre el precio. Debe dejarse que la sociedad resuelva esto y el Estado, salvo razones muy fundadas, debe quedar al margen, sin forzar la voluntad de unos y otros. La libertad de precios, siempre que se den las condiciones adecuadas, esto es, un número suficiente de oferentes y un conocimiento suficiente de las alternativas por parte de los consumidores, es esencial para obtener los beneficios de la competencia entre los distintos productores de bienes o prestadores de servicios”.

En el caso que nos ocupa, la intervención sobre los precios que se propone resulta en una distorsión del mercado especialmente dañina por su propio carácter de establecimiento de mínimos. Habitualmente la regulación de precios se refiere a la imposición de precios máximos. Esta intervención puede estar justificada al ser su objeto proteger a los consumidores de situaciones de poder de mercado, generalmente derivadas de la condición de monopolista de determinados operadores. Sin embargo, en términos de interés general, la regulación de precios a través del establecimiento de una tarifa mínima resulta mucho más cuestionable, por cuanto no pretende disuadir del ejercicio de un poder de mercado excesivo en términos absolutos y supone imponer un mayor coste a los demandantes del bien. Con ello se distorsiona el mecanismo de señales, de manera que no se da traslado ni a la oferta ni a la demanda del mercado de la situación real del mercado, impidiendo su ajuste.

B. El establecimiento de una tarifa mínima genera pérdidas de eficiencia en la economía

En un entorno liberalizado, como es el del transporte de mercancías por carretera, el establecimiento por vía normativa de una tarifa mínima genera pérdidas de eficiencia económica en relación con un escenario de libre mercado, en tanto que impide la competencia entre operadores en la variable competitiva principal del servicio: el precio.

Al impedirse que el precio baje por debajo de un determinado umbral -que para que sea efectivo obviamente tendrá que fijarse por encima del que resultaría del libre juego de la oferta y la demanda-, se verá en principio reducida

también la cantidad del servicio de transporte que se suministra. En esta situación podría haber transportistas interesados en proporcionar el servicio a un precio menor que el fijado y al mismo tiempo cargadores u otros demandantes del servicio interesados en contratarlo en esas condiciones económicas. Esta diferencia entre la disposición a pagar de unos y el mínimo precio que otros están dispuestos a aceptar para perfeccionar el contrato, es lo que justifica el interés del libre intercambio en el mercado y lo que se pierde por impedirlo. Esto da lugar a las pérdidas de eficiencia asociadas directamente a la medida que se propone.

Pero la fijación de precios por encima del que resultaría de equilibrio no sólo genera pérdidas de eficiencia en este sector sino que desencadena otras ineficiencias en muchos otros sectores que dependen del transporte en su actividad. Al ver encarecidos artificialmente sus costes de producción, están forzados a ajustar su oferta, y con el consiguiente ajuste al alza de los precios se ve mermado el bienestar de la economía en su conjunto.

El establecimiento de una tarifa mínima no es eficaz en la persecución del objetivo que persigue

La fijación de precios mínimos afecta por tanto negativamente a la eficiencia productiva. Además, al proporcionar señales inadecuadas al contexto de oferta y demanda, también puede distorsionar las estrategias de inversión de las empresas y, dar señales equivocadas que afecten las decisiones de acceso y salida del mercado, lo que también tiene una repercusión negativa en la eficiencia asignativa. Desde el punto de vista dinámico o a largo plazo, distorsiona los incentivos a la introducción de procesos productivos más eficientes o de mejoras en la calidad de los bienes y servicios, ya que un retorno económico garantizado a través de esos precios mínimos puede hacer que los operadores no encuentren justificada la inversión en estos aspectos. En definitiva, la medida propuesta resulta desaconsejable desde el punto de vista de su impacto sobre la eficiencia de la economía.

C. El establecimiento de una tarifa mínima es inequitativo

Con arreglo a lo anteriormente dicho, no es éste un sector que se vea gravemente afectado por los fallos del mercado. El transporte de mercancías no es una actividad económica que requiera para su ejercicio grandes inversiones iniciales ni se trata de un bien público ni de un servicio que el sector público deba desincentivar o fomentar debido a las externalidades que produce. Es, por el contrario, un sector liberalizado que opera con un aceptable grado de competencia, y con información transparente para los agentes que operan en el mismo.

La ausencia de dichas características conduce por tanto a la búsqueda de una justificación distinta a la de paliar determinados fallos de mercado que soporte la intervención propuesta. Parece que en este caso lo que se pretendería perseguir con el control de precios es la protección de determinado sector de la oferta que se encuentra parte de una situación más débil, agravada como consecuencia del encarecimiento de los costes del petróleo.

Ahora bien, si la protección de los intereses de ese grupo es uno de los objetivos buscados por la medida propuesta, hay que tener en cuenta que con

la persecución de ese objetivo se podrían estar vulnerando abiertamente los intereses de otros participantes en el mercado.

Por una parte, como consecuencia del control de precios, se produciría un traspaso de rentas directo desde los demandantes de estos servicios de transporte, que se ven obligados a pagar un precio más alto que sin intervención, hacia los oferentes que puedan cerrar operaciones a esos precios, con el correspondiente perjuicio para los primeros. También resultarían perjudicados aquellos productores que quedan excluidos del mercado caso de que el control de precios mínimos fuera realmente efectivo. Y además, al representar el transporte de mercancías tan solo un eslabón integrado en una cadena logística que atiende necesidades cada vez mayores y más diversificadas de la demanda, el establecimiento de los precios mínimos tendría repercusión en los precios de otros mercados afectando a otros consumidores y productores.

No se aprecian, por añadidura, circunstancias por las cuales la normal competencia en precios pudiese ir en perjuicio de los consumidores (razón aducida en la sentencia Cipolla), en tanto en cuanto pudiese comportar pérdidas de calidad indeseables. Precisamente la ordenación de las condiciones de entrada anteriormente mencionadas se encarga de garantizar dichos estándares de calidad del servicio.

Por último, dado que muchos otros sectores de la economía también están sufriendo el coste del incremento del precio del combustible, sería inequitativo intervenir en este sector específicamente privilegiando a ciertos grupos de productores, y no en otros igualmente afectados.

En resumen, en estas circunstancias difícilmente puede justificarse que la imposición de precios mínimos vaya en beneficio del interés general o de la economía y, en concreto, de los intereses de las empresas de los demás sectores o de los usuarios de los servicios cuyas tarifas se pretenden fijar.

D. El establecimiento de una tarifa mínima no es eficaz en la persecución del objetivo que persigue

En las críticas que anteceden a la regulación de precios mínimos se da por hecho que dicho instrumento va a ser eficaz a la hora de conseguir el objetivo propuesto. Ahora bien, diversos factores pueden llevar a que la medida no sea ni siquiera eficaz para la consecución del objetivo que pretende: proteger los intereses de un sector de la oferta de servicios de transporte. Ello por varias razones. Primero, como ya hemos apuntado, al mantener los precios artificialmente altos y proteger la rentabilidad con respecto a una situación de libertad de precios se desincentiva el ajuste del mercado. En un sector que adolece de exceso de oferta el impedir que los precios se ajusten a la baja sólo consigue posponer la reducción de este exceso. Por otra parte, este mantenimiento artificial de los precios puede afectar negativamente a la demanda de servicios de transporte, ya debilitada por la coyuntura económica. En estas condiciones, la fijación de precios resulta especialmente contraproducente.

Segundo, en la medida en que muchos transportistas presentan un escaso poder negociador frente a sus clientes la medida puede devenir en ineficaz, porque estos encuentren otras vías para trasladarles sus costes o lograr reducciones de precios efectivos (aplazamientos de pagos, sin ir más lejos). Este tipo de situación no resulta infrecuente. Tenemos el ejemplo de la distribución comercial donde las medidas para proteger a los proveedores con menor poder de mercado han resultado inoperantes. La experiencia nos enseña que no suele ser posible – ni aconsejable- prever y encorsetar todas las dimensiones de la relación comercial entre agentes.

Tercero, el propio exceso de oferta y su atomización pueden favorecer el incumplimiento de la medida. Dado que la salida del mercado parece presentar ciertas barreras relativas derivadas del endeudamiento de los agentes económicos y las dificultades para realizar sus activos, puede haber agentes dispuestos a prestar los servicios a precios inferiores al regulado. Además, la atomización de la oferta mercado puede hacer difícil el control de la adecuada ejecución de la norma. En estas condiciones, es posible que aparezcan toda suerte de transacciones en el mercado negro que fijen precios inferiores al determinado legalmente sin que dichas prácticas sean fácilmente detectadas.

E. El establecimiento de una tarifa mínima puede tener una amplia repercusión social

Por último, en el contexto actual del sector del transporte de mercancías por carretera, resulta difícilmente justificable una intervención en los precios, que supondría claramente un retroceso en el esfuerzo liberalizador que se ha venido desarrollando en este sector desde la promulgación de la LOTT.

Desde el punto de vista de la economía en su conjunto este tipo de intervención contribuiría a restar credibilidad, tanto interna como externamente, a la política de la administración pública por el efecto demostración negativo que conllevaría. Esta tarifa mínima podría dar entrada a otros sectores para plantear similares demandas, multiplicando así el coste y la distorsión sobre el funcionamiento de la economía de la medida propuesta. Además, la elección de instrumentos regulatorios inadecuados introduce incertidumbre en los mercados que puede tener efectos muy perjudiciales sobre la inversión, en un momento delicado para la economía española, incertidumbre que puede verse magnificada si dichos instrumentos no resultan eficaces, esto es, si ni siquiera finalmente consiguen el fin que se proponen.

A la luz de estas consideraciones cabe retomar lo planteado en el análisis legal de la sección anterior acerca de si esta norma, de acuerdo con la jurisprudencia existente y para no resultar incompatible con el Tratado, preserva los intereses generales afectados por la medida y si esta restricción a la libre competencia cumple los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad, esto es, si los beneficios sociales que pretende alcanzar compensan suficientemente los costes que impone en términos del funcionamiento del mercado.

En este sentido, cabe afirmar categóricamente que la medida no cumple el test propuesto. Claramente se han señalado los perjuicios que impondría sobre los consumidores y otros productores distintos a los transportistas y, por tanto, con esta medida no se tendrían en cuenta la totalidad de los intereses afectados en el conjunto de la economía. Pero, además, la regulación de precios mínimos impondría unos costes desproporcionados. Las distorsiones que provoca en el mercado imposibilitando que los precios señalicen la abundancia o la escasez relativas en la provisión de este servicio, y las ineficiencias que causa tanto en el mercado de transporte como en otros relacionados, no encuentran contrapartida en las ganancias que pudieran obtener los transportistas. Estas ganancias serían, además, dudosas porque hay un riesgo cierto de que la medida sea ineficaz para lograr los objetivos que se persiguen.

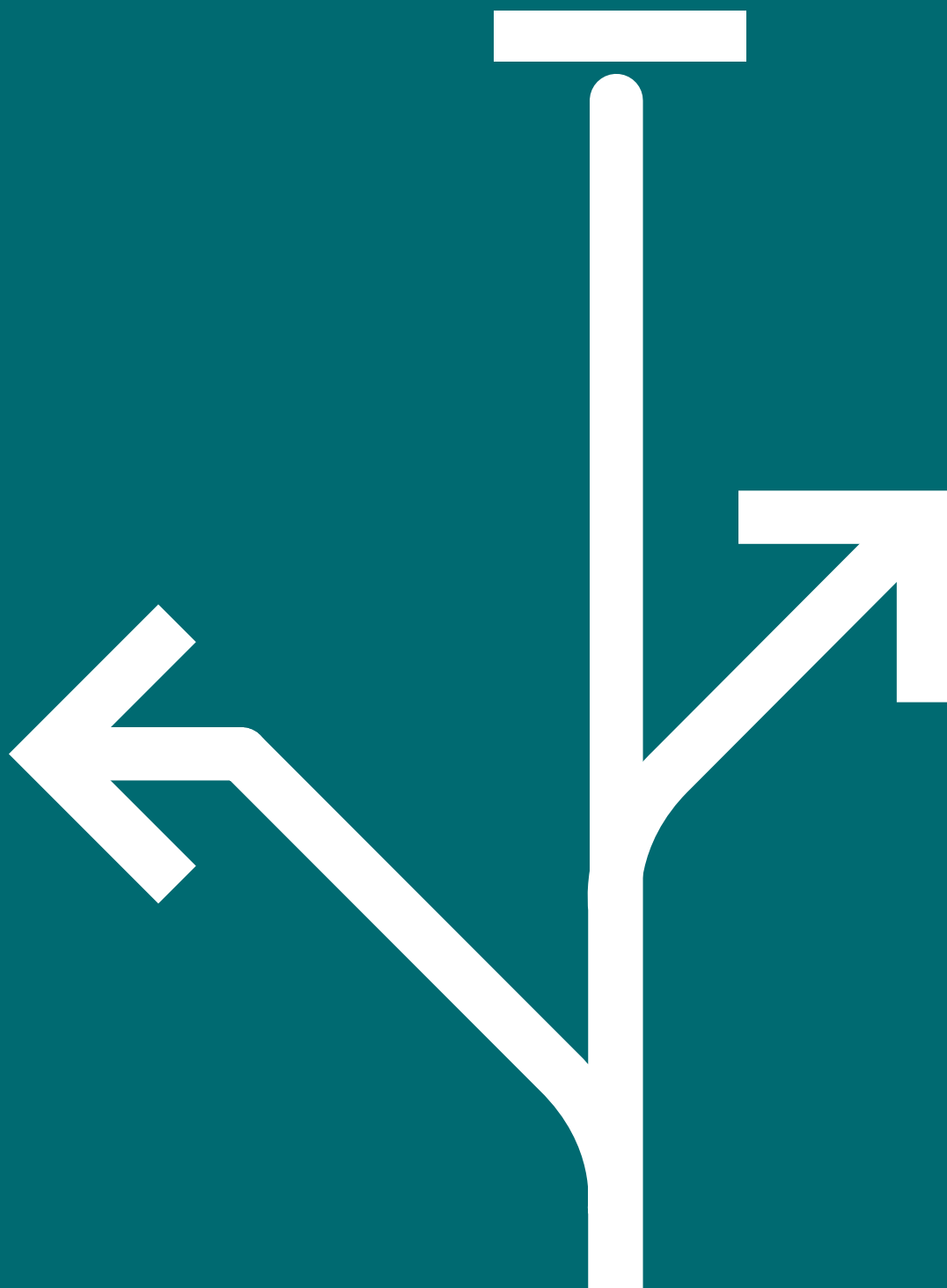
Por último, si lo que se pretende es ayudar a que se absorba el exceso de oferta, está demostrado que cualquier intervención vía cantidades es preferible a la intervención en precios. Por tanto, el instrumento regulatorio propuesto no cumple el principio de mínima restricción. De hecho, como ya se ha apuntado en la sección 3.3, ni siquiera en los carteles de crisis se ha aceptado que haya medidas de control de precios ante situaciones de exceso de capacidad.

En definitiva, cabe concluir que, desde el punto de vista del análisis económico y del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, una regulación que establezca una tarifa mínima por el servicio de transporte de mercancías no resulta ni justificada en virtud del objetivo que se pretende conseguir, ni, en caso de serlo, resultaría proporcionada, toda vez que para conseguir dicho objetivo pueden existir mecanismos alternativos menos costosos.



5.

Análisis de posibles medidas
alternativas frente a la
problemática del sector



Habiendo puesto de manifiesto la incompatibilidad de un sistema de tarifas mínimas con la legislación nacional y comunitaria, y habiendo, igualmente, comprobado su ineficacia para solucionar el problema del sector de una manera estable, cabe realizar una reflexión sobre distintas alternativas a dicha medida, en general, y sobre el margen de actuación de las autoridades de competencia, en particular.

Como ya se ha reiterado a lo largo del informe, el sector se enfrenta básicamente a: 1) una contracción de la demanda, que por definición necesita de una reducción de precios o de oferta para que el mercado regrese al equilibrio y 2) dicho ajuste se ha topado con un alza en los costes y con un aumento de la oferta, proveniente de otros subsectores del transporte, como la construcción. Evidentemente, el segundo de los problemas no hace sino dificultar sobremanera la dinámica de ajuste que requiere el primero de ellos, haciendo más difícil la situación de los operadores con menor poder de negociación, que generalmente son aquellos más pequeños. Esto es especialmente trascendente en un sector relativamente atomizado, donde coexisten multitud de operadores de pequeña dimensión, generalmente autónomos, con otros operadores de mayor tamaño y más profesionalizados, que tienen mayor flexibilidad para adaptarse a la situación cambiante del mercado. En este contexto, los pequeños y medianos transportistas vienen denunciando la existencia de prácticas desleales de otros transportistas que estarían vendiendo bajo costes o a pérdidas. Asimismo, denuncian la negativa de los cargadores a admitir revisiones de precios como consecuencia del encarecimiento del gasóleo. De hecho, una de las medidas alcanzadas recientemente entre el Ministerio de Fomento y la representación mayoritaria del sector viene a proponer:

“Elaboración de un Plan específico de investigación de las posibles prácticas constitutivas de competencia desleal en el ámbito de la contratación de transportes por carretera por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, con especial atención a posibles supuestos de venta a pérdidas.”

Pues bien, a la luz de dicha propuesta conviene realizar una serie de consideraciones que permitan centrar adecuadamente sus límites y posibilidades.

La venta a pérdida

Tradicionalmente, la doctrina y las resoluciones de las autoridades en materia de la competencia han venido tratando la venta a pérdida como una de las conductas abusivas de una posición dominante. Quien se encuentra en tal situación, para consolidarla evitando que nuevos operadores entren en el mercado, o bien que sus competidores más débiles incrementen su cuota de mercado a costa de la del dominante, puede realizar una agresiva política de precios vendiendo sus productos por un precio que pueda resultar inferior a sus costes. Cuando tal ocurre, el dominante puede acumular pérdidas, pues su mayor músculo financiero se lo permite, mientras que los competidores más débiles terminan siendo expulsados del mercado, o bien los posibles entrantes carecen de incentivos para operar en un mercado en el que se verían abocados a acumular pérdidas. Como consecuencia de

tales maniobras, el dominante consolida su posición, y una vez eliminados o debilitados sus competidores, recupera autonomía de comportamiento y se encuentra en una situación en la que puede volver a incrementar sus precios a niveles muy superiores a los que le permitiría una situación de competencia (supuesto conocido como predación), produciéndose en ese momento un perjuicio a los consumidores y justificando la actuación de las autoridades de competencia, puesto que éstas no defienden a los competidores, sino que preservan el bienestar de los consumidores.

Pero para que una estrategia de venta a pérdida realizada por un operador dominante fuese perseguible por el derecho de la competencia se tienen que producir diversos requisitos. Primero, que el mercado no resulte expugnable. En buena medida, un mercado expugnable permitiría fácilmente la entrada de nuevos operadores tan pronto como se produjera el incremento de precios posterior a la expulsión de los primitivos competidores del dominante, haciendo inviable o no relevante para los consumidores la práctica de venta a pérdida. Segundo, es necesario poder demostrar claramente que se ha vendido por debajo de una medida adecuada de costes. En este punto la doctrina no es unánime respecto a cuál debe ser dicha media, dado que no siempre resulta sencillo determinar donde se encuentra el nivel de precios en el que existe venta a pérdidas²⁸.

En España, tales dificultades se evidencian en el hecho de que el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia solo ha sancionado en una ocasión un supuesto de predación. En concreto, sancionó a Tabacalera²⁹ por la venta de determinada clase de cigarrillos por debajo de coste, con el objetivo de dificultar la competencia, pero el Tribunal Supremo anuló la resolución condenatoria por estimar que no se había acreditado suficientemente la existencia de tal venta a pérdida. Y si tales dificultades existen cuando se trata de la venta de productos, en el mercado de servicios resulta evidente que las dificultades han de resultar considerablemente mayores.

Las acusaciones de venta a pérdida han sido recurrentes en determinados mercados, especialmente por los operadores de menor tamaño frente a los de mayor dimensión. Resulta especialmente significativo el caso de la distribución comercial minorista en la que los representantes del pequeño comercio recurrentemente acusan a las grandes superficies de realizar ventas a pérdida para expulsar al pequeño comercio, pero tales conductas no siempre han resultado fáciles de demostrar. Pero la insistencia en los efectos de tal estrategia ha llegado a motivar la existencia de dos diferentes regulaciones de la venta a pérdida, la primera en la legislación de competencia desleal, y la segunda en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996 (LOCM). Por comentar aun cuando sea de forma somera sobre esta última legislación, se considera constitutiva de una infracción administrativa, sancionable por las autoridades competentes en materia de comercio interior, la venta del minorista por debajo del precio de adquisición de los productos.

28 Tradicionalmente, se ha venido afirmando que por debajo de los costes medios variables existe predación (Sentencias del TJCE AKZO y Wanadoo Interactive), mientras que un precio superior al coste medio variable pero inferior a los costes medios totales no conlleva automáticamente la existencia de predación.

29 Resolución 375/96, Tabacos de Canarias, de 16 de febrero de 1999.

Pero con anterioridad a esa regulación, la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD) ya se había encargado de considerar que, en determinadas circunstancias, la venta por debajo de coste constituía una conducta desleal. Pero esta norma acotaba considerablemente el concepto de venta a pérdida, realizando, como se expresa en la Exposición de Motivos, una tipificación muy restrictiva porque se trataba de liberalizar determinada práctica más que incriminarla. En tal sentido, en el artículo 17, bajo la denominación “venta a pérdida”, se establece en su primer apartado una declaración de carácter general: “Salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de los precios es libre”, mientras que en el apartado 2 se establece que [se considera desleal] la venta bajo coste o bajo precio de adquisición en tres supuestos: cuando sea susceptible de inducir a error acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento; cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de un producto o un establecimiento ajenos o “(c)uando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado”.

De esta regulación en materia de competencia desleal pueden obtenerse algunas conclusiones. En primer lugar que el legislador ha considerado contrario a la lealtad exigible a los comerciantes la venta a pérdida, y esa conducta la ha considerado como tal no sólo cuando la realiza un operador dominante, sino cuando la realiza cualquier operador, se encuentre o no en posición de dominio. Ahora bien, esta afirmación no puede hacer olvidar que tales conductas, en la medida en la que, para llevarlas a cabo, exigen que su autor disponga de un músculo financiero muy superior al de sus competidores, sólo podrán realizarlas quienes dispongan de considerable poder de mercado. Y ello resulta especialmente comprobable en el tercero de los supuestos del artículo 17.2 de la LCD.

En segundo lugar que al considerar la conducta como desleal y no como ilícito anti-trust, parece situar su persecución en el campo de las acciones privadas, en la medida en la que las acciones por competencia desleal han de ejercitarse ante los Juzgados de lo Mercantil, aun cuando no debe olvidarse que el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 (como su precedente, el artículo 7 de la Ley 16/1989) permite a la Comisión Nacional de la Competencia conocer, como ilícitos anti-trust, de aquellas conductas desleales que por su incidencia en el mercado afecten al interés público.

Con estos límites, corresponde en estos momentos determinar si una hipotética conducta de **venta a pérdida realizada en el sector de transportes de mercancías por carretera** puede ser objeto de persecución por las autoridades, particularmente por las de la competencia.

Con carácter previo, cabe afirmar que la regulación sobre la venta a pérdida contenida en la LOCM no resulta aplicable al sector de transportes, puesto que resulta ajeno al sector que regula, es decir el comercio minorista. En consecuencia la única consideración que ha de hacerse debe partir de la posible aplicación del artículo 17 LCD, especialmente por la CNC. Vaya por delante que determinadas acciones en materia de competencia desleal pueden ser ejercitadas por quienes se consideren perjudicados por tales conductas y por las asociaciones, tanto empresariales como de consumidores, lo cual significa que los posibles competidores afectados por posibles conductas desleales de venta a pérdida o sus asociaciones pueden acudir a los Juzga-

No se puede afirmar que existan los presupuestos necesarios para la actuación de las autoridades de la competencia para perseguir las conductas de posible venta a pérdida

dos de lo Mercantil si consideran que existen tales conductas, por lo que las consideraciones que aquí se realizan, exclusivamente tienen en cuenta una posible actuación de las autoridades de la competencia. Y desde tal óptica resulta evidente, *prima facie*, que los dos primeros supuestos regulados en el artículo 17.2 LCD no resultan de aplicación, ya que ni se trata de inducir a error al consumidor sobre el nivel de precios ni son conductas que tengan por efecto desacreditar a un tercero. El único supuesto que puede ser analizado es el contenido en el artículo 17.2.c) LCD, es decir si esa venta a pérdida forma parte de una estrategia encaminada a eliminar a los competidores del mercado.

Para la aplicación de este supuesto, hay que volver a recordar que la regulación española no limita la venta a pérdida como un supuesto ilícito cuando es realizado por un operador dominante. Pero si tal es cierto no resulta menos cierto que las estrategias encaminadas a eliminar a los competidores mediante la acumulación de pérdidas sólo pueden ser realizadas cuando existe un considerable desequilibrio entre unos operadores y otros. Entre quienes intentan monopolizar el mercado y quienes, con menor poder económico, son candidatos a ser expulsados del mismo. En consecuencia, para plantear una posible actuación de la CNC, o de las autoridades de competencia de ámbito autonómico, resulta preciso realizar, con carácter previo, dos consideraciones: las características del mercado, y las posibles distorsiones del funcionamiento del mercado que pudieran afectar al interés público.

De las características del mercado que han sido descritas con anterioridad no parece fácil afirmar que sean posibles conductas exclusionarias de los competidores mediante una estrategia de venta por debajo de coste llevada a cabo por los operadores más poderosos. La atomización del mismo, la expugnabilidad del mercado o el hecho que parece evidente que la posible existencia de supuestos de servicios por debajo del coste (aun con las dificultades inherentes a determinar cuál es ese coste) o al menos de las dificultades de repercutir el incremento del precio de los carburantes en el precio de los servicios, no es el producto de una estrategia de expulsión de competidores sino las consecuencias del mayor poder de mercado de los cargadores sobre parte de un sector muy atomizado en un momento muy particular, con exceso de oferta y alza en los costes. Y ello, con independencia de que, de ser ciertas las informaciones transmitidas a lo largo del conflicto, la posible venta por debajo del coste es una conducta que, al parecer, no ha sido realizada precisamente por los transportistas con mayor poder de mercado sino precisamente por aquellos de dimensión más reducida que son los que, acuciados por la crisis, se ven forzados a prestar sus servicios a cualquier precio, aunque sea a costa de su propia expulsión del mercado a medio plazo.

La segunda consideración está en buena medida relacionada con esta circunstancia. Podría tener sentido plantearse una actuación de las autoridades de la competencia en este sector si la estrategia de la venta a pérdida fuera realizada por los transportistas con mayor poder de mercado. En tal supuesto debería plantearse, a continuación, si tal conducta forma parte de una estrategia encaminada a expulsar a los competidores del mercado, y finalmente si existe una afectación al interés público que justifique la aplicación del artículo 3 LDC. Si por el contrario, los indicios son que tales conductas han sido, presuntamente, realizadas por los transportistas con menor poder

económico, una actuación de las autoridades de la competencia que persiguiera tales conductas sólo contribuiría a acelerar su expulsión del mercado. Es decir todo lo contrario de lo que se pretende.

En consecuencia, de los datos existentes no se puede afirmar que existan los presupuestos necesarios para la actuación de las autoridades de la competencia, en particular la CNC, para perseguir las conductas de posible venta a pérdida en el sector del transporte de mercancías por carretera.


La dificultad de repercutir el alza en los costes

La segunda de las consideraciones a tener en cuenta consiste en analizar las causas por las que los transportistas no han podido repercutir en los precios el incremento del precio del carburante.

En este punto podría plantearse la existencia de una posible actuación abusiva por parte de los cargadores, que parecen acumular, al menos en los supuestos de los transportistas autónomos, mayor poder de mercado que los transportistas. Esa pretendida conducta abusiva no puede ser analizada a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 LDC, dada la ausencia de operadores dominantes en ese mercado, lo que hace imposible la aplicación de tal precepto.

Es cierto que, con frecuencia, a lo largo del conflicto se ha hecho mención a la posible existencia de otras conductas desleales. Cabría plantearse, a los simples efectos hipotéticos, una posible **conducta abusiva de la situación de dependencia económica**. La Ley 52/1999, de 28 de diciembre de 1999, de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, introdujo la figura del abuso de dependencia económica como ilícito anti-trust, sin derogar su anterior incardinación en la LCD. Es cierto que la Ley 15/2007 derogó esa figura, pero no es menos cierto que ello no obsta que las autoridades de competencia puedan seguir persiguiendo tales conductas por la vía del artículo 3 LDC, en la medida en la que la LCD consideraba que tendría la consideración de conducta desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que se encuentren sus clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad (artículo 16.2 LCD), y considera igualmente como desleal “la obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado” (artículo 16.3.b LCD).

En consecuencia, hipotéticamente, cabría la posibilidad de que las autoridades de competencia analizaran si pudieran existir tales conductas desleales, pero el análisis de una posible concurrencia de tal ilícito desleal requeriría el análisis de los supuestos concretos en los que se haya producido, para lo que se precisaría que se facilitaran por los afectados datos que pudieran indicar la existencia de indicios de tales prácticas desleales. Analizados tales indicios, debería analizarse, a renglón seguido, si existe la afectación al interés público que resulta necesaria para activar la aplicación del artículo 3 LDC.



El interés público
que se protege es
el de la competencia
como garantía
de menores precios
para los consumidores
y no el interés particular
de los transportistas

En este último punto es donde probablemente fracasaría esta alternativa, puesto que el interés público que se protege es el de la competencia como garantía de menores precios para los consumidores y no el interés particular de los transportistas. Y ello con independencia de que la existencia de un buen número de cargadores, haría materialmente imposible que se pudiera demostrar la concurrencia del requisito consistente en la ausencia de una alternativa equivalente.

La última de las posibilidades es que la mencionada dificultad para repercutir el alza de los costes emane de prácticas colusorias entre los demandantes de los servicios de transporte para, por ejemplo, establecer precios máximos de compra o reparto de clientes. Aunque en este punto cabe advertir que dado el exceso de oferta existente no tiene mucho sentido la realización de prácticas para establecer precios máximos de compra, al proporcionar, probablemente, el mismo sector precios y condiciones ventajosas fruto de la competencia.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente expuestas, la CNC entiende que los problemas del sector no vienen de la realización de prácticas desleales por los propios transportistas competidores sino, en su caso, por la manifestación del desigual poder de mercado de la demanda que en un contexto como el actual se amplifica. Es decir, cuando los pequeños camioneros “venden a pérdidas” no es para expulsar a sus competidores, sino probablemente por subsistencia y como consecuencia de la dificultad de repercutir en precios la elevación de los costes. Por otro lado, la existencia e incluso el ejercicio de poder de mercado, en este caso de los cargadores, frente a otro operador, los pequeños transportistas, consecuencia de su mayor tamaño relativo, tampoco es condición suficiente para que exista una práctica restrictiva de la competencia. La CNC solo puede actuar en este contexto si se producen entre los operadores demandantes de servicios de transporte prácticas restrictivas para dificultar, por ejemplo, la traslación de los costes o para establecer acuerdos de precios de compra máximos.

De este modo, ante los desequilibrios producidos podría resultar conveniente desarrollar una línea de actuación basada en la elaboración de un Plan específico de investigación de las posibles prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito de la contratación de transportes por carretera, con especial atención a posibles supuestos de acuerdos que dificulten la normal traslación a precios de las modificaciones de los costes. Todo ello requeriría la colaboración de las asociaciones de transportistas con el fin de que aportaran las evidencias imprescindibles para acreditar tales prácticas anticompetitivas.

Otro grupo de alternativas

Aunque la solicitud de Informe del Ministerio de Fomento se centra en la fijación de tarifas mínimas, dado que existen otro tipo de actuaciones contempladas por parte de la autoridad reguladora del sector, y aún a riesgo de que las consideraciones que se exponen a continuación desborden el ámbito del informe solicitado, la CNC considera que puede existir cierto margen de actuación de los poderes públicos para coadyuvar en el difícil proceso de ajuste del sector, sin que éste sea contrario al respeto de las condiciones de competencia del mismo. De hecho, muchas de las medidas que se han puesto encima de la mesa y que forman parte del acuerdo alcanzado, como son las reducciones de oferta o compensaciones de poder de la demanda, no tendrían por qué alterar las condiciones de competencia en el mercado. Así, entre el primer grupo de medidas que pretende **facilitar la reducción y adecuación de la oferta** están las siguientes:

- Planes y bonificaciones para facilitar la jubilación y/o cese de actividad la empresa, incluyendo modificaciones al sistema de acceso a las autorizaciones para facilitar la consolidación o el cese.
- Medidas financieras para favorecer la sustitución de activos más antiguos por otros con menor consumo, introduciendo la obligación de reducción de capacidad global en la empresa.
- Medidas que conllevan ayudas directas a la actividad y que se han previsto, como bonificaciones a la seguridad social y reducciones de impuestos.
- También en este grupo irían aquéllas destinadas a aumentar la inspección de los transportes para asegurar que se cumplen los requisitos de calidad y seguridad correspondientes; a mejorar las restricciones de circulación; los requisitos de acceso al mercado, a homogeneizar las condiciones de prestación de los servicios en los diferentes estados miembros.

El otro grupo de medidas que se dirigen a **aumentar la capacidad de negociación de los transportistas más pequeños** es el siguiente:

- Introducción por Ley del modelo de contrato de transporte, que contemple la cláusula de revisión de precios como una cláusula estándar a introducir en los contratos, salvo pacto en contrario.
- Promover la creación de **centrales de venta, mediante el asociacionismo** de los pequeños transportistas, siempre que no superen determinados límites. A estos efectos los límites que proporciona el derecho de la competencia para los acuerdos de mínimos (10% para los acuerdos entre competidores) pueden ser una adecuada referencia. Estas prácticas asociativas también pueden contribuir a mejorar el acceso a determinados inputs e, incluso, a facilitar la cobertura ante eventuales oscilaciones de sus precios.

6.

Conclusiones



El presente Informe analiza la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera y sus implicaciones en materia de competencia, según la normativa nacional y comunitaria.

Este análisis requiere tener en cuenta el marco en el que se desenvuelve actualmente este sector. Se trata de un mercado liberalizado, sin barreras de entrada legales y económicas relevantes, con una oferta atomizada, compuesta en un alto porcentaje de trabajadores autónomos, que sufre en la actualidad las consecuencias del fuerte incremento en los precios de los carburantes y del debilitamiento de la demanda, lo que genera una tendencia al exceso de oferta y ajuste en precios a la baja.

Son precisamente estos operadores de menor tamaño, los más afectados por la situación, los que reclaman de la Administración competente (Ministerio de Fomento) el establecimiento de medidas para paliar sus pérdidas. Entre otras, el establecimiento de un sistema de tarifas mínimas.

La CNC, tras llevar a cabo un análisis jurídico y económico de esta medida y estudiar las posibles consecuencias que de su establecimiento se derivarían para la libre competencia, afirma con rotundidad que dicha medida ni es legalmente posible ni económicamente procedente. De hecho, en la actual situación resultaría contraproducente para el sector y para la economía en su conjunto. Y ello, por las razones que se exponen a continuación:

Primera: Análisis jurídico de la medida

Tanto desde la perspectiva de la legislación nacional (Art. 38 de la Constitución Española y Ley 15/2007) como desde el punto de vista del derecho comunitario (fundamentalmente los art. 3, 10 y 81 del Tratado), la CNC considera que la fijación de tarifas para el transporte de mercancías por carretera no resulta posible legalmente ya que, o bien, constituye directamente una infracción sancionable por las autoridades de competencia o, en el caso de adoptarse mediante un precepto normativo, una norma jurídica susceptible de anulación o inaplicación.

Si la fijación de las tarifas del transporte de mercancías por carretera se adoptase mediante una conducta colusoria de los operadores económicos presentes en el mercado la CNC reaccionaría persiguiendo la conducta colusoria como infracción muy grave para su adecuada sanción. Esto también sucedería en el caso de que dicho acuerdo entre las empresas fuera simplemente homologado posteriormente por alguna Administración.

En el caso de que la fijación de tarifas se adoptase por medio de una disposición jurídica al efecto su consideración dependerá del rango normativo de la disposición.

Si la fijación de tarifas se adopta por norma de rango reglamentario el art. 4.2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, impone a la CNC la obligación de aplicar la prohibición prevista en el art. 1 de la misma Ley, pudiendo sancionar en su caso a las empresas que se acogiesen a la misma.

La fijación de tarifas adoptada por norma con rango de Ley podría considerarse contraria a lo dispuesto en el art. 38 de la Constitución que establece el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado

Igualmente la CNC, de acuerdo con el art. 12.3 de la Ley 15/2007, estaría legitimada para impugnar la normativa reglamentaria en la que se adoptase la fijación de tarifas ante la jurisdicción contencioso-administrativa para su expulsión del ordenamiento jurídico, recurso que estaría fundamentado en las importantes consecuencias de la medida, que se recogen en el presente documento.

La fijación de tarifas adoptada por norma con rango de Ley podría considerarse contraria a lo dispuesto en el art. 38 de la Constitución que establece el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Según el artículo 4 de la LDC el legislador es el único legitimado para introducir restricciones a la competencia. Sin embargo, la intervención del legislador debe ser una intervención necesaria, adecuada y proporcional al interés público que se quiere defender. La CNC considera que no se dan en este caso las características de necesidad, idoneidad y proporcionalidad necesarias para que una intervención pública pueda restringir la competencia en precios en este mercado.

Del mismo modo, una Ley que fijase las tarifas para el transporte por carretera, en la medida en la que se limitara a amparar un acuerdo colusorio, podría también ser considerada contraria a la normativa comunitaria de competencia, así como a la libre prestación de servicios, lo que podría provocar el inicio del correspondiente procedimiento de anulación por parte de las instancias comunitarias, así como a procedimientos de impugnación por aquellos directamente afectados ante los tribunales ordinarios. La jurisprudencia comunitaria ha incidido con frecuencia sobre este tipo de situaciones que permitirían destruir con facilidad el efecto útil de las normas de competencia del Tratado.

Segunda: Análisis económico de la medida

El análisis de la medida propuesta desde un punto de vista económico ratifica que la misma no cumple los criterios de necesidad, proporcionalidad y eficacia que serían imprescindibles para conculcar el principio constitucional de libertad de empresa y restringir el funcionamiento de la competencia en los mercados:

- La CNC considera que, en un entorno liberalizado, como es el del transporte de mercancías por carretera, el establecimiento por vía normativa de una tarifa mínima **generará pérdidas de eficiencia productiva y dinámica** en relación con un escenario de libre mercado, en tanto que impide la competencia entre operadores en la variable competitiva principal del servicio: el precio.
- Esta distorsión de la competencia no sólo tiene un grave impacto, sino que además el mismo es generalizado dado que el transporte de mercancías por carretera constituye un input necesario para gran parte de los sectores de la economía.

- Esta medida **perjudica igualmente a la eficiencia asignativa**, en la medida en que protege a este sector frente a otros que también se han visto afectados por el alza de los precios del combustible.
- La medida resultaría además **ineficaz**, por varias razones. Primera, porque la principal razón por la que los transportistas no pueden repercutir en precios el alza en sus costes es su menor poder negociador y este no variará por el hecho de imponer un precio mínimo. La experiencia de otros sectores nos dice que los clientes -en este caso las empresas que demandan servicios de transporte-, si tienen poder negociador frente a sus proveedores -los transportistas-, consiguen repercutirles por otras vías el incremento en costes que la implantación de la tarifa mínima les supone. Segundo, porque la fijación de tarifas superiores a aquellas a las que conduciría el libre juego del mercado lejos de favorecer el ajuste de la oferta del sector resta incentivos al mismo. Tercero, porque la experiencia nos enseña que en un contexto de exceso de oferta la fijación de precios mínimos puede ser un acicate para la economía sumergida.
- La medida **no resulta proporcional**. Existen otras alternativas menos restrictivas que pueden contribuir al ajuste de la oferta de manera más eficaz y menos lesiva para la competencia y la libertad de empresa que los precios mínimos. Caso de que se decida intervenir, sería procedente explotar tales alternativas.
- En el contexto actual del sector del transporte de mercancías por carretera, resulta difícilmente justificable una intervención en los precios, que supondría claramente un **retroceso en el esfuerzo liberalizador** que se ha venido desarrollando en este sector desde la promulgación de la LOTT. Desde el punto de vista de la economía en su conjunto este tipo de intervención contribuiría, en un contexto global de desaceleración económica, a restar credibilidad, tanto interna como externamente, en la política de la administración pública.

En definitiva, cabe concluir que, desde el punto de vista del análisis económico y del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, el establecimiento por parte de la Administración Pública de un sistema de tarifa mínima por el servicio de transporte de mercancías no resulta ni justificado en virtud del objetivo que se pretende conseguir, ni, en caso de serlo, resultaría proporcionado, toda vez que para conseguir dicho objetivo existen mecanismos alternativos menos costosos.

Tercera: La venta a pérdida

Por último, en la actual coyuntura económica desfavorable, los pequeños y medianos transportistas vienen denunciando la existencia de prácticas desleales de otros transportistas que estarían vendiendo bajo costes o a pérdidas. Sin embargo, la CNC entiende que las informaciones publicadas a lo largo del conflicto indican que esta conducta, de ser cierta, no ha sido realizada precisamente por los transportistas con mayor poder de mercado sino, más bien al contrario, por los transportistas con menor poder económico. Y que estos últimos tratan de subsistir y se enfrentan a la imposibilidad de repercutir en precios la elevación de sus costes por el alza de los carburantes.

En consecuencia, puede decirse que **de los datos existentes no se puede afirmar que existan los presupuestos necesarios para la actuación de la CNC para perseguir las conductas de posible venta a pérdida en el sector del transporte de mercancías por carretera.**

No obstante, la aparente ausencia de indicios que permitan presumir la existencia de prácticas de venta a pérdida y otras conductas desleales que puedan ser objeto de la actuación de las autoridades de la competencia no impide que, en el supuesto de que se faciliten datos e indicios de la existencia de conductas anticompetitivas, sea por la Administración sectorial sea por las propias asociaciones que agrupan a los transportistas, se pueda elaborar un Plan específico de investigación de las posibles prácticas anticompetitivas en el ámbito de la contratación de transportes por carretera, con especial atención a posibles supuestos de acuerdos que dificulten la normal traslación a precios de las modificaciones de costes.



