

RESOLUCIÓN (Expte. S/0215/10 TRANSCALIT)

CONSEJO:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
Dña. M^a Jesús González López, Consejera
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 20 de febrero de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0215/10 TRANSCALIT incoado contra la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) y la Federación Catalana de Transportes de Barcelona (TRANSCALIT), por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia (DI), con fecha 3 de mayo de 2011, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 10 de enero de 2010, la Dirección de Investigación, tras haber conocido, en el marco de otra investigación, una serie de circulares de la asociación TRANSCALIT a sus asociados, en la que les recomendaba repercutir en sus precios un determinado porcentaje con motivo de la subida del precio de los combustibles, en concreto del gasoil, que podría suponer una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 julio (B.O.E. del 4) de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en una recomendación o decisión colectiva de precios (fol. 1-5), requirió la información que consideró necesaria. En concreto, para proseguir la investigación y determinar la existencia de posibles indicios de infracción en los hechos conocidos:
 - 1.1. Se le solicitaron a TRANSCALIT copia de sus Estatutos; descripción breve sus principales actividades y ámbito geográfico de actuación; copia de las actas de sus asambleas y reuniones, así como circulares; destinatarios de sus circulares; listado de miembros o colaboradores desde 2005 incluyendo nombre, dirección, teléfono y número de fax de cada uno de ellos; y orientaciones o decisiones de TRANSCALIT a sus socios respecto a la

actualización de tarifas de transporte desde 2005 hasta la actualidad, indicando, en su caso, si son resultado del cumplimiento de alguna norma y, en tal caso, de cuál.

- 1.2. Se solicitó, en lo que a este expediente interesa, información sobre la circular 15/06, de 9.05.06, en la que se afirma que la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM), a la que TRANSCALIT está afiliada, recomienda a sus organizaciones y empresas afiliadas incrementar los precios del transporte en un porcentaje del 2,67% para paliar la subida del precio del gasoil; la fecha de recomendación de la CETM y copia del documento en que se lo comunicó a TRANSCALIT; si pertenece a otra asociación o federación de transportistas, además de la CETM y si adopta sus acuerdos o recomendaciones relativas a precios (en particular, las recomendaciones de sus circulares 32/05 y 40/05) con carácter autónomo o hace suyos los adoptados por las asociaciones o federaciones a las que está afiliada.
- 1.3. Posteriormente se requirió a CETM copia de sus Estatutos; actividades y ámbito de actuación; copia de las actas de sus asambleas y reuniones y de sus circulares e instrucciones a sus afiliados desde el año 2005 (inclusive) y listado de sus asociados incluyendo nombre, dirección, teléfono y número de fax (fol. 666-7).
- 1.4. El 7 de octubre de 2010 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo de la CNC Propuesta de Archivo elevada por la Dirección de Investigación en el expediente S/0215/10.
2. El 11 de abril de 2011 (fol. 3640 a 3656) el Consejo dictó Resolución en el expediente S/0215/10 TRANSCALIT instando a la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador, sobre la base del artículo 27.2 del RDC, al haber apreciado la existencia de indicios de infracción del artículo 1 de la LDC en el marco de la Propuesta de Archivo que la DI le había elevado previamente.
3. El 3 de mayo de 2011, la DI, procedió a incoar expediente sancionador contra la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) y la Federación Catalana de Transportes de Barcelona (TRANSCALIT) en relación con las recomendaciones descritas en el Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución de 11 de abril de 2011.
4. El 25 de mayo de 2011 la DI dicta el Pliego de Concreción de Hechos en el que se imputa a TRANSCALIT y a CETM una infracción del artículo 1 LDC por considerarlas responsables de la conducta analizada, que valora como una infracción de dicha norma. Las partes presentan sus alegaciones el 22 y 24 de junio de 2011.
5. El 24 de junio de 2011, junto a las alegaciones, CETM solicitó el inicio del trámite de Terminación Convencional, proponiendo compromisos a tal efecto. El 29 de noviembre de 2011 la Directora de Investigación acordó no iniciar las actuaciones tendentes a la Terminación Convencional por considerar que, desde una perspectiva sustantiva, las conductas investigadas se agotan en sí mismas. El 14

de diciembre de 2011, CETM interpuso recurso contra dicho Acuerdo que fue desestimado mediante Resolución del Consejo de 5 de marzo de 2012.

6. El 19 de junio de 2011 la DI procede a realizar una ampliación de la incoación por entender que las conductas pueden ser también infractoras del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El 26 de julio las partes presentan sus alegaciones a dicha ampliación de la incoación.
7. El 11 de noviembre de 2011 la DI realiza una ampliación del anterior Pliego de Concreción de Hechos para incluir su valoración sobre la infracción del art. 101 TFUE, y no solo del artículo 1 LDC. El 1 de diciembre de 2011 las partes presentaron sus alegaciones al nuevo PCH Complementario.
8. El 12 de marzo de 2012, tras concluir el cierre de la fase de instrucción, la DI dicta Propuesta de Resolución, que remite a las partes para sus alegaciones. El 30 de marzo de 2011 se reciben las alegaciones a la misma.
9. EL 14 de abril de 2012 la Dirección de Investigación elevó al Consejo de la CNC su Informe Propuesta de Resolución junto con el expediente para su resolución de acuerdo con el art. 50.4 de la LDC.
10. El 29 de noviembre de 2012 el Consejo dictó Acuerdo por el cual, (i) observado la comisión de un error material, fácilmente detectable (y subsanable) al tiempo de formular la concreta propuesta de resolución en el expediente de referencia, se le concedía a los interesados el plazo de 7 días para que formularan las alegaciones que a su derecho convenga, y (ii) suspender el plazo para la resolución del expediente para la remisión a la Comisión Europea de la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, hasta que por la Comisión Europea se diera respuesta a la información remitida, o transcurriera el plazo a que hace referencia el mencionado artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003. Transcurrido el plazo de un mes a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 2 de enero de 2013, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes el mismo día.
11. El 18 de diciembre de 2012 tuvieron entrada en la CNC escritos de alegaciones de TRANSCALIT y CETM.
12. El Consejo terminó de deliberar y fallar la presente resolución el día 13 de febrero de 2013.
13. Son interesados:
 - Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) y
 - Federación Catalana de Transportes de Barcelona (TRANSCALIT)

HECHOS ACREDITADOS

El Consejo considera que los hechos que a continuación se relatan son relevantes para la formación del juicio que se realiza a lo largo de los fundamentos de derecho de esta resolución.

I. Sobre LAS PARTES

1. La descripción de las partes implicadas en este expediente, según consta en el expediente, es la siguiente:

CETM

La Confederación Española de Transporte de Mercancías es una organización empresarial, de ámbito nacional¹, constituida como órgano de coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses generales y comunes del sector del transporte, la logística y actividades y servicios auxiliares de los mismos, en el ámbito de una libre asociación de empresarios, personas físicas o jurídicas, legalmente establecidas en España (fol. 686).

Es independiente de las Administraciones Públicas, de las Organizaciones Sindicales y de las Asociaciones Políticas o de otra índole ajena a los intereses por ella representados. (Art.1.3 de sus estatutos, fol.686).

Se trata de una entidad sin ánimo de lucro que reúne a más de 34.000 empresas, agrupadas en asociaciones y federaciones nacionales, regionales, provinciales, etc. Ostenta la mayoría absoluta en el Comité Nacional del Transporte por Carretera (fol. 675). La misma información constaba en la web de la Confederación, según la Resolución de 11 de abril de 2011 de este Consejo, donde con respecto a su representatividad sectorial, se informaba que contaba con *“33.786 empresas de transporte afiliadas, quienes cuentan con un parque de 121.434 vehículos, la CETM ostenta la mayoría absoluta en el seno del Comité Nacional de Transporte por Carretera (CNTC), con una representatividad del 66 por 100. El CNTC es un órgano consultivo del Ministerio de Fomento, creado en aplicación de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre (LOTT)”*.

Su máximo órgano directivo es la Asamblea General, existiendo además una Junta Directiva, así como un Comité Ejecutivo, compuesto por los presidentes de las asociaciones nacionales. Participa en diversos Comisiones y Consejos (Comisión Consultiva de la D.G. de Transportes por Carretera, del Ministerio de Fomento; Comisión del Programa de Medidas para el Transporte de Mercancías; Comisión Interministerial de Transporte de Mercancías Peligrosas; Comisión de Transportes, Medio Ambiente y Laboral-Formación de la CEOE; Comisión Asesora de Reglamentación e Inspección de Vehículos, del Ministerio de Industria y Energía, etc.)².

¹ Puede ampliar su actuación al ámbito internacional, en defensa de los intereses de sus asociados.

² <http://www.cetm.es/cetm.asp>

TRANSCALIT

La Federación Catalana de Transportes de Barcelona (TRANSCALIT), se constituye, según sus Estatutos, como órgano de coordinación, gestión, fomento y defensa de los intereses generales y comunes de los transportistas y actividades auxiliares y complementarias de transporte.

Su ámbito de actuación es la provincia de Barcelona, a cuyas empresas de transporte representa en las negociaciones del convenio colectivo junto a otra patronal y donde tiene su sede, aunque puede abrir delegaciones en todo el ámbito autonómico³ (fol. 21).

Agrupada a unas 570 empresas (integradas en varias Asociaciones), que -excepto 7- tienen su sede en Cataluña, la mayoría en la provincia de Barcelona (fol. conf. 34 a 46). Está adscrita a la Confederación Catalana de Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera (fol. 673) y a la CETM.

2. Sobre la normativa en materia de precios de transporte de mercancías por carretera en relación con el incremento de precios del gasóleo

2. Los hechos normativos acontecidos de manera previa y coetánea a la conducta, en los que debe enmarcarse el contexto jurídico de la conducta fueron:

1º.- La **OM de Fomento, de 25 de abril de 1997** (BOE del 7 de julio de 1997) establecía que, en los transportes por carretera, respecto de los que la Administración no tenga establecida tarifa, el precio será el usual para el tipo de transporte de que se trate en la plaza y momento en que el porteador haya de recibir las mercancías, salvo que las partes hubieran pactado otro distinto en los términos previstos en la condición 4.1.

2º.- **Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de junio de 2005**, por el que se adoptan medidas en el sector del transporte por carretera, publicado en el BOE de 25 de julio de 2005 por Resolución de la Dirección General de Transportes por Carreteras. En el mismo se pone de manifiesto la existencia de diversos problemas por los que atraviesa el sector del transporte por carretera, acordándose constituir diversas mesas de trabajo entre el Ministerio de Fomento y los diferentes Ministerios de Justicia, de Economía y Hacienda, del Interior, de Fomento y de Trabajo y Asuntos Sociales, en busca de una mejora de sus condiciones de transparencia y de competencia. Por lo que respecta a los precios del gasóleo, se expone en dicho acuerdo que la subida del precio del gasóleo y otros factores suponen un aumento de los costes ante los que “el sector encuentra grandes problemas para repercutirlos en los precios a sus clientes lo que dificulta el mantenimiento del equilibrio económico.”, acordándose con el Ministerio de Economía la *“Elaboración de un plan de inspección tributaria específico para el sector del transporte por carretera. Compromiso para definir las condiciones para la creación de un gasóleo profesional diferenciado del gasóleo privado, así como de los posibles procedimientos para su gestión, con objeto de poder independizar las subidas del impuesto sobre combustibles que se apliquen en uno y otro caso*

³ Art. 3º de sus Estatutos.

cuando en 2007 deba incrementarse la cuantía del impuesto, de acuerdo con los criterios de homogeneización de la normativa comunitaria.”

3º.- Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005, publicado en el BOE de 22 de octubre, por Resolución de la Dirección General de Transportes por Carretera, por el que se desarrollan y aplican distintas medidas relativas al sector del transporte por carretera, que se adoptaron en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de junio de 2005, para la mejora de las condiciones de transparencia y de competencia en el sector. En el mismo se establece que el Ministerio de Fomento modificará la OM de 25 de abril de 1997 para incluir una nueva cláusula de aplicación obligatoria, salvo pacto en contrario, en cuya virtud el porteador actualice en su factura el precio inicialmente pactado en atención al incremento del precio del gasóleo entre el momento de celebración del contrato y el de la realización del transporte, tomando como referencia los datos del precio medio del gasóleo publicados por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (MITyC) y los consumos referidos al vehículo de que se trate tenidos en cuenta en el Observatorio de Costes del Transporte elaborados por el Ministerio de Fomento.

Dispone que, a falta de acuerdo escrito y salvo prueba en contrario, se considerará como precio usual del tipo de transporte de que se trate en la plaza y momento en que el porteador haya de recibir la mercancía, el coste que para ese tipo de transporte venga determinado en el último Observatorio de Costes publicado por Ministerio de Fomento.

4º.- La OM de FOM/3947/2005, de 9 de diciembre de 2005 (BOE del 19), modificó la de 25 de abril de 1997 estableciendo que, salvo pacto expreso en contrario, el porteador podrá incrementar en su factura el precio inicialmente pactado en cuantía equivalente a la diferencia entre el precio del litro de gasóleo el día de celebración del contrato y el del momento de realizarse el transporte, multiplicada por el número de litros de gasóleo utilizados en su realización. El obligado al pago del transporte podrá exigir una reducción equivalente del precio inicialmente pactado cuando el del gasóleo se hubiese reducido. Añade que se tomará como referencia el precio medio del gasóleo en los días de que se trate, según datos publicados por el MITyC y se considerará consumo de gasóleo equivalente al que, en relación con el tipo de vehículo de que se trate, se haya tomado en consideración para determinar la evolución del coste de transporte de mercancías en el observatorio, que en su caso, haya elaborado el Ministerio de Fomento. Se trata por tanto de que cada transportista, de forma individual, pueda, si así lo considera oportuno a sus intereses, modificar el precio de su servicio en función de los cambios en el precio de los gasóleos y teniendo en cuenta, según las características de su propio vehículo, el peso que dicho input tiene en sus costes de producción publicado por el Observatorio.

3. Sobre la existencia y función del observatorio de precios del Ministerio

3. El denominado Observatorio de mercado del transporte de mercancías por carretera nace en el año 2001 y se articula mediante una publicación del Ministerio de Fomento, en cuya introducción, de su número 1, se dice:

“La publicación que ahora se presenta, el “Observatorio de mercado del transporte de mercancías por carretera” pretende dar respuesta a los requerimientos de información efectuados a la Dirección General de Transportes por Carretera desde diferentes colectivos vinculados, en mayor o menor medida, con la actividad del transporte. Este “observatorio” tiene como principal objetivo el análisis periódico de la evolución que experimenta el mercado del transporte de mercancías por carretera tanto desde la perspectiva de la oferta como desde la de la demanda, así como en lo relativo a los costes de la actividad. Con ello se persigue introducir mayor transparencia en dicho mercado y facilitar a las empresas una información precisa, en muchos casos, para la toma de decisiones empresariales.”

(...) El “Observatorio” incluye las estructuras de costes de quince vehículos definidos por sus características técnicas, pero también por el tipo de actividad a la que están dedicados. Su finalidad es servir de orientación a las empresas relacionadas con el transporte de mercancías por carretera, proporcionando elementos de juicio fiables a partir de los cuales las partes contratantes puedan acordar libremente el precio que estimen más conveniente con la certeza de estarlo haciendo sobre bases razonablemente contrastadas. Como complemento de esta información y con idéntica finalidad, en breve se pondrá en funcionamiento, a través de la hoja web del Ministerio de Fomento, el programa de simulación de costes que está siendo elaborado por la Dirección General de Transportes por Carretera, (subrayado añadido).

Y en el número 3, correspondiente al año 2002, se añadía en esa introducción:

“En un mercado, como es el del transporte de mercancías por carretera, de grandes dimensiones, con un elevadísimo volumen de transacciones anuales y en constante estado de evolución, pero caracterizado por una acusada atomización de la oferta y la demanda y, consecuentemente, falta del nivel de transparencia que sería deseable, este Observatorio de Costes pretende constituirse en punto de referencia para todas aquellas empresas que, ya sea por su reducido tamaño o por su insuficiente posicionamiento estratégico, encuentran dificultades para establecer los criterios de gestión a seguir para asegurarse una adecuada política comercial.

No debe, pues, buscarse en el Observatorio la determinación directa del precio de un determinado transporte, puesto que dicha determinación sería el objetivo propio de una tarifa, cosa que este Observatorio no es. Su finalidad es proporcionar elementos de juicio fiables a partir de los cuales las partes contratantes puedan acordar libremente el precio que estimen más conveniente con la certeza de estarlo haciendo sobre bases razonablemente contrastadas.”
(Subrayado añadido).

En el número 8, correspondiente al año 2005, y que se trabaja con costes directos actualizados a 31 de octubre de 2004, se presenta, para cada tipo de vehículo la estructura de costes directos anuales y las características técnicas, de explotación y las hipótesis de partida. Además se informa que está a disposición de los interesados, en la hoja web del Ministerio de Fomento (www.mfom.es), el programa informático de simulación de costes ACOTRAM, desarrollado por la Dirección General de Transportes por Carretera, con el cual **se puede calcular la estructura de costes de un vehículo a partir de los datos reales de cada empresa (énfasis añadido).**

Y se añade “El tercer elemento tenido en cuenta al elaborar el Observatorio de Costes, la coherencia, aconseja que la información que con él se pretende transmitir resulte fácilmente accesible para sus destinatarios y lo más completa posible. Desde esa óptica se ha pretendido, primero, que la presentación de los datos resulte directamente comprensible, aún para quién no tenga preparación financiera o contable previa; segundo, que el destinatario tenga información acerca de los puntos de partida utilizados para la elaboración de la estructura de costes tipo, para lo cual se incluyen las hipótesis de partida, y, tercero, que el destinatario del Observatorio encuentre unas indicaciones mínimas acerca de cómo podría modificar determinados aspectos de su gestión para obtener una mayor eficiencia productiva y de costes, o, lo que es lo mismo, un mejor posicionamiento en el mercado.”

A continuación se publican 15 estructuras de costes tipo para 15 tipos de vehículos de diferentes características, variando el peso del combustible en la estructura de costes desde un 27% hasta un 37%, y después se incluye un apartado de “Indicadores para la actualización de la estructura de costes tipo”. Respecto al combustible se dice: “Combustible. Se propone como criterio de actualización el incremento, desde la última actualización, del precio del gasóleo de automoción publicado por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Este precio es la media mensual, por lo que se calculará el incremento entre el mes a actualizar y el mes de la anterior actualización.” Y finalmente se publican unas tablas con una estimación del incremento medio anual de los costes directos de cada uno de los 15 tipos de vehículos. Se trata de una estimación que engloba todos los costes, no solo el del combustible. En ningún momento se ofrece un incremento medio y único referido al aumento que deberían experimentar los precios del servicio de transporte derivado de los incrementos del precio del gasóleo, ni tampoco se ofrece la repercusión concreta del combustible en estos 15 tipos. El observatorio se publica anualmente. (Folio 2961 y ss.).

4. Sobre el Comité Nacional de Transporte por Carretera

El artículo 57 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, establecía que las asociaciones de transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte por carretera, legalmente constituidas, podrían colaborar con la Administración en la realización de las funciones públicas de ordenación del sector, en la forma prevista en dicha Ley y en sus normas de desarrollo.

Por su parte, el artículo 58 de esta misma Ley crea y define el Comité Nacional de Transporte por Carretera (CNTM) como el cauce de participación integrada de las empresas del sector del transporte en las actuaciones administrativas que les afecten, configurándose dicho comité como un instrumento de colaboración del sector empresarial del transporte con la Administración Pública. Este precepto se desarrolló posteriormente por el Reglamento de dicha Ley, aprobado mediante Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en el capítulo V de su título II, y más concretamente por la Orden Ministerial de 14 de septiembre de 1993 ("Boletín Oficial del Estado" de 18 de septiembre). La estructura del CNTM venía determinada en el art. 1 de la citada Orden, enumerando las distintas Secciones que componen los Departamentos de Transporte de Viajeros y de Transporte de Mercancías, ostentando cada sección un determinado número de votos. Había 17 secciones, con un total de 240 votos. La sección 11, formada por ASTIC, ATFRIE, CETM, CONFEDETRANS, FDT, FEDATRANS, FENADISMER, FENEAC, FETRANSA, FVET, LNT, y UNIATRANCA, cuenta con 40 votos, y en el periodo 2003-2005, CETM contaba con 29 de los 40 votos de esa sección. Esta orden fue posteriormente modificada por la ORDEN FOM/1353/2005, de 9 de mayo, por la que se regula el Comité Nacional del Transporte por Carretera.

5. Sobre los HECHOS PROBADOS

4. La CETM, elaboró y difundió entre sus asociados una nota informativa fechada el 25 de abril de 2006, localizada en la sede de una empresa transitaria en inspección realizada por la Dirección de Investigación, y aportada por CETM tras el requerimiento de información de la Dirección de Investigación. Se titulaba "*Continúan los incrementos del precio del gasóleo*" (folio 675), en la que, tras referirse a la incidencia de dicho incremento en los costes del transporte, indicaba que:

"El transporte de mercancías por carretera es uno de los sectores más afectados por esta desenfrenada subida del precio del gasóleo. Por desgracia el sector no ha dispuesto del tiempo suficiente para reordenarse con la puesta en marcha de los acuerdos de octubre por lo que todavía no se ha recuperado de la crisis que sufrió por este mismo motivo durante el segundo semestre del año 2005. Esta debilidad del sector, de la que se aprovecha la mayor parte de los cargadores con el único objetivo de obtener los servicios de transporte lo más baratos posible, hace muy difícil actualizar las tarifas en función del aumento sufrido por el precio del gasóleo.

»Según el observatorio de mercado publicado por el Ministerio de Fomento y aprobado por todas las partes como instrumento de referencia para el cálculo de costes del transporte de mercancías por carretera, el incremento de un 7,6% en el precio del gasóleo debería suponer un aumento de las tarifas del 2,67%. (SUBRAYADO AÑADIDO)

»Una vez más la CETM, recomienda que las empresas de transportes de mercancías por carretera reclamen a sus clientes el cumplimiento de los acuerdos alcanzados por sus representantes el pasado mes de octubre,

actualizando las tarifas de transporte mediante la aplicación de cláusulas automáticas de revisión aceptadas por todas las partes.-De no ser así la situación de nuestras empresas será en breve similar a la del año anterior con repercusiones negativas para todos los sectores de actividad de la economía española” (fol. 675). (SUBRAYADO AÑADIDO)

5. TRANSCALIT emite circulares informativas que dirige a las empresas asociadas a la Federación a través de las distintas asociaciones federadas (fol. 19), tal y como declara su representante al requerimiento de información remitido por la Dirección de Investigación.
6. Fechada el 9 de mayo de 2006, TRANSCALIT, emitió y difundió a sus asociados la Circular 15/06 Titulada “*Transportes. Incrementos precios gasóleos*”. Circular localizada en la sede de una empresa transitoria en inspección realizada por la Dirección de Investigación, y aportada por TRANSCALIT tras el requerimiento de información de la Dirección de Investigación. El contenido era el siguiente:

“Ante la constante subida de los precios del combustible, la Confederación Española de Transportes de Mercancías (C.E.T.M.), organización a la que TRANSCALIT está afiliada, recomienda a sus organizaciones y empresas afiliadas un incremento de los precios del transporte en un porcentaje del 2,67%, al objeto de paliar el incremento de costes que genera la subida de precios del gasóleo” (fol. 227). (SUBRAYADO AÑADIDO)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Normativa de aplicación.

La conducta que la DI imputa como infracción de la LDC se ha realizado en abril y mayo de 2006, bajo la vigencia de la *Ley 16/1989, de 18 de julio, de Defensa de la Competencia*, que fue derogada el día 1 de septiembre de 2007 al entrar en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. Ambas leyes presentan identidad de los tipos infractores que regulan, por lo que sería indiferente la aplicación de una u otra norma. No obstante, la ley aplicable en cuanto a la calificación jurídica o tipificación de la conducta deberá ser la *Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, y no tanto por ser la vigente hasta el 31 de agosto de 2007, sino porque dicha regulación le sería más favorable a tenor de la introducción del artículo 63.1 de la nueva LDC, en virtud del cual el volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros, frente al límite máximo definido en la anterior legislación, de 901.518€ por ser una asociación que por su actividad carece de cifra de negocios. La incoación del expediente correspondiente se ha producido el 3 de mayo de 2011, estando ya en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de*

julio, de Defensa de la Competencia, motivo por el cual el expediente se ha tramitado conforme a lo dispuesto por esta última Ley.

Asimismo, se entiende que cuando la conducta analizada sea apta para afectar el comercio entre los Estados Miembros de la Unión Europea la misma es susceptible de infringir el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en sus artículos 101 y 102.

SEGUNDO.- La Conducta Imputada.

La Dirección de investigación comienza por recordar que la LDC prohíbe en su artículo 1.1 *“...todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

- a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.”*

Y que “La resolución del Consejo de la CNC, de 11 de abril de 2011, que ordenó la incoación del expediente de referencia, recuerda, en su Fundamento de Derecho Tercero, la reiterada jurisprudencia del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y del propio Consejo, ratificadas por la doctrina de la Audiencia Nacional, sobre la posible ilicitud de las recomendaciones, indicaciones o consejos que desde una asociación reciben los operadores de mercado pertenecientes a ella si, incluso no siendo vinculantes, propician una pauta común de comportamiento, apta para generar efectos anticompetitivos en el mercado, sin que sea necesario que la conducta restrinja efectivamente el mercado, pues basta que tenga aptitud para ello.

En particular, el Consejo de la CNC valora el carácter objetivamente anticompetitivo de una recomendación mediante el análisis de factores tales como el contenido de la recomendación, quién la efectúa y su difusión (fol. 3651).”

Centrándose en los hechos contenidos en el expediente, la Dirección de Investigación observa que (i) la recomendación contenida en la nota informativa de la CETM de 25 de abril de 2006 llega a cuantificar el porcentaje en el que debería incrementarse el precio del transporte para paliar el incremento del coste del gasóleo; y (ii) que dicho porcentaje es el que también cita la circular 15/06 de TRANCALIT.

Por lo que se refiere a los autores de la conducta supuestamente restrictiva, valora que la CETM, que recomendó repercutir el incremento del coste de gasóleo en el precio del transporte, reúne a más de 34.000 empresas y es mayoritaria en el Comité Nacional del Transporte por Carretera, y que TRANSCALIT, que contribuyó a difundir dicha recomendación, agrupa a más de 500 empresas y tiene gran implantación en Barcelona, a cuyas empresas de transporte representa en las negociaciones del convenio colectivo.

Ambas han difundido entre sus asociados las recomendaciones descritas anteriormente, la CETM lo ha hecho entre sus asociadas, como nota informativa y TRANSCALIT entre las suyas, como circular.

Y concluye que: *“Todo ello convierte a estas recomendaciones en aptas para restringir la competencia en el mercado, pues tienen por objeto propiciar una pauta común de comportamiento por parte de sus asociadas, al contener estimaciones cuantitativas concretas de los incrementos que deben repercutirse en los costes, recomendarse su aplicación, así como, en el caso de la nota informativa, la inclusión de una cláusula contractual sobre nuevas variaciones del precio, además de ir dirigidas a un amplio colectivo empresarial.”*

Consecuentemente valora que TRANSCALIT y CEMT son responsables de una infracción del art.1. CEMT por elaborar y difundir la nota informativa de 25 de abril de 2006, recomendando a las empresas de transportes de mercancías por carretera la repercusión del precio del gasóleo en las tarifas aplicadas a sus clientes. TRANSCALIT por difundir entre sus asociados la circular 15/06, de 9 de mayo de 2006, informando de que CETM, ante la constante subida de los precios del gasóleo, recomendaba a sus asociaciones y empresas afiliadas el incremento de los precios del transporte en un 2,67%,

Tras valorar la aptitud de esta conducta para infringir las normas de competencia, observa que la misma es igualmente apta para afectar el comercio intracomunitario, por lo que procede a ampliar la incoación de la conducta como posible infractora del art. 101 TFUE, recordando que *“la Comunicación de la Comisión Europea sobre Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado⁴ (actuales 101 y 102 del TFUE) señala, a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria, que el comercio entre Estados miembros abarca toda actividad económica transfronteriza, en coherencia con el objetivo fundamental del Tratado de promover la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales (§ 19). Las Directrices establecen que la evaluación de los efectos de un acuerdo o práctica sobre el comercio intracomunitario se basa en factores objetivos, no siendo necesario que exista una intención subjetiva por parte de las empresas implicadas en dichos acuerdos o prácticas (§ 25), ni que los mismos vayan a producir o hayan producido efectos, bastando con que “pueda” producirlos (§ 26).*

Todo lo cual la lleva a concluir que *“A juicio de la Dirección de Investigación, los criterios de evaluación establecidos en la Comunicación de la Comisión se cumplen en el presente expediente. Efectivamente, la actividad de transporte de mercancías por carretera llevada a cabo por los miembros de CETM y TRANSCALIT tiene carácter transfronterizo y dimensión comunitaria, tal y como como se deduce de la propia documentación que obra en el expediente. Así, CETM (a través de una sociedad de servicios creada a tal efecto o de su Dirección de Relaciones UE y Normativa) remite periódicamente notas informativas o circulares a sus asociados, entre los que figura TRANSCALIT, que se refieren a la actividad del transporte de mercancías por carretera en los Estados miembros de la Unión Europea. En concreto, CETM ha remitido información sobre servicios en autopistas en dichos*

⁴ D.O.U.E. de 27.04.2004.

Estados (fol.1118); sobre las novedades en el transporte de mercancías por carreteras que discurren por territorio comunitario o sobre las actuaciones de la Comisión Europea en este sector (fol. 1350-1353, 1368-1371, 1395-1398, entre otros); así como sobre restricciones a la circulación en diversos Estados miembros (fol. 1149, 1392-1393, 1406, 1420, entre otros), entre otras.

En este contexto, es evidente que las recomendaciones y comunicaciones dirigidas por CETM y TRANSCALIT a sus asociados para que incrementasen las tarifas aplicadas a sus clientes como consecuencia de las subidas de los precios del gasóleo pudieron tener una influencia en las corrientes comerciales entre los Estados miembros, al suponer un incremento del coste de transporte de mercancías cuyo destino final podía ser cualquier Estado miembro de la Unión Europea y que, en última instancia, sería repercutido a los consumidores mediante un aumento de precios.”

En definitiva, que considera que la infracción cometida por TRANSCALIT y CETM al artículo 1 LDC es también una infracción al artículo 101 TFUE.

No obstante, en el epígrafe de la IPR, donde consta, tras toda la acreditación de hechos y valoración de la DI, la propuesta formal, no se transcribe la referencia a la infracción que corresponde al art. 101 TFUE, y solo se dice:

Primero. Que se declare que la conducta de CETM consistente en elaborar y difundir la nota informativa de 25 de abril de 2006, recomendando a las empresas de transportes de mercancías por carretera la repercusión del precio del gasóleo en las tarifas aplicadas a sus clientes constituye una infracción tipificada en el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989.

Se considera responsable de dicha infracción a la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM).

Segundo. Que se declare que la conducta de TRANSCALIT consistente en difundir entre sus asociados la circular 15/06, de 9 de mayo de 2006, informando de que CETM, ante la constante subida de los precios del gasóleo, recomendaba a sus asociaciones y empresas afiliadas el incremento de los precios del transporte en un 2,67%, constituye una infracción tipificada en el artículo 1.1.a) de la Ley 16/1989.

Se considera responsable de dicha infracción a la Federación Catalana de Transportes de Barcelona (TRANSCALIT).

Tercero.- Que se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 53 de la LDC.

TERCERO.- Alegación preliminar sobre la imputación por art.101 TFUE.

Antes de proceder a la valoración de la ilicitud de la conducta por parte de este Consejo es preciso dar respuesta a las alegaciones presentadas por CETM y TRANSCALIT, en idénticos escritos, planteando que el acuerdo adoptado el 29 de noviembre de 2012, por el cual se les da un plazo de siete días para presentar alegaciones ante la subsanación del error material contenido en el IPR al no constar la cita del art. 101 TFUE en el punto Primero de su Propuesta de Resolución, es de

facto una recalificación de una conducta sin seguir el procedimiento que la LDC establece en el art. 51.4. para ello, lo cual le genera indefensión. Considera que la recalificación ha sido vestida como un acto de subsanación de error de la Dirección de Investigación cuando ni por la LDC ni por la Ley 30/1992, como supletoria, tiene capacidad para ello. Interpreta que el artículo 53 no contempla la posibilidad de que el Consejo corrija errores materiales de la DI, y que el artículo 105 de la Ley 30/1992, define como errores materiales aquellos “de hecho o aritméticos”, y el 106 excluye la posibilidad de revisión de los actos administrativos cuando ello pueda afectar al derecho de defensa de particulares.

Considera que no se trata de un error, puesto que ni en la PR ni en el IPR la DI hace una imputación por art. 101 TFUE, y por consiguiente el que el Consejo si considere que hay imputación de esta norma es una recalificación. Y que el trámite dado para alegaciones ante esta supuesta subsanación de errores no es de utilidad efectiva alguna porque se otorga una vez que el Consejo ya ha decidido el envío a la Comisión Europea sobre la base del art. 11.4 del Reglamento Comunitario 1/2003, y por tanto ya se ha adoptado la decisión respecto a la cuestión sometida a su consideración.

Concluyen con que (i) el procedimiento seguido por el Consejo infringe lo dispuesto en el artículo 51.4 LDC y en consecuencia viola las garantías procesales de CETM y de TRANSCALIT; (ii) tal atropello procesal no solo carece de justificación alguna sino que además resulta absolutamente gratuito, en tanto en cuanto el Consejo disponía de plazo suficiente para poder efectuar la recalificación de conformidad con el artículo 51.4 LDC dentro del plazo de resolución de 18 meses conforme al artículo 36.1 LDC; y (iii) el Acuerdo del Consejo de 29 de noviembre de 2012 es un episodio más de la deficiente actuación de la esa Comisión –“*dicho sea con el debido respeto*”- en la tramitación de un expediente sancionador que se ha dilatado escandalosamente en el tiempo, siendo así que la conducta presuntamente restrictiva imputada a CETM se refiere a una única nota informativa de abril de 2006, hace más de 6 años, que su descubrimiento se produjo a finales de 2008, hace más de 4 años, como consecuencia de unas inspecciones que tenían por objeto, además, la averiguación de la existencia de conductas contrarias a la competencia completamente diferentes que las que en este procedimiento se están enjuiciando - por lo que consideran que cabe alegar la nulidad de las actuaciones por clara extralimitación en los poderes de investigación, conforme a lo señalado recientemente por el Tribunal General de la Unión Europea, en su sentencia de 14 de noviembre de 2012, *Nexans France SAS y Nexans SA contra Comisión Europea*, que el trámite de información reservada se inició en enero de 2010 y que finalmente se incoó el expediente sancionador en mayo de 2011 (16 meses de información reservada), etc., siendo TRANSCALIT y CETM, las principales perjudicadas de la falta de diligencia de la administración.

El Consejo discrepa de la valoración que a CETM y TRANSCALIT le merece el acuerdo de 29 de noviembre de 2011. Aplicando la interpretación más lógica de las actuaciones llevadas a cabo por la DI, no puede sino concluirse que se ha producido un error material. Repasando estos hechos tenemos: (i) la Dirección de Investigación incoa un expediente sancionador por infracción de art. 1 LDC; (ii) se dicta y notifica un PCH por infracción del art. 1 LDC; (iii) acto seguido se amplía la incoación por

infracción del art. 101 TFUE; (iv) se dicta un PCH complementario imputando por infracción del art. 101 TFUE; y (v) en el IPR la DI contesta a las alegaciones que las partes han presentado sobre la infracción del 101, incluso en el capítulo de efectos de dicho IPR, para valorar los posibles efectos de la conducta, vuelve a precisar la existencia de los efectos intracomunitarios. Por todo ello, y aunque como alegan no consta la imputación en los apartados X y XII, no se puede ignorar que: (i) la DI ha realizado una segunda incoación, solo para analizar la posible infracción del 101, (ii) ha emitido un PCH complementario ampliando la imputación inicial al 101 TFUE, (iii) ha contestado en la PR a las alegaciones al segundo PCH o PCH complementario, (iv) ha insistido en dicho IPR en la afectación comunitaria, y (v) no hay ni una sola mención en el IPR a que en contra de lo sostenido en el PCH complementario, no aprecie la afectación intracomunitaria que le llevó a emitir ese segundo PCH complementario. Consecuentemente con estos hechos, al Consejo no le cabe sino concluir, aplicando el razonamiento más lógico, que la ausencia de la imputación formal en el apartado correspondiente se debe a un error material.

Y respecto a la supuesta violación de las garantías procesales, las partes han tenido ocasión, y lo han hecho, de alegar en contra de la imputación por art.101 TFUE, en tres ocasiones: ante la ampliación de la incoación, ante el PCH complementario dictado por la DI, y ante este Consejo mediante el trámite de alegaciones que se le dio tras el acuerdo de 29 de noviembre, por lo que no se aprecia donde reside la violación de las garantías procesales. En cuanto a la mención sobre la gratuidad de este acuerdo, hay que señalar que el acuerdo no se tomó teniendo en cuenta si existía o no plazo suficiente, -siempre lo hay, puesto que el proceso de recalificación suspende el plazo de resolución- sino porque no tratándose de una recalificación, sino de una subsanación de errores, no cabía otro procedimiento.

Por último, sobre la causa de nulidad por la dilatación de tiempo en fase de Diligencias Previas, en ningún caso puede ser admitido, pues ni se ha incumplido el plazo para la instrucción y resolución, ni se había producido la prescripción en el momento de la incoación, por mucho que la parte valore que haya sido una escandalosa dilatación en el tiempo. En este sentido se ha pronunciado el TS en sentencia de 26 de diciembre de 2007, reconociendo que la mayor o menor duración de la fase preliminar no lleva aparejada la caducidad del procedimiento ulterior, como cita la AN en su reciente sentencia de 29 de octubre de 2012, en la que insiste en que *“(...) no existe límite temporal a las actuaciones previas, más allá de la prescripción de la infracción de que se trate, ya que en tanto no se inicie el procedimiento sancionador no se interrumpe el plazo de prescripción (...)*.

Por otro lado, no puede olvidarse la existencia de hechos tan determinantes de dicho espacio temporal utilizado entre la denuncia y la incoación del procedimiento sancionador, como que (...) tras realizar las diligencias correspondientes, la Dirección de Investigación elevó al Consejo una propuesta de archivo.”, circunstancia que concurre igualmente en este caso.

CUARTO.- Alegaciones de las partes.

CETM y TRANSCALIT han presentados idénticos escritos de alegaciones, al que TRANSCALIT ha añadido su falta de responsabilidad en la infracción porque no hay independencia de comportamiento, y su conducta fue de mera difusora.

Alegan, como ya hicieran ante el PCH que: (i) No puede aceptarse la calificación que efectúa la DI de que la Nota Informativa de CETM es contraria a la normativa de defensa de la competencia por el objeto, puesto que no toda recomendación colectiva, incluso sobre precios u otras condiciones comerciales, la tiene, (Vid. Expediente S/0290/10 Asociaciones de Ganaderos); (ii) que la recomendación no es apta para restringir la competencia, habida cuenta del contexto jurídico y económico en el que fue emitida. (Apartados 9 y ss. del escrito de alegaciones al PCH); y (iii) En cualquier caso, la conducta no es culpable y, por tanto, tampoco sancionable, dado que las empresas actuaron en la confianza (legítima) de que actuaban amparados por la Administración (Apartados 33 y ss. del escrito de alegaciones al PCH).

Y continúa sus alegaciones, para el caso de que el Consejo decida que estamos ante una recomendación prohibida por el artículo 1.1. a) de la Ley 16/1989, señalando como eximentes de una eventual multa: (i) la total ausencia de efectos en el mercado de la conducta; (ii) la muy limitada vigencia de una recomendación que, como la DI y el Consejo han señalado al denegar la solicitud de iniciación de las actuaciones tendentes a la Terminación Convencional, ha sido puntual y se ha agotado en sí misma; y (iii) la falta de culpabilidad de CETM y TRANSCALIT en la comisión de la supuesta infracción.

Sobre la ausencia de efectos en el mercado alegan la obligación de la DI de analizar los efectos en la propuesta de resolución, que en este caso no se ha cumplido, siendo en su opinión un elemento esencial para poder determinar la gravedad de la eventual infracción y, con ello, adecuar la sanción económica que corresponda. Citan la comunicación de sanciones y jurisprudencia comunitaria en el sentido de la relevancia de los efectos a la hora de determinar la sanción correspondiente a una infracción de la normativa de competencia.

Debe este Consejo recordarle a las partes que ante una infracción objetivamente contraria al artículo 1 LDC y 101 TFUE, como es la que aquí se analiza en el siguiente Fundamento de Derecho, ésta debe ser valorada como una infracción por objeto, en cuyo caso la ausencia de efectos acreditados reales, como sería el caso, no es un presupuesto exigible para declarar la existencia de una infracción e imponer una sanción económica, siendo suficiente la apreciación de un efecto potencial en la conducta. Dicha falta de acreditación de efectos deberá tenerse en cuenta, no obstante, como uno más de los criterios a tener en cuenta en el cálculo de la infracción, como el art. 64.1.c) determina, junto a otros criterios como la gravedad de la infracción, la duración de la misma, etc., de tal forma que la acreditación de los efectos debería ser tenida en cuenta como un factor relevante para imponer sanciones superiores a la que cabría imponer en ausencia de tal acreditación. Y en cuanto a la doctrina comunitaria, dadas las alegaciones presentadas parece procedente citar las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, en concreto cuando en su párrafo 23 recuerda que: “E/

artículo 101, apartado 1, prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1”, y en el párrafo 24, respecto a las Restricciones de la competencia por el objeto, cuando añade que: “Se entiende por restricciones de la competencia por el objeto aquéllas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1. Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado.”

Argumentan que “la recomendación no añade nada nuevo a la situación competitiva preexistente en el mercado, dado que ya se había acordado entre transportistas, cargadores, y Administración, la conveniencia de incluir una cláusula de revisión de precios en línea con la recomendación que aquí se enjuicia. Esto es, ya existía una recomendación en este sentido que, además de venir amparada por la Administración, contaba con el consentimiento de las supuestas víctimas, los Cargadores”.

Añaden que el hecho de que la misma recomendación efectuada por CETM se haya recogido finalmente en una Ley prueba que los efectos de la recomendación en el mercado no pueden ser en ningún caso perjudiciales para la competencia.

Para evitar confusiones, intencionadas o no, debe aclararse que estas alegaciones versan sobre una conducta que no es la conducta principal analizada en este expediente, pues ésta no se refiere a la sola recomendación de que se incluyan en los contratos cláusulas de revisión de precios, sino que se hayan elaborado y difundido recomendaciones de que todos los transportistas apliquen un incremento en el precio de sus servicios del 2,67%, lo que a todas luces es una recomendación de un incremento concreto del precio final del servicio en el que todos los transportistas compiten. Una cosa es instar a la Administración para que, en aras de una mayor transparencia y unas mejores prácticas de los operadores, ésta incluya en una Ley la posibilidad de que los contratos incluyan una cláusula -libremente pactada entre las partes firmantes- de revisión del precio de contrato ante incrementos de los inputs productivos, que es lo que contemplaba el Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005, que se plasmó primero en la OM de FOM/3947/2005, de 9 de diciembre de 2005 y que finalmente fue incluido en la Ley 15/2009 de 11 de noviembre, de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, y otra muy distinta la conducta infractora consistente en que desde una asociación se recomiende, en un momento concreto, que sus asociados apliquen a sus clientes un incremento de un 2,67%. Lo primero, que se traduce en que las partes puedan incluir de mutuo acuerdo una cláusula de revisión de precios, no implica que automáticamente todos los transportistas de una determinada asociación, se vean conminados a aplicar una concreta subida de precios, uniformando así las concretas condiciones comerciales que deben ser sometidas al libre acuerdo entre las partes, lo segundo claramente sí.

Es decir, las alegaciones faltan a la verdad cuando pretende que la recomendación por la que se imputa a CETM y TRANSCALIT en este expediente habría sido recogida en una Ley, que además habría sido aprobada en 2009 y la conducta realizada en 2006, pues lo que la Ley recoge es la inclusión de la cláusula de

revisión de precios en los contratos, pero no que los precios deban ser incrementados en la fecha y cuantía que determinadas asociaciones establezcan y comuniquen mediante circular, porque ésta y no otra es la conducta que se sanciona, y en segundo lugar, a mayor abundamiento, el que tal conducta hubiese sido incluida en una ley no significa que no pueda ser anticompetitiva, sino simplemente que la conducta, independientemente de sus efectos, tendría amparo legal.

Con respecto al gráfico aportado en el que se representa la evolución del precio medio sin IVA por Km y los costes directos por km del observatorio de precios, del que se debe concluir que la nota informativa no tuvo efecto, debe insistirse en que la no acreditación de efectos no es un presupuesto para la no acreditación de una infracción por objeto, y precisamente en la Resolución que citan para ilustrar sus conclusiones, la RCNC S/044/08 Propollo de 29 de septiembre de 2009, el Consejo no consideró que efectivamente se hubiesen acreditado efectos en base a un gráfico de la misma naturaleza, pero si se consideró acreditada una infracción por objeto. Y ello porque una cosa es que de una relación entre dos variables no se pueda establecer una determinada causalidad de cara a acreditar un efecto, y la otra muy distinta es que esa falta de acreditación signifique una acreditación de que no ha habido una conducta infractora.

En cuanto al resto de alegaciones, centradas en que les debe ser de aplicación el principio de confianza legítima, se basan en la ausencia de culpabilidad como eximente o como atenuante; la autorización o la inducción a la realización de prácticas anticompetitivas por las administraciones públicas; y la autorización o la inducción a la realización de prácticas anticompetitivas por parte de la normativa aplicable. En la defensa de las mismas citan una serie de jurisprudencia que pretenden aplicable al caso, ignorando que las actuaciones en las que las Administraciones Públicas han podido intervenir en el contexto temporal previo y coetáneo a la infracción analizada en este expediente no pueden amparar las recomendaciones colectivas que desde CETM y desde TRANSCALIT se han hecho a los asociados para uniformizar sus comportamientos respecto a una variable competitiva básica como es el precio, pues la recomendación versaba sobre un concreto incremento de precios.

Pretenden que CETM y TRANSCALIT fueron meras partes intervinientes en las negociaciones junto con el Ministerio y los cargadores, así como junto a otras asociaciones que integran el Comité Nacional de Transportes por Carretera.

Dada la notable confusión que las alegaciones contienen sobre el papel de la Administración en las medidas por ella acometidas y la conducta infractora, el Consejo considera que es imprescindible valorar el contenido y alcance de las actuaciones de la Administración previas al momento de ocurrencia de la conducta analizada en este expediente.

En el momento de los hechos analizados, el transporte de mercancías por carretera no estaba sometido a regulación alguna en materia de precios, como acreditan los hechos de este expediente. Tratándose de un sector muy atomizado, y con el objeto de introducir transparencia y facilitar a los transportistas individuales la labor de estimar una estructura de costes lo más acorde posible a las características

específicas de cada uno de ellos, en 2001 se crea el “Observatorio de mercado del transporte de mercancías por carretera”, donde de manera periódica se publican datos, tanto de oferta como de los costes de su actividad. Los datos más elaborados se centran en los costes tipo de 15 categorías de vehículos, con el objeto de que sirvan de guía a cada empresario de forma individual en la estimación de sus propios costes, sobre los que deberá después estimar el precio del servicio que presta que más se aproxime a su beneficio esperado. Además de los datos de esta publicación, el empresario individual tenía también disponible a través de la web del Ministerio de Fomento, un programa de simulación de costes. En definitiva, la Administración había puesto a disposición de los empresarios de transporte por carretera de mercancías una serie de herramientas de ayuda para que cada uno de ellos pudiera obtener una estimación de sus costes particulares lo más ajustada a las especificidades de su propio negocio.

En cuanto a la mención sobre el denominado Comité Nacional de Transporte de Mercancías (CNTM), debe recordarse que se trata de un órgano privado, en el que estaban representados todos los colectivos relacionados o afectados por la actividad de transporte de mercancías por carretera, cuya finalidad es servir como instrumento de colaboración del sector empresarial del transporte con la Administración Pública. Consecuentemente, aun cuando la decisión de recomendar a los transportistas un incremento del 2,67% se hubiera acordado en dicho comité, de lo cual no consta ningún indicio en este expediente, ni las partes han aportado prueba alguna, ello no podría amparar, como las partes pretenden una conducta prohibida por la legislación de competencia, ni puede por tanto invocarse la aplicación del principio de confianza legítima.

Por lo que respecta a los mencionados Acuerdos de Consejo de Ministros de 2005 y las correspondientes órdenes ministeriales, o incluso la Ley 15/2009, debe aclararse que el tema objeto de todas estas disposiciones, y a propuesta del propio sector, precisamente mediante instrumentos como el CNTM, fue únicamente la incorporación a los contratos firmados entre transportista y cliente de una cláusula de revisión del precio pactado cuando el precio de un input básico como el combustible, experimentara variaciones de una cierta entidad, por cierto que dicha cláusula debería aplicarse tanto a favor del transportista, cuando se produjese un incremento de dicho input, como del cliente, cuando experimentase una reducción. Esta es la negociación mantenida con la Administración, con el conocido final de la inclusión de la citada cláusula en los contratos de servicios, que como puede verse, nada tiene que ver con fijar y recomendar colectivamente la aplicación de un incremento determinado del precio del transporte de mercancías por carretera, por mucho que éste incremento pretendiese basarse en incrementos del precio del combustible.

Con todo lo argumentado, debe rechazarse también la pretendida alegación de las partes respecto al reconocimiento por parte del TJUE de que la existencia de una normativa nacional que fomenta o facilita comportamientos autónomos de las empresas contrarios a la competencia, ha de ser tenida en cuenta por la Comisión Europea como circunstancia atenuante a la hora de imponer la sanción que corresponda, (STJ de 9 de septiembre de 2003, asunto C-198/01, *Conorzio Industries Fiammiferi y Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*). No se

aprecia como la actuación de la Administración en este caso, puede pretenderse que fomenta o facilita la recomendación de incremento de precios efectuada por CETM y TRANSCALIT, como prueban los hechos acreditados en este expediente. Ni cuando ha considerado ajustado a derecho, apoyar y finalmente incluir en una Ley una cuestión que obviamente no requiere, para su legalidad, que sea explicitado en una Ley sectorial, como es la introducción en los contratos entre partes, de una cláusula de revisión de precios, cláusula que se introduce en numerosos contratos entre partes en infinidad de sectores y actividades comerciales sin que se requiera que la Administración se pronuncie sobre su legalidad (porque lo es), idoneidad o pertinencia, ni tampoco mediante la formación del observatorio de precios, instrumento que pretende ofrecer a los transportistas la información más adecuada y actualizada de la variaciones de precios de ciertos productos que suponen un coste de producción para los transportistas, con el fin de que estos, puedan, a título individual calcular la repercusión en sus propios costes de las variaciones de precios de esos inputs, y tener la mayor información posible para negociar con sus clientes los precios que mejor se adapten a sus intereses empresariales.

Por el contrario, la finalidad de las circulares emitidas es que todos los transportistas, independientemente del tipo de servicio que presenten, y de la estructura de costes que presente cada uno de ellos, ofrezcan a sus clientes idénticos incrementos del precio del servicio, eliminando así un elemento básico para competir entre ellos por atraer la mayor cantidad de demanda posible. Por todo ello, no puede admitirse ni que la Administración haya inducido ninguna conducta anticompetitiva, ni que la conducta responda a una interpretación razonable de las normas y acuerdos sectoriales en vigor (en particular, los Acuerdos suscritos en junio y en octubre de 2005, así como la Orden FOM/3947/2005, de 9 de diciembre, que modifica la Orden de 25 de abril de 1997, por la que se establecen las condiciones generales de contratación de los transportes de mercancías por carretera).

Es además importante aclarar que tanto la creación del observatorio de costes como los Acuerdos de Consejo de Ministros de 2005 y la posterior inclusión en la norma sectorial de la cláusula de revisión de precios con las variaciones de precios del gasoil, son actuaciones de la Administración en respuesta a la innegable difícil situación por la que el sector del transporte, como otros muchos sectores económicos de la economía española, atraviesan en los últimos años. Y que esas son las respuestas máximas y dentro del respecto a las normas de competencia dadas por la Administración a unas demandas del sector incompatibles no solo con la legislación de competencia, sino con el actual marco regulatorio existente, como eran la pretendida fijación de precios mínimos por parte de la Administración, ignorando completamente que el sector del transporte por carretera es un sector liberalizado, sometido a las leyes de la oferta y demanda que rigen un sector liberalizado en una economía de libre mercado.

En último lugar, debe igualmente rechazarse la alegada falta de responsabilidad de TRANSCALIT en esta conducta, pues aun cuando no hubiese sido la autora material de la estimación del incremento recomendado, el 2,67%, es claro que, teniendo libertad para no haberlo difundido, puesto que se trata de una federación independiente, lo hizo.

QUINTO.- La naturaleza anticompetitiva de la conducta.

La presente resolución debe determinar si los hechos acreditados en el expediente constituyen, como la DI propone, una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 TFUE imputable a TRANSCALIT y CETM.

Estamos ante una conducta realizada por dos federaciones de asociaciones empresariales que no son sino una recomendación hecha por sus máximos representantes al colectivo que se asocia en las mismas, con el objeto de que los miembros de dicho colectivo, transportistas de mercancías por carretera, competidores en el mismo mercado, aplicasen a sus clientes un incremento en el precio de sus servicios del 2,67%. CETM se refiere incluso a tarifas, no a precios.

Es doctrina consolidada, nacional y comunitaria, que la recomendación de precios, o de sus incrementos, por el contenido, la forma y la difusión de la recomendación puede ser estimada como una conducta objetivamente idónea para restringir la competencia. En el caso que nos ocupa, tanto por su contenido, como por quien la realiza y por su difusión estamos ante una valoración de este tipo.

La CETM, es la federación nacional que engloba a todas las demás asociaciones y federaciones de asociaciones del sector del transporte por carretera de mercancías. En total representa del orden de 34.000 empresas de transporte, lo que precisamente le ha otorgado una mayoría absoluta en el seno del denominado Comité Nacional del Transporte de Mercancías, quien traslada a la Administración las inquietudes, preocupaciones y problemas del sector, así como las propuestas de cambios regulatorios que estima pertinentes a los intereses que representa. Es innegable pues que se trata de un órgano con influencia tanto sobre sus asociados, como sobre instancias representativas del sector ante la Administración. En buena lógica cabe pues estimar que una nota informativa por ella elaborada será seguida por sus asociados, y una nota donde se incluyen instrucciones precisas, como son: (i) que apliquen las cláusulas de actualización del precio del servicio y (ii) que incrementen un 2,6% las tarifas, refiriéndose a los precios del servicio, que deberían ser precios libres, tendrá efectos anticompetitivos, al reducir la incertidumbre sobre el comportamiento de unos y otros, pues lo esperable es que la mayoría apliquen una subida, y que ésta sea del orden del 2,6%.

Es además importante destacar que el contenido de la Nota informativa elaborada y difundida por CETM, falseando la realidad, intenta situar la procedencia de tal subida general en la Administración, a través de su Observatorio de Costes. Como ya se ha mencionado antes las publicaciones del Observatorio contienen una quincena de tipos de estructura de costes, y la variación mensual de los precios de los combustibles, por lo que a partir de estos datos se podrán obtener quince variaciones de costes de los quince tipos de transporte con que cuenta el observatorio, pero lo que no contiene el Observatorio, en ninguna de sus publicaciones, es un incremento determinado de los precios de los servicios de transporte, como pretende CETM en su nota. Los datos ofrecidos por el Observatorios son 15 tipos de incrementos de costes de producción, sin diferenciar que parte de la variación le corresponde a cada uno de los factores de producción. Es radicalmente falso, como dice la nota que: *“Según el observatorio de mercado*

publicado por el Ministerio de Fomento y aprobado por todas las partes como instrumento de referencia para el cálculo de costes del transporte de mercancías por carretera, el incremento de un 7,6% en el precio del gasóleo debería suponer un aumento de las tarifas del 2,67%. Nada se dice en el Observatorio en estos términos, ni parecidos. Para pasar de quince variaciones, como las que se derivarían de aplicar la misma variación en el precio del gasoil a las quince tipos de costes, habría que hacer una media, aritmética o ponderada, de dichos quince valores, algo que parece haber hecho la CETM, pero que en ningún caso ha sido elaborado en el Observatorio del Ministerio de Fomento. Media que además no tiene sentido económico alguno, pues dependiendo del tipo de vehículo, recorrido, carga, etc., la repercusión de la variación del precio del combustible en cada transportista será distinta, pudiendo ser mayor que ese 2,67% o menor. Además la decisión de repercutir o no la variación real debería ser tomada individualmente por cada transportista, en función de sus intereses empresariales.

Por lo que respecta a TRANSCALIT, su representación regional abarca Cataluña, zona de amplia actividad de transporte, dada la infraestructura portuaria de Barcelona, por lo que el alcance de la conducta no es despreciable. Es además indudable que una vez recibida la nota informativa de la CETM, procedió a confeccionar una circular con el contenido de dicha nota, y que dicha circular fue difundida entre sus asociados, contribuyendo con ello a la difusión, al menos en Cataluña, de las directrices marcadas por CETM. En concreto decía la circular: *“Ante la constante subida de los precios del combustible, la Confederación Española de Transportes de Mercancías (C.E.T.M.), organización a la que TRANSCALIT está afiliada, recomienda a sus organizaciones y empresas afiliadas un incremento de los precios del transporte en un porcentaje del 2,67%, al objeto de paliar el incremento de costes que genera la subida de precios del gasóleo”*. Con estas actuaciones se manda el mensaje de que no hay lugar para la negociación del precio entre oferentes y demandantes. Y si bien no se trata pues de uniformar precios, es decir, no se trata de una recomendación colectiva en el sentido de imponer el mismo precio final de venta al público, sí que se intenta conseguir una pauta común, pauta que lleva a concluir que si todos repercuten dicho incremento, no habrá una lucha competitiva por los clientes.

En definitiva, dado quien realiza la conducta, el contenido de la nota y de la circular, y la difusión que ambas han tenido, el Consejo no puede por menos que apreciar la ilicitud de la conducta, pues la misma es apta para restringir la competencia entre los transportistas de mercancías por carretera, debiendo pues, aun en ausencia de efectos acreditados, declarar que se ha infringido el art.1 LDC y el art.101 TFUE, dada la afectación comunitaria que esta actividad, por su naturaleza, genera, como la DI ha argumentado.

Que no se hayan acreditado efectos en la instrucción realizada, no puede llevar a la conclusión de que no los haya habido, ni que la conducta no tenga la potencialidad de generar efectos. La falta de acreditación de efectos en nada desvirtúa que la naturaleza de la conducta es objetivamente anticompetitiva.

CETM alberga a la mayoría de las asociaciones de transportistas, y es razonable y plausible suponer que si TRANSCALIT, asociación que opera solo en el ámbito de

Cataluña, recibió la nota, también el resto de asociaciones que forman parte de CETM.

De todo lo expuesto resultan responsables de la conducta ilícita la Confederación Española de Empresas de Transporte, CETM, por la recomendación de precios consistente en la elaboración y una difusión primera de la nota informativa y TRANSCALIT por la difusión de esta recomendación mediante circular elaborada al efecto.

SEXTO.- El cálculo de la sanción.

Estamos ante una infracción del art.1 LDC y 101 TFUE, cuyos responsables se hacen merecedores de una sanción económica. La conducta ocurrió en 2006, y por las razones expuestas en el primer fundamento de derecho, esto es, que los límites cuantitativos de aplicarse los artículos 65.3 y 4 62.4.a) de la Ley 15/2007 serían considerablemente superiores al límite de 901.518,16 euros que establece el art.10 de la Ley 16/1989, ésta última será la Ley de aplicación.

El Consejo considera que, cuando menos, cabe apreciar la existencia de negligencia en la conducta de CETM y TRANSCALIT, conducta objetivamente apta para distorsionar la competencia en el mercado o mercados en los que operan sus asociados.

Se deben tener en cuenta los criterios marcados por el Art. 10, como la naturaleza de la conducta, que en este caso es una recomendación colectiva calificada como muy grave; la representación, CETM tiene una representación nacional y TRANSCALIT regional; la duración, son conductas con una acreditación puntual, y la ausencia de acreditación de efectos. Igualmente el Consejo considera que deben ser también tenidas en cuenta el nivel de sanciones impuestas por la CNC en contextos temporales próximos en conductas comparables a la aquí analizada y sancionadas previamente por la CNC.

Valorando todas estas circunstancias el Consejo considera proporcionado fijar una sanción de 50.000€ (cincuenta mil euros) para CETM y de 30.000€ (treinta mil euros) para TRANSCALIT, justificando esta diferencia en el papel principal de CETM en la elaboración primera de la nota informativa, en su contenido, y en el mayor alcance que cabe esperar de sus recomendaciones dada su representación nacional frente a la regional que ostenta TRANSCALIT.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de la que son responsables la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) y la Federación Catalana de Transportes de Barcelona (TRANSCALIT).

Segundo. Imponer una multa de CINCUENTA MIL EUROS (50.000€) a la Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) y de TREINTA MIL EUROS (30.000€) a la Federación Catalana de Transportes de Barcelona (TRANSCALIT).

Tercero.- CETM y TRANSCALIT justificarán ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

Cuarto. Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.