

RESOLUCIÓN (EXPTE. S/0059/08 ANAGRUAL)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M. Jesús González, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez, Consejera

En Madrid, a 12 de abril de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo de la CNC, el Consejo) con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador S/0059/08 ANAGRUAL, iniciado de oficio por presuntas conductas prohibidas en la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) contra la AGRUPACIÓN EMPRESARIAL NACIONAL DE ALQUILADORES DE GRUAS DE SERVICIO PÚBLICO.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1 El 1 de octubre de 2009 tuvo entrada en la secretaría del Consejo una Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación de la CNC (DI) en el expediente sancionador S/0059/08 ANAGRUAL, por presuntas conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989 hasta el 1 de septiembre de 2007 y Ley 15/2007 de 3 de julio a partir de ese momento, contra la AGRUPACIÓN EMPRESARIAL NACIONAL DE ALQUILADORES DE GRUAS DE SERVICIO PÚBLICO (ANAGRUAL). En concreto, la propuesta es la siguiente:

“Primero.- Que declare acreditada la realización de conductas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1.1 a de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989 hasta el 1 de septiembre de 2007 y Ley 15/2007 desde ese momento en adelante) por parte de ANAGRUAL, consistentes en una recomendación colectiva, por un lado, de condiciones generales de contratación que deben ser objeto de libre negociación entre el arrendador y el arrendatario de grúas móviles autopropulsadas y camiones grúa y, por otro, de precios mínimos de los servicios de alquiler de grúas móviles autopropulsadas .

Segundo.- Que se intime a ANAGRUAL para que se abstenga de realizar conductas semejantes en lo sucesivo.

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

- 2 Los Antecedentes narrados en la Propuesta de Resolución elevada al Consejo por parte de la Dirección de Investigación, son los siguientes:

“1. El 21 de noviembre de 2007 la Comisión Nacional de la Competencia tuvo conocimiento de listados de precios ofertados por seis empresas de alquiler de grúas con sede en la Comunidad de Madrid. Estos precios venían específicamente referidos a los servicios de alquiler de grúas móviles autopropulsadas y alquiler de camiones grúa (folios 1-12).

2. Ante la similitud de los listados de precios, esta Dirección de Investigación, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, realizó una información reservada con el fin de determinar con carácter preliminar la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de expediente sancionador.

3. En el marco de dicha información reservada, el 21 de febrero de 2008 la Dirección de Investigación llevó a cabo una inspección en la asociación empresarial ANAGRUAL y en las empresas TRASPORTES Y GRÚAS AGUADO S.L. y PONCAL SERVICIOS S.A. (folios 15 a 1081 y 1094 -1194).

4. Puesto que no existían indicios de recomendación de precios por parte de ANAGRUAL a sus asociados y los precios de alquiler de grúas eran distintos por regiones, en aplicación de lo previsto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se remitió a las autoridades de competencia autonómicas correspondientes la documentación del expediente que afectaba exclusivamente a sus respectivos territorios (folios 108-109, 112-126, 128-129, 148-150, 152-158, 170-171, 174-177, 180-184, 194, 201-204, 283-285, 370-385, 396-438, 745-756, 766-808, 866-950, 963-974, 981-1053, 1066-1077 y 1086-1093 y copia de los folios 1-26 y 1153-1157).

Asimismo, se acordó deducir testimonio de la documentación relativa a Asturias y Navarra, Comunidades Autónomas que no cuentan con autoridad regional de competencia, para su análisis por esta Dirección de Investigación (folio 1557).

5. Con fecha 16 de octubre de 2008 se acordó la incoación de expediente sancionado por posibles prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el artículo 1 de la LDC contra ANAGRUAL, consistentes en un intercambio de información que podría limitar la autonomía en la toma de decisiones de sus asociados (folios 1095-1096). Dicho acuerdo fue notificado el 17 de octubre a ANAGRUAL (folios 1097 a 1201).

6. Con fecha 23 de octubre de 2008 fue notificado requerimiento de información a ANAGRUAL (folios 1215 a 1222) sobre los siguientes aspectos: las asociaciones empresariales que son miembros de ANAGRUAL, cuáles suministran listas, tablas o baremos de precios a ANAGRUAL y uso que ésta hace de las mismas, aclaraciones sobre las listas de precios medios que confecciona ANAGRUAL para emitir certificados de paralización de máquinas y si elabora ANAGRUAL otro tipo de listados o tablas sobre precios del sector.

Se recibió respuesta el 3 de noviembre de 2008 (folios 1224 a 1231).

7. El 14 de julio de 2009 se remitió a ANAGRUAL un nuevo requerimiento de información sobre los siguientes extremos. En primer lugar, explicación sobre determinados correos electrónicos en los que ANAGRUAL parece intercambiar información con asociados de precios medios y tarifas de una asociación regional. Por otra parte, explicación sobre las listas de precios de referencia que se mencionan en sus certificados de paralización de grúas y la lista de referencia de precios medios de ámbito nacional que se menciona para ser desarrollada en un acuerdo de la Junta Directiva. También se preguntó sobre el estudio de costes de grúas móviles que realiza la asociación, si se elabora periódicamente, cómo se distribuye entre los asociados, qué uso hacen éstos del mismo y si se aplican los costes como precios mínimos. Finalmente, respecto del contrato-tipo de alquiler de grúas móviles y las condiciones generales de contratación que redacta ANAGRUAL, si el primero se ha implementado entre las empresas asociadas y si dichos modelos se utilizan en la práctica por las empresas en sus operaciones (folios 1276-1288).

Fue recibida contestación el 17 de julio de 2009 (folios 1297-1397 y 1442-1445).

8. Con fecha 16 de julio de 2009 se solicitó información a una muestra¹ de asociados a ANAGRUAL respecto de los modelos de contrato de alquiler de grúas móviles y de condiciones generales de contratación distribuidos por ANAGRUAL, cuál ha sido su uso y si éste ha sido obligado o recomendado por esta asociación; en relación con el estudio de costes de grúas móviles que elabora ANAGRUAL, si tiene conocimiento de este estudio y qué uso hace del mismo y en particular, si se aplican tales costes como precios mínimos de alquiler; finalmente respecto de las estadísticas de ANAGRUAL sobre precios medios en España de alquiler de grúas móviles, si les son remitidas o tiene conocimiento de ellas por otras vías y si son aplicados tales precios por la empresa o al menos considerados como precios mínimos (folios 1289-1296 y 1398-1441).”

- 3 El 31 de julio de 2009 se redactó el Pliego de Concreción de Hechos, en el que la DI le comunicó a ANAGRUAL su valoración de los hechos analizados, que concluía de la forma siguiente: “A la vista de todo lo actuado y de conformidad con el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, se considera que las siguientes conductas suponen una infracción del artículo 1 de la LDC por parte de ANAGRUAL:
- 1) Acuerdo de las condiciones generales de contratación para el alquiler de grúas móviles autopropulsadas y de camiones grúa, entre las que se incluyen algunas que, siendo lícitas, restringen la competencia y homogenizan el comportamiento de competidores.

¹ Fueron seleccionadas 10 empresas asociadas a ANAGRUAL con domicilio cada una de ellas en una región distinta, 7 de ellas miembros de sus respectivas asociaciones regionales y 3 de ellas sin asociación regional en su territorio.

- 2) *Elaboración de estudios de costes productivos de grúas móviles con el objeto, tal y como se indica en los propios estudios, de servir de referencia como precios mínimos de los servicios de alquiler a las empresas del sector.”*
- 4 El 17 de agosto de 2009 se recibió en la CNC el escrito de alegaciones del interesado al PCH.
- 5 El 16 de septiembre de 2009, la DI, tras valorar las alegaciones presentadas al PCH, dictó su propuesta de resolución (PR), que fue notificada a la parte interesada el mismo día.
- 6 El 28 de septiembre de 2009 ANAGRUAL presentó ante la CNC sus alegaciones a la PR. En dicho escrito de alegaciones solicitaba la celebración de vista ante el Consejo. Las alegaciones presentadas a la PR son básicamente las siguientes:
- 6.1. La ausencia total de intencionalidad de ANAGRUAL de restringir la voluntad de sus asociados, así como la disponibilidad y colaboración con la CNC para retirar y cesar en cualquier actitud que pudiera ser susceptible de ser restrictiva de la competencia. De hecho las cuestiones valoradas por la DI como contrarias a la LDC habrían sido suprimidas del texto del estudio de costes y de las condiciones generales de contratación, antes incluso de que el Consejo de la CNC se haya pronunciado sobre las mismas.
- 6.2. Se reiteran en las alegaciones al PCH, sin reproducirlas por razones de economía procesal.
- 6.3. Con respecto a la existencia de un cobro de horas mínimas en el sector, ello no sería producto de una actuación de ANAGRUAL, sino que es práctica habitual del sector, al menos desde el año 1985, y su perpetuación tampoco sería consecuencia de una conducta de la asociación, sino de la necesidad económica de asegurar el alquiler de unos vehículos muy costosos durante un tiempo determinado para que no resulte antieconómico dicho alquiler. La propia DI reconoce la falta de efectos de esta conducta, al igual que sucede con la propuesta del cobro al contado.
- 6.4. Por lo que respecta al estudio de costes, no cabría deducir de su contenido que la asociación está llevando a cabo una recomendación de precios mínimos, pues si bien existe tal término en el estudio, tan sólo se menciona en una ocasión, y la asociación asume que se trata de una expresión desafortunada, extemporánea e inadecuada. Los hechos consecuentes no corroboran la conclusión de la DI, pues dicho estudio ni siquiera ha sido publicitado, y su conocimiento es nulo por parte de los asociados. En caso de que dicho estudio sea finalmente valorado como una conducta infractora del artículo 1.1 de la LDC, solicitan al Consejo que declare que en el caso presente concurrirían los requisitos del artículo 81.3 del Tratado de la Unión Europea, y que por tanto la conducta estaría exenta de la prohibición del artículo 1.
- 6.5. En último caso, y en caso de que las conductas de ANAGRUAL fuesen objeto de sanción, solicitan que se tengan en cuenta los atenuantes del artículo 64.3 y

las causas de reducción de la cuantía de multa del artículo 66.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio.

7. El Consejo, en su sesión plenaria de 10 de febrero de 2010 acordó no celebrar la vista propuesta por el Consejo, pues en ausencia de motivación del interesado para la celebración de la misma, tampoco se entendió que, dado lo ya obrado en el expediente, fuese necesaria para una mejor comprensión de los hechos y su valoración.
8. Es parte interesada en el expediente la AGRUPACIÓN EMPRESARIAL NACIONAL DE ALQUILADORES DE GRUAS DE SERVICIO PÚBLICO.
9. El Consejo de la CNC deliberó y falló el presente expediente en su sesión plenaria del 17 de marzo de 2010.

HECHOS ACREDITADOS

La Investigación realizada por la Dirección de Investigación para la instrucción del presente expediente sancionador ha revelado que las conductas susceptibles de ser valoradas como infractoras de la normativa de defensa de la competencia se basan en el contenido de un contrato tipo y en las condiciones generales que se anexan al contrato; en la elaboración y uso de un estudio de costes del sector; y en la existencia de unos listados de precios medios recomendados. Los hechos que el Consejo valora como acreditados en el presente expediente con respecto a estas conductas son los siguientes:

1. Con respecto a la parte imputada en la investigación, es, como consta en la propuesta de resolución elevada al Consejo :

“ANAGRUAL

ANAGRUAL es la Agrupación Empresarial Nacional de Alquiladores de Grúas de Servicio Público. Como asociación empresarial de ámbito nacional, representa y agrupa los intereses de las empresas dedicadas al arrendamiento de grúas móviles autopropulsadas y camiones grúas (folio 19).

ANAGRUAL fue constituida en 1983 y tiene representación en todas las Comunidades Autónomas. Actualmente forman parte de la misma más de 300 miembros, tanto empresas como asociaciones empresariales de carácter regional o autonómico.

Estas asociaciones regionales proceden concretamente de 12 Comunidades Autónomas y representan a empresas de servicios de alquiler de grúas móviles, entre éstas, grúas móviles autopropulsadas y grúas sobre camión. Dichas agrupaciones son (folios 1225-1226):

- a) ANAGRUAL ANDALUCÍA, Agrupación Andaluza de Alquiladores de Grúas.
- b) AGRUAR, Asociación de Grúas de Aragón.

- c) *AGRUAS, Agrupación de Alquiladores de Grúas de Servicio Público del Principado de Asturias.*
- d) *AGRUCAM, Asociación de Empresas de Grúas de Castilla-La Mancha.*
- e) *AGRUCAL, Agrupación de Alquiladores de Grúas de Servicio Público de Castilla y León.*
- f) *Asociación Catalana de Grúas.*
- g) *Agrupación Empresarial Extremeña de Alquiladores de Grúas.*
- h) *AERGAG, Agrupación Empresarial Regional Gallega de Alquiladores de Grúas de Servicio Público.*
- i) *AGRUCOM, Asociación de Empresas Alquiladoras de Grúas Móviles Autopropulsadas de la Comunidad de Madrid.*
- j) *Agrupación Navarra de Grúas.*
- k) *AGRUNOR, Agrupación Empresarial de Alquiladores de Grúas de Servicio Público del País Vasco.*
- l) *AGRUCOVAL, Asociación de Grúas de la Comunidad Valenciana.*

ANAGRUAL adopta sus decisiones a través de la Asamblea General anual y la Junta Directiva. La Junta Directiva se reúne cada tres meses”.

2. Con respecto a la normativa que regula la actividad que desarrollan las empresas asociadas en ANAGRUAL, esto es, el arrendamiento de grúas móviles autopropulsadas y camiones grúas, su contenido es el siguiente:

La legislación aplicable es el Real Decreto 837/2003, de 27 de junio, por el que se aprueba el nuevo texto modificado y refundido de la Instrucción Técnica Complementaria (ITC) “MIE-AEM-4” del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, referente a grúas móviles autopropulsadas.

Esta ITC establece el concepto de grúa móvil autopropulsada como: *el “aparato de elevación de funcionamiento discontinuo, destinado a elevar y distribuir en el espacio cargas suspendidas de un gancho o cualquier otro accesorio de aprehensión, dotado de medios de propulsión y conducción propios o que formen parte de un conjunto con dichos medios que posibilitan su desplazamiento por vías públicas o terrenos.”*

Sin embargo, quedan excluidas de esta regulación, tal y como establece el artículo 1 de la ITC, las “grúas autocargantes”, como son los camiones grúa y camiones pluma, definidas en el Art. 2 como *“aparato de elevación de funcionamiento discontinuo instalado sobre vehículos aptos para transportar materiales y que se utilizan exclusivamente para su carga y descarga”.*

Las empresas asociadas a ANAGRUAL actúan en este mercado como empresas arrendatarias, siendo sus clientes las empresas arrendadoras. Define la ITC en el Art. 2 a la “*empresa alquiladora*” como *“todo titular (como propietario, arrendador financiero o similar) de grúas móviles que efectúa el arrendamiento de éstas con*

operador, mediante las condiciones generales de contratación, debidamente registradas”. Y a la “empresa arrendataria” como “todo usuario de grúas móviles alquiladas a un tercero (empresa alquiladora) con operador”.

3. Con respecto al Contrato-tipo de alquiler de grúas móviles autopropulsadas y condiciones generales de contratación.

3.1. ANAGRUAL redacta un contrato tipo para el alquiler de grúas móviles autopropulsadas que pone a disposición de los asociados, así como unas condiciones generales de contratación de alquiler de grúas móviles autopropulsadas y de camiones grúa que se añaden al contrato tipo y que están registradas en el correspondiente registro de Bienes Muebles (Acta de inspección f 19).

3.2. La elaboración de las condiciones generales se trata en la Junta Directiva de 4 de abril de 2002, en un contexto en el que se habla de la reforma propuesta por el Ministerio para modificar la ITC. El presidente afirma que “hay que unificar criterios para registrarlas a nivel nacional”. Uno de los asistentes cuestiona si “estas normas generales no van en contra de la libre competencia”, a lo que se le responde que “no mientras no se hable de precios, y que en todo caso es el registrador el que califica las normas”. Otro asistente añade que “en Madrid se han registrado unas condiciones generales hablando de los conceptos que configuran la facturación, pero no de precios”. En el acta del 16 de mayo de 2002, se habla de nuevo de las condiciones generales, señalando que deben denominarse condiciones y no normas, tal como regula la ley. Se informa de que las condiciones se han elaborado teniendo en cuenta los modelos existentes e intentando que ninguna cláusula fuese abusiva. Tras recibir ciertas observaciones a cláusulas concretas se constituye un comité para modificar el primer contenido de las condiciones y se le encarga una nueva propuesta (folio 251).

3.3. Existen varias copias de este contrato y sus condiciones generales, tanto recabadas en la inspección domiciliaria, como aportadas por las empresas a las que se les ha requerido información. En la Junta Directiva de 22 de enero de 2004 consta que el Presidente expuso “la necesidad de utilizar el contrato que ANAGRUAL redactó, y las dificultades que existen para utilizarlo con mayor profusión” (folio 296).

3.4. En la Junta Directiva del 22 de septiembre de 2005 figura el tema de reducción de plazos de pagos como punto sexto de asuntos varios. Se acuerda que dada la baja respuesta a esta propuesta se retire la misma y que ANAGRUAL no realice ninguna gestión en este tema.

3.5. En la Junta Directiva de 17 de julio de 2007 se expuso de nuevo la dificultad recogida en el punto 3.4. anterior y se acordó (folios 315-317): “la redacción de un modelo definitivo de contrato, que incluya aquellos aspectos que pudieran mejorar el existente”, como por ejemplo fijar un plazo máximo de 90 días para el cobro. “Que dicho contrato se remita a todas las empresas constructoras; así

como a las asociaciones de constructores, tanto nacional (SEOPAN - Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional), como las regionales y se le dé publicidad al mismo. Esta carta se remitirá a las regionales para que en su ámbito se distribuya la carta y se publicite entre nuestros agrupados indicándoles el acuerdo vinculante alcanzado por la Junta directiva consistente en que a fecha de 1 de octubre de 2007, todos los contratos que se firmen sean de alquilador de grúas; en línea con el modelo que remite ANAGRUAL”.

- 3.6. En ejecución de este acuerdo, con fecha de 10 de agosto de 2007 ANAGRUAL envió una carta a empresas y asociaciones constructoras (folios 345-346) justificando que *“para intentar acabar con el caos que genera el desconocimiento de la normativa”* (Real Decreto 837/2003), que permite que las empresas usuarias de grúas móviles autopropulsadas impongan unos contratos a las empresas arrendadoras que no se ajustan a la legalidad ni a la realidad, ANAGRUAL *“ha redactado un modelo de contrato que recoge tanto las obligaciones que por ley se imponen a las empresas arrendadoras y arrendatarias, quedando al arbitrio de las partes cuestiones como las relativas a precios”*. Asimismo, ANAGRUAL indica que la empresa alquiladora presentará a la firma el contrato-tipo adjuntado y a partir de 1 de octubre de 2007 éstos no firmarán contratos que *“no se ajusten a la normativa que regula la actividad de alquiler de grúas móviles autopropulsadas”* (folios 345-346).
- 3.7. Con fecha 13 de agosto de 2007 ANAGRUAL envió a sus agrupados una carta en la que señalaba que *“todos los contratos que se suscriban con posterioridad”* al 1 de octubre de 2007 *“deberán adaptarse al modelo adjunto, siempre con la salvedad mencionada de respeto a la libre negociación de los aspectos comerciales del contrato, tales como precios, periodos de facturación, plazos de pago o seguros”*, y se recomienda *“que a partir del 1 de septiembre de 2007, todos los presupuestos que se realicen se entreguen conjuntamente con el contrato de ANAGRUAL, con el fin de que su implantación se produzca de la manera más rápida y extendida posible”*. Con el fin de evitar que las empresas constructoras consideren a sus asociados como subcontratistas y que éstos tengan que firmar subcontratos para la ejecución de determinadas partes o unidades de obra, ANAGRUAL transmite *“la necesidad de implementar el contrato de arrendamiento de grúas, pues refleja fielmente nuestra actividad, no asume más responsabilidades que las derivadas de la misma y elimina toda las cláusulas abusivas que estamos asumiendo constantemente”* (folios 343-344).
- 3.8. El 5 de septiembre de 2007 SEOPAN responde a la carta de ANAGRUAL de 10 de agosto aceptando la aplicación del contrato-tipo. Sin embargo, no admite la cláusula que establece el plazo máximo de pago de 90 días en consideración a la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (folios 388-389 y 1138-1139).
- 3.9. En la Junta Directiva de 13 de septiembre de 2007 (folios 321-322) se trató la cuestión de la implementación del contrato de alquiler de grúas y de mantener

el criterio de no ser considerados subcontratistas frente a los clientes y frente a la Administración, indicando que en la redacción de las cartas enviadas a las empresas constructoras y a los agrupados “*se puso mucho énfasis en no caer en ninguna medida o acuerdo que pudiera ser considerado como restrictivo de la competencia*”.

Asimismo, en dicha Junta se acordó “*modificar las condiciones generales de contratación en virtud de la nueva legislación y la experiencia; remitiendo a los agrupados una circular en la cual aporten sugerencias a las mismas*” (folio 322).

- 3.10. El 17 de septiembre de 2007 ANAGRUAL remitió de nuevo a sus asociados una carta (folios 1140-1141), adjuntando la carta remitida por SEOPAN, informando de las gestiones realizadas hasta esa fecha y manifestando que la aceptación del contrato de arrendamiento de grúas móviles por parte de SEOPAN “*es un paso fundamental, debiendo servir para implantar dicho contrato*” y “*no debería haber obstáculo para que, al menos con las constructoras agrupadas a dicha asociación, se utilice el contrato de ANAGRUAL, poder sacar fruto del esfuerzo realizado por la Agrupación y que a partir del próximo 1 de octubre sólo este contrato sea el que rija la relación con nuestros clientes*”. Se recuerda también que “*todas aquellas cláusulas que son consideradas comerciales deben quedar al arbitrio de las partes y que ANAGRUAL no puede recomendar, ni mucho menos imponer este tipo de condiciones; con el fin de no incurrir en prácticas restrictivas de la competencia*”.
- 3.11. Consta en el expediente carta de 12 de noviembre de 2007 dirigida por ANAGRUAL a la Confederación Nacional de la Construcción aclarándole que el contrato tipo que previamente se les ha remitido se ha elaborado “*para evitar la confusión que actualmente existe en lo que respecta a la relación contractual que nos vincula con las empresas que requieren nuestra maquinaria*”. Continúa señalando la regulación específica del sector y que “*es precisamente esa norma jurídica la que determina que la actividad que realizan nuestras empresas es la de “alquiler” de grúas móviles autopropulsadas*”.
- 3.12. ANAGRUAL ha aportado la versión más reciente del contrato-tipo (folios 1391-1397). En sus cláusulas sobre precio, facturación, sustitución de maquinaria y seguros se indica que dichas variables serán negociadas libremente entre arrendador y arrendatario y que se introducen a efectos orientativos.
- 3.13. Asimismo, en la cláusula décima se estipula que “*todas las condiciones comerciales del contrato podrán ser negociadas libremente entre empresa arrendadora y arrendataria, pudiéndose incluir aquellas cláusulas que estando negociadas no se encuentren recogidas anteriormente*”.
- 3.14. En el informe preparatorio de la Junta Directiva de 10 de diciembre de 2007 se adjuntó “*un borrador de nuevas condiciones generales de contratación, para que una vez aprobadas por la Junta directiva se puedan remitir a los socios para que procedan a su registro*” (folio 351).

3.15. Constan en el expediente varias copias de condiciones generales de contratación recabadas en la inspección realizada a ANAGRUAL. De su contenido (folios 1443-1445) destacan a efectos del presente expediente, las siguientes cláusulas:

3.15.1. 5. DURACIÓN. *“(…) existirán unas horas mínimas facturables para cada tipo de máquina que se hará constar en la Lista de Precios de alquiler”.*

3.15.2. 6. FACTURACIÓN Y FORMA DE PAGO. Se indica que *“la factura será abonada por el cliente al contado con carácter previo a la prestación del servicio, salvo pacto en contrario.”*

4. Con respecto al Estudio de costes y la recomendación de precios mínimos

Consta en el expediente la existencia de una serie de estudios de costes encargados por ANAGRUAL. Los hechos descritos por la DI en su PR con respecto a estos estudios son los siguientes:

4.1. *“En la Junta Directiva de 23 de julio de 2002 se informa de la entrega con la documentación de la Junta de un “estudio de costes productivos de grúas móviles elaborado por” el secretario de la asociación de Asturias para ser “estudiado por las Regionales y una vez aceptado como válido, distribuido desde las Regionales a todos los agrupados” (folio 265). No consta copia alguna de este estudio del 2002 en el expediente.*

4.2. *ANAGRUAL ha realizado, tanto en el año 2003 (folios 470-479)² como en 2008 (folios 1307 a 1320), un estudio de costes productivos medios para una empresa de grúas móviles de tamaño medio. En los años intermedios ha llevado a cabo actualizaciones en función de las variaciones del IPC de cada año (folio 1299).*

4.3. *El estudio de costes comienza justificando su existencia, declarando que “El presente solo tiene la intención de aproximarse desde un punto de vista objetivo y generalista al coste de producción de una hora de grúa móvil autopropulsada bajo unos determinados parámetros (...) y por tanto a un precio mínimo de venta en el servicio de grúas móviles” (folio 1308 y similarmente 471).*

4.4. *En el estudio de 2003 (folio 477) se afirma que al haberse considerado básicamente “unos costes mínimos, no es entendible en una empresa con proyección de servicio y de futuro una lista de precios inferior a la que resulta de las hojas resumen”, pudiendo considerarse “razonable utilizar el coste de producción de 4 horas día para servicios sueltos y de 8 horas días para trabajos continuados”.*

4.5. *En el estudio de 2008 se afirma (folio 1308) que no trata de “determinar el coste concreto de un modelo de grúa de una determinada marca (...) y con un*

² Constan en el expediente varias versiones del estudio de costes de 2003.

determinado equipamiento”, sino de “indicar unos valores de costes de referencia que sirvan para que cada empresa del sector pueda comparar con los que se están ofreciendo en el mercado y analizar si lo que está ocurriendo es sostenible a largo plazo”.

- 4.6. *Al final de ambos estudios (folios 478, 479 y 1320) se contienen hojas resumen en las que se definen los costes por hora de producción en varias tablas, según número de horas al día e intervalos de capacidad de carga de la grúa expresada en toneladas y las correspondientes estimaciones del precio por hora.*
 - 4.7. *Por su parte, ANAGRUAL declara que lo que se pretende con los estudios es facultar al asociado “para que tenga una herramienta eficaz a la hora de establecer sus precios en función de sus costes” (folio 1300).*
 - 4.8. *ANAGRUAL señala (folio 1299) que el estudio de costes no es distribuido de forma generalizada a los asociados, sino que sólo está a disposición de aquéllos que lo soliciten”.*
5. Sobre la elaboración de las listas de Precios Medios de referencia, se han acreditado los siguientes hechos:
- 5.1. *“En el acta de la Junta Directiva de ANAGRUAL de 21 de mayo de 2003 consta el acuerdo, bajo el título “lista de precios máximos y mínimos” y a partir de la propuesta de un asociado de “desarrollar una lista de referencia de precios medios de ámbito nacional” (folio 273).*
 - 5.2. *ANAGRUAL declara que anualmente y generalmente en el primer trimestre del año, solicita a la asociación de cada Comunidad Autónoma o, en su defecto, a algunas empresas agrupadas de dicha región, que le sean remitidas -voluntariamente- sus listas de precios de alquiler de grúas móviles autopropulsadas para el año en curso, ya sean listas orientativas de precios o de precios de referencia que ellas mismas realicen, ya sean las tarifas ofertadas por las empresas.*
 - 5.3. *Obran en el expediente las tablas de precios medios de alquiler y de horas mínimas correspondientes a 2007 (folio 1095) y 2008 (folio 1094) elaboradas por ANAGRUAL.*
 - 5.3.1 *Analizando las tablas correspondientes a 2007 y 2008, en primer lugar se relacionan los precios medios de Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Comunidad de Madrid, País Vasco (sólo en la de 2008) y Comunidad Valenciana, concretamente las medias regionales del precio por hora de alquiler de la grúa móvil correspondientes a diferentes intervalos de la capacidad de carga o elevación de la grúa, expresada en toneladas. Tales intervalos en Tm*

son: hasta 25, 26-30, 31-40, 41-50, 51-60, 61-70, 71-80, 81-100, 101-130, 131-160, 161-200, 201-225, 226-250, 251-300, 301-350³.

5.3.2 *A partir de estas medias regionales ANAGRUAL agrega los datos y calcula en una tabla separada los precios medios de ámbito nacional por hora de alquiler de una grúa móvil autopropulsada en cada uno de los mismos intervalos de capacidad (folios 1226, 1260 y 1270).*

5.3.3 *A continuación se calculan las medias nacionales de las horas mínimas de alquiler de la grúa móvil autopropulsada para la facturación diaria. En una primera tabla se recogen también las medias regionales correspondientes a 8 Comunidades Autónomas (las mismas menos el País Vasco) y a continuación la tabla de las medias nacionales según los mismos intervalos de capacidad de la grúa empleados para los precios medios.*

5.4. *A partir de estas tablas se concluye que:*

5.4.1 *Del análisis de los precios regionales de 2007 y 2008 se observan diferencias entre los valores de cada Comunidad Autónoma para cada rango de capacidad, tanto en el nivel de precios como en el número de horas mínimas a facturas..*

5.4.2 *Los valores de los precios medios nacionales de 2008 por cada nivel de capacidad son superiores a los precios por hora reflejados en el estudio de costes productivos de 2008 y los intervalos de capacidad no coinciden con exactitud entre documentos. Por ejemplo, en la capacidad mínima del estudio de costes, que es 40 Tm, el precio por hora es 74,60€ en el caso de 8 horas diarias; 89,21€ para 6,5 horas diarias y 113,14 para 5 horas diarias; en la tabla de precios medios, en el rango de 31 a 40 Tm la media entre 9 Comunidades Autónomas es 116,24€. En el estudio de costes para una grúa con capacidad de 200 Tm los valores son 141,31, 169,61 y 214,89 respectivamente para 8, 6,5 y 5 horas diarias, mientras que la media nacional del intervalo entre 161 a 200 Tm entre 8 Comunidades Autónomas es 417,96€.*

5.5. *En cuanto al uso de la información, según ANAGRUAL, la finalidad de las estadísticas de precios medios es servir de referencia para emitir los “certificados de paralización de máquinas”, los cuales necesitan basarse en datos reales y estadísticos de los precios que se ofertan en España. Estos certificados tienen por objeto justificar cuál es el coste que supone la paralización de una grúa móvil arrendada por causas no imputables a su*

³ En cuanto a las listados de precios remitidos por asociados (entre la documentación inspeccionada folios 1143, 1154, 1165, 1177, 1183, 1188), éstos están más desglosados pues recogen varios conceptos para la determinación del precio final, no sólo la capacidad de carga de la grúa y las horas mínimas de uso, también un precio por salida, por kilómetros recorridos, incrementos por uso en días festivos, fuera de jornada y nocturnidad, y otros conceptos.

propietario, tales como puedan ser una avería o un siniestro (folios 1227, 1260, 1270 y 1299), en concepto de lucro cesante.

5.5.1 *Los certificados los solicitan a ANAGRUAL principalmente empresas asociadas y también juzgados o tribunales, por ejemplo, en un procedimiento judicial para calcular una indemnización de daños por lucro cesante.*

5.5.2 *En los certificados que obran en el expediente (folios 361-369 y 1106-1126), ANAGRUAL informa exactamente del precio medio nacional de alquiler de la grúa por hora y la media nacional de horas mínimas de uso para la facturación diaria que correspondan a la capacidad de elevación de la grúa que haya sido solicitada por el solicitante. En alguna certificación se añade información adicional sobre posibles recargos⁴.*

5.6. *Según ANAGRUAL, los listados de precios que recibe de sus asociaciones y empresas asociadas son de conocimiento interno, están exclusivamente a disposición del Secretario General y no se publican ni son puestos en conocimiento de empresas interesadas.*

No obstante, consta acreditado en el expediente el envío de correos electrónicos por ANAGRUAL en los que remitió información sobre precios. En un correo (folios 1097-1098), el 27 de octubre de 2006 ANAGRUAL remitió a la empresa GRÚAS TOMÁS S.L. una tabla de medias nacionales de precios según intervalos de capacidad de la grúa. En correo de 21 de diciembre de 2006 (folios 1101-1102) ANAGRUAL adjuntó sus tablas de precios medios nacionales y de promedios nacionales de horas mínimas de alquiler para enviarlas a ANAGRUAL ANDALUCÍA. Asimismo, el 5 de febrero de 2008 (folios 1171-1172) ANAGRUAL envió las tarifas de AGRUAR de 2006 a la Asociación Catalana de Grúas.

5.7. *En el folio 493, recabado en la inspección domiciliaria consta una respuesta de ANAGRUAL a uno de sus asociados en la que se dice: “en relación a su reiterada petición de una tarifa para el año 2004, le indico que ni ANAGRUAL, ni ninguna de sus regionales, por indicación de esta secretaría, elabora listas de precios, que sirvan como referencia a sus agrupados.”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Normativa de aplicación

El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la

⁴ En los certificados se cita la Ley 110/63 sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Según ANAGRUAL es un error de transcripción y actualización que refiere a la legislación vigente de defensa de la competencia (folio 1298).

Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.

La DI imputa como conductas infractoras de la LDC dos recomendaciones colectivas prohibidas tanto en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, como en el artículo 1 de la ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia. La primera de ellas, la recomendación de condiciones generales de contratación, fue acordada formalmente por la Junta Directiva de ANAGRUAL en su reunión del 17 de julio de 2007, según consta en el HA. 3.5, y se ejecutó el 13 de agosto de 2007, mediante el envío de una carta a todos los agrupados. La segunda de ellas, la recomendación de precios mínimos habría comenzado en 2003, con el estudio de costes de dicha fecha, y se habría renovado anualmente, constando en el expediente que el último estudio de costes era de 2008. Sobre la cuestión de cuál de las dos normas debe ser aplicada, este Consejo ya ha resuelto en su Resolución de 12 de noviembre de 2009 S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal, donde coinciden los elementos suficientes como aplicar el mismo razonamiento, y que es el siguiente: *“Ambas normas prohíben en su artículo 1.1.a) la misma conducta: los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de “la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio” en todo o en parte del mercado nacional. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos declarados probados, no tiene ninguna relevancia aplicar una u otra Ley de defensa de la competencia. De hecho la DI considera que la conducta imputada constituye una infracción del art. 1.1.a) de la Ley 16/1989 hasta su derogación y del art. 1.1.a) de la Ley 15/2007 desde su entrada en vigor. La DI califica la conducta imputada como un cártel, en el que intervinieron tanto aseguradoras como reaseguradoras, por lo que también a efectos de la eventual sanción de la infracción del art. 1.1.a) LDC carece de trascendencia la aplicación de una u otra norma.”... “En casos como el presente, en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de dos normas (la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007), de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, el Consejo considera que es necesario aplicar una de las dos, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para la empresa imputada conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor en el caso en concreto. Dado que en el marco de este expediente no es posible afirmar que la Ley 15/2007 sea más favorable que la ley 16/1989 para ninguna de las empresas imputadas, el Consejo considera que ésta última debe ser la Ley sustantiva aplicable a la conducta imputada; a su calificación y sanción. Sin embargo, puesto que la incoación del expediente se produjo el 1 de abril de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta a contrario de la Disposición transitoria primera.1 de la misma.”* En el presente caso la incoación se produjo el 16 de octubre de 2008, por lo que en base a lo ya resuelto por el Consejo, es de aplicación la Ley 16/1989 en lo sustantivo, y la Ley 15/2007 en lo referente al procedimiento.

SEGUNDO.- El objeto de la presente Resolución

El objeto de esta Resolución es determinar si tal y como propone la DI la AGRUPACIÓN EMPRESARIAL NACIONAL DE ALQUILADORES DE GRÚAS DE

SERVICIO PÚBLICO ha infringido la LDC, debiendo valorar para ello los hechos acreditados en el expediente y las alegaciones presentadas por las partes interesadas en el mismo.

Las conductas susceptibles de ser declaradas infracciones a la LDC, a propuesta de la DI son dos. La primera consiste en que ANAGRUAL ha instado a la uniformidad de ciertas condiciones comerciales a aplicar a los clientes de las empresas asociadas en ANAGRUAL, mediante la inclusión de dos cláusulas en las condiciones generales que deberían acompañar a los contratos tipos. Estas cláusulas son la número 5, que establece que existirán unas horas mínimas facturables para cada tipo de máquina que se hará constar en la Lista de Precios de alquiler, y la número 6 en la que se indica que “la factura será abonada por el cliente al contado con carácter previo a la prestación del servicio, salvo pacto en contrario.” La segunda de las conductas es la de haber recomendado unos precios mínimos a sus asociados, mediante la elaboración de un estudio de costes de actualización anual.

Con respecto a la primera de las conductas, citando numerosas resoluciones del TDC/CNC (A362/07, A153/95 y A89/94) la DI destaca, en el PCH, que si bien muchas de las condiciones generales analizadas son similares a las recogidas en el contrato-tipo y no suponen restricciones a la competencia prohibidas, no cabe la misma valoración respecto a la exigencia de incluir horas mínimas de facturación para cada tipo de grúa y de incluir el pago al contado con carácter previo a la prestación del servicio, pues estas condiciones “*restringen la independencia de comportamiento de las empresas arrendadoras para negociar libremente y de forma autónoma*”. La DI considera pues que ambas cláusulas constituyen “*una infracción del artículo 1 LDC, sin perjuicio de los efectos que hayan podido [tener] esas condiciones generales de contratación que, tal y como ha manifestado el extinto TDC, serían relevantes para determinar el importe de una eventual sanción, pero no para concluir que ANAGRUAL ha incurrido en una infracción del artículo 1 LDC*”.

Respecto a la segunda conducta, la DI concreta en el PCH que: “*ANAGRUAL ha elaborado estudios de costes de grúas móviles en 2003 y 2008 y los ha actualizado en los años intermedios, recogiendo en ellos mensajes como que su fin es aproximarse a un precio mínimo de venta en el servicio de grúas móviles y no es entendible en una empresa con proyección de servicio y de futuro una lista de precios inferior a la que resulta de las hojas resumen (de los estudios)*”. Y recuerda que “*El extinto TDC ha señalado que las recomendaciones colectivas dirigidas a que los destinatarios apliquen precios determinados que tienen el carácter de mínimos, constituye una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en la fijación de forma directa o indirecta de precios*”. Por ello, valora que: “*ANAGRUAL ha recomendado precios mínimos con independencia de si los estudios de costes han sido empleados por los asociados como referencia para determinar los precios que cobran al público, elemento que influiría, en su caso y tal y como se ha justificado para las condiciones generales de contratación, en el cálculo del importe de la sanción, pero no para concluir que ANAGRUAL ha incurrido en una infracción del artículo 1 LDC.* “

En sus alegaciones a la PR, ANAGRUAL reitera ante el Consejo, como ya hiciera ante la DI en sus alegaciones al PCH, la falta de intención de realizar conducta alguna colusoria con la competencia o restrictiva de la voluntad de sus agrupados. Como prueba de ello alega que cesó en la emisión de certificados de paralización hasta que la Comisión estimó que no son susceptibles de sanción. También habría suprimido del texto de los estudios de costes y de las condiciones generales de contratación las partes que la DI ha considerado como colusorias.

Según ANAGRUAL, ésta no transmite pautas de comportamiento, sino que lo que ha hecho es recoger el imperativo legal de registro de condiciones generales de contratación que se señala en la ITC y se las ha trasladado a los agrupados. Es la ley la que exige el registro de las condiciones generales de contratación y *“nos obliga a trasladar a los agrupados una propuesta de condiciones generales en las cuales como se ha razonado tuvimos que incluir a los camiones grúa”*. En su valoración las condiciones generales de contratación devienen de un imperativo legal, pues dichas condiciones generales de contratación (CGC) deben estar debidamente registradas según la ITC correspondiente (Instrucción Técnica Complementaria MIE AEM-4).

Con respecto a la facturación de horas mínimas de servicio alegan que se trata de una costumbre muy arraigada en muchos sectores y claramente legal; que se ha llevado a cabo durante 18 años; que la facturación de horas mínimas se perpetua por una necesidad económica de asegurar el alquiler de unos vehículos muy costosos durante un tiempo determinado y no porque dicha facturación se recoja o no en las condiciones generales de contratación; dicha facturación de horas mínimas está generalizada en el sector y se realiza de forma habitual, independientemente de la actuación de la agrupación; y la propia DI reconoce la falta de incidencia en el mercado de las actuaciones de ANAGRUAL. Por lo que respecta a la propuesta de cobrar al contado, nadie la utilizaría, y por tanto no es una conducta que pueda perpetuarse.

Continúa sus alegaciones destacando que las resoluciones sancionadoras del TDC/CNC que la DI menciona no son aplicables puesto que se referían a elaboración de listas de precios y a su traslado explícito a los asociados y que además la LDC tiene por objeto la defensa del usuario o consumidor final, mientras que *“Las actuaciones de ANAGRUAL, presuntamente colusorias, no afectan en ningún momento al consumidor o usuario, al ciudadano normal, pues nuestros clientes en un cien por cien de los casos son empresas constructoras o industrias, que no pueden considerarse usuarios a los efectos de protección de la Ley; pues su posición en el mercado le otorga una posición preponderante sobre la de la empresa alquiladora de grúas, como reconoce la DI”*.

En cuanto a la segunda de las conductas imputadas, la recomendación de precios mínimos a través de la elaboración de los estudios de costes, alega ANAGRUAL que la conclusión de la DI se basa tan solo en la desafortunada redacción con la que comienza el estudio en la que efectivamente se puede leer “precio mínimo”, pero que esta mención sólo aparece una vez en todo el estudio, y que del contenido del mismo no puede establecerse que la intención del mismo fuese la de recomendar precios mínimos. Tampoco el resto de hechos corroboraría tal valoración, pues el mismo no se

publicitó, fue prácticamente clandestino, hubo un nulo conocimiento de los agrupados y los precios del estudio son muy superiores a los que aplican los socios.

Por último recurre ANAGRUAL en sus alegaciones a que dicho estudio de costes podría estar encuadrado en la exención del artículo 81.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, desarrollado por el Reglamento (CE) 2790/1999.

TERCERO.- El Contrato Tipo y las Cláusulas Generales de Contratación

El Consejo comparte la valoración realizada por la DI respecto al carácter anticompetitivo de las cláusulas quinta y sexta incluidas en las condiciones generales de contratación que ANAGRUAL remitió a sus asociados en octubre de 2007 con la intención de que dichas condiciones generales fuesen aplicadas por todos los asociados en los contratos que éstos firmasen con sus clientes a partir de ese momento. No se han encontrado, entre las alegaciones presentadas por ANAGRUAL, argumentos que refuten el hecho de que ambas cláusulas, la que establece como método de facturación la inclusión de unas horas mínimas, y la que establece el pago por adelantado a la realización del servicio, sean cláusulas restrictiva por su objeto, a pesar de que en el primer caso el número de horas mínimas y su precio se acuerde entre las partes, y de que en el segundo se haya añadido “salvo pacto en contra”. Ni la pretendida falta de intencionalidad infractora de la LDC, ni el hecho de que la facturación de horas mínimas fuese uso y costumbre del sector, ni la presunta demora o alargamiento de los periodos de pago, restan la capacidad de restringir la competencia que dichas cláusulas adquieren cuando se introducen de forma unánime y simultáneamente por todos los oferentes.

El extinto TDC se ha pronunciado ya en diversas resoluciones sobre la compatibilidad de los contratos-tipo con las normas de competencia, advirtiendo en las mismas sobre el posible carácter anticompetitivo de los contratos-tipo cuando en los mismos se incluyen cláusulas que sirven para unificar aquellas condiciones comerciales que son parámetros básicos de competencia entre oferente y demandante. Si un contrato tipo contiene cláusulas de estas características, es decir, que unifiquen las condiciones comerciales, su aplicación impedirá que el demandante pueda realmente elegir libremente entre distintos competidores, habiéndose alterado por lo tanto la competencia en ese mercado. En el mismo sentido, respecto a la licitud de ciertas cláusulas individuales que se convierten en ilícitas al ser producto de la unificación por recomendación, el Consejo se ha pronunciado en la Resolución de 18 de octubre de 2006 del TDC 603/05 Procuradores Pontearreas, que fundamenta que “*nada tendría que objetar el Derecho de defensa de la competencia a la negativa unilateral de un procurador a aplicar el art.2 RD 1373/2003, pero esa misma negativa, al ser pactada o acordada por todos los procuradores del apático judicial, merece en la Ley de defensa de la Competencia la calificación jurídica de conducta colusoria prohibida por el art. 1.1. LDC*”. Igual consideración merece, tal y como regula el artículo 1 de la LDC, la recomendación realizada en este caso por ANAGRUAL.

Todas estas resoluciones son anteriores a octubre de 2007, momento en el que ANAGRUAL formaliza la recomendación, y por tanto de público conocimiento, al igual

que la Resolución de 15 de febrero de 1995, A89/94 Plazos Pago Cepco Sercobe, en la que el TDC, denegó una solicitud de autorización singular presentada por dos asociaciones sectoriales cuyo objeto era un compromiso marco sobre el plazo de pago no vinculante entre todas las empresas asociadas con el objeto de reducir progresivamente los plazos de pago en las condiciones de venta de los productos industriales y servicios a los que se dedicaban. Se trataba pues de una recomendación voluntaria sobre plazos de pago, comparable a la cláusula sexta recomendada por ANAGRUAL. El objeto del compromiso marco en aquella ocasión señalaba que se trataba de una respuesta a la anómala situación provocada por los clientes de las empresas asociadas, que al dilatar el momento del pago les estaban trasladando una carga financiera y un riesgo que no les correspondía. El entonces TDC fundamentó su denegación en que la determinación del plazo de pago es un elemento esencial en la fijación del precio y que como tal *“constituye uno de los elementos del contrato cuya fijación o determinación queda al arbitrio de las partes, en virtud del principio general de libertad que rige en la materia y que se formula en el artículo 1255 del Código Civil”*, recordando también que *“es un presupuesto necesario para el juego del libre mercado”*. Fundamentó igualmente que *“frente a una situación irregular de un grupo de operadores económicos que falsean la competencia en un mercado en perjuicio de los que en él intervienen, no es admisible responder con una actuación paralela, concertada por parte de los que se consideran afectados por aquella”,* y que *“el correcto funcionamiento del mercado, la defensa de su estructura y el aseguramiento de la existencia en él de un grado de competencia practicable constituye un interés público,..., que por tanto va más allá del puro interés particular de los diferentes sujetos, por lo que el Tribunal no puede compartir la razón de ser del compromiso marco”*.

El hecho de que la facturación de horas mínimas sea una práctica de uso y costumbre en el sector no sólo no justifica su inclusión en una lista de condiciones generales de contratación que deben además ser debidamente registradas, tal y como señala ANAGRUAL, por imperativo legal, sino que dicha inclusión contribuye a otorgarle a la facturación de horas mínimas un carácter “cuasi oficial”, generando cuando menos, confusión en los clientes. Efectivamente la norma que regula este sector, el Real Decreto 837/2003, de 27 de junio, establece la obligación de registrar las condiciones generales de contratación, pero estas condiciones generales se refieren a condiciones de utilización, mantenimiento y revisiones e inspecciones oficiales, con el objeto de facilitar el seguimiento de las condiciones de seguridad de los aparatos, así como aumentar la transparencia en la asignación de responsabilidades entre los firmantes de un contrato de servicio. En ningún caso ha previsto la norma, como no podía ser de otra forma, que entre las condiciones generales de contratación por motivos de seguridad y transparencia, se incluyesen condiciones comerciales que deben quedar reservadas a la negociación libre entre las partes. Confunde ANAGRUAL, o pretende confundir intencionadamente con sus alegaciones, la obligatoriedad de que las empresas registren esas otras condiciones generales con propósitos de seguridad, con la obligatoriedad de una determinada forma de fijación de precios. Es más, la obligatoriedad de registro de las condiciones generales de contratación compete a las empresas, y lo que hace ANAGRUAL, en aras a facilitarles a sus asociados la confección de dichas condiciones, es elaborar para ellos dichas condiciones, pero

tampoco es un imperativo legal para ANAGRUAL la elaboración de dichas condiciones, como pretende en sus alegaciones. En dicha elaboración ANAGRUAL se ha excedido claramente, al pretender equiparar unas condiciones de seguridad con otras condiciones comerciales. No es ilógico pensar que un cliente que se encuentre en el mismo listado con unas y otras condiciones considere que todas ellas son del mismo tenor legal, con lo cual considerará que todos los oferentes establecen horas mínimas de facturación, sin que pueda ello ser un parámetro sujeto a negociación.

Por último, la alegación realizada por ANAGRUAL respecto de que la LDC no es de aplicación por no ser sus clientes usuarios finales y además tener éstos preponderancia sobre sus asociados, no puede sino ser rechazada de plano. Parece ser que confunde ANAGRUAL el concepto de bien intermedio o insumo productivo con el de usuario final o consumidor final, y parece también desconocer que la LDC no sólo no habla de consumidor final, sino sólo de consumidores y usuarios (artículo 64), y que además la LDC se configura como un instrumento al servicio de la protección de la competencia efectiva en los mercados. Claramente, como señala el preámbulo de la Ley, la consecución de una competencia efectiva en los mercados *“se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad”*. Pero ello no debe ser interpretado como que la LDC no es de aplicación a mercados como el afectado por la conducta desarrollada por ANAGRUAL por no tratarse de un bien de consumo final. Igual consideración debe otorgársele al argumento de que por tener sus clientes preponderancia sobre los asociados en ANAGRUAL tampoco la LDC es de aplicación, pues como ya ha declarado anteriormente el TDC, la existencia de presuntas conductas contrarias a la LDC por parte de un determinado colectivo no puede justificar una respuesta igualmente anticompetitiva, y si ésta se produce, la LDC deberá ser aplicada en cualquier caso.

CUARTO.- La recomendación de precios mínimos y los estudios de costes

Es un hecho acreditado que en el año 2003 y en el año 2008 ANAGRUAL encargó la elaboración de estudios de costes, y entre estos dos estudios se realizaron actualizaciones anuales de los mismos. Igualmente consta en dichos estudios que su intención es la de aproximarse al coste de producción de una hora de grúa móvil autopropulsada y, con ello, a un precio mínimo de venta de este servicio.

La DI valora que este instrumento constituye una recomendación de precios mínimos, pues a pesar de que ANAGRUAL alega que se trata de una redacción desafortunada, la DI insiste en que dicho estudio deja claro que entre sus propósitos está el de influir en el precio mínimo que la empresa pueda ofertar, y no sólo, como pretende ANAGRUAL, en informar a los asociados de cual es el valor aproximado de los costes del sector. Por ello concluye que *“Este mensaje transmitido desde una asociación nacional constituye una recomendación colectiva de precios mínimos restrictiva de la competencia, cuanto menos por su objeto”*.

El Consejo de la CNC comparte la valoración realizada por la DI, sin que las alegaciones de ANAGRUAL hayan podido desvirtuar esta conclusión. Lo que obra en el expediente es un documento validado por ANAGRUAL, puesto que es en última instancia su autor, en el que para cada grupo de grúas, según su tonelaje, aparece un valor que representa el coste medio por hora que conlleva la prestación de ese servicio. Se trata por tanto de un documento en el que la asociación sume que los valores en él contenidos son representativos de los costes en los que incurren sus asociados al llevar a cabo su actividad empresarial. Por tanto, para cualquiera que consulte dicho documento es racional deducir que si ese es el coste promedio del servicio, los precios que deberán aplicarse deberán superar dicho valor si se pretende obtener un lícito beneficio empresarial. Dicho de otro modo, si la asociación está reconociendo que esos costes son razonables, lo cual hace por el mero hecho de encargar y disponer de dicho documento, es racional interpretar que para cualquiera que consulte dicho documento dichos valores deben ser interpretados como valores mínimos. Pero aún hay más, porque en el propio documento no sólo se explicita que la intención del mismo es obtener el valor de esos precios mínimos sino que tras obtenerlos se añade que, dado que para su obtención se han tenido en cuenta costes mínimos, no sería entendible que una empresa que tenga perspectivas de futuro adopte listas de precios inferiores a las que se obtienen en el estudio. A la vista de ello el Consejo sólo puede concluir que estos estudios suponen, por su objeto, una restricción a la competencia consistente en recomendar precios mínimos.

La CNC ya se ha pronunciado anteriormente sobre las recomendaciones de precios mínimos basándose en el parámetro de costes sectoriales estándares, declarando que no puede asumirse que las estructuras de costes de los competidores tengan que ser análogas, ni menos aún que las políticas de amortización o las políticas de penetración en el mercado deban también ser las mismas, que es lo que parecen asumir las asociaciones cuando optan por la elaboración de estudios de esta índole. El proyecto empresarial de cada operador que opera de manera independiente le llevará a optar por unas políticas de amortización, diversificación, o innovación tecnológica más o menos intensas, lo que sin lugar a dudas tendrá un reflejo directo en su estructura de costes, lo que justifica que estas estructuras de costes puedan ser muy diferentes incluso entre empresas parecidas presentes en un mismo mercado. Pero no sólo las distintas estructuras de costes podrían ser la causa de una diversidad de precios en el mismo mercado, sino que éstos pueden también ser la distinta respuesta que los distintos empresarios pueden darle a una determinada coyuntura del mercado, bien para intentar mantener sus clientes, bien para intentar captar los de sus competidores. Por un lado, la elaboración de estos listados de costes puede desincentivar a aquellos operadores que tengan unos costes inferiores a los publicitados a ajustar sus precios a sus costes, al ver que podrían aplicar mayores márgenes sin riesgo de perder cuota de mercado. Y por otro este instrumento también puede incentivar a aquellas empresas con costes más altos a presionar para que dichos listados no muestren costes inferiores a los suyos. En cualquier caso el efecto final es la aplicación de precios mayores a los que se obtendrían en ausencia de este tipo de instrumento.

Por tanto, este Consejo considera que los estudios de costes que ANAGRUAL ha elaborado desde el año 2003 hasta el año 2008 suponen una infracción al artículo 1 de la LDC por su objeto. Por ello, las alegaciones de ANAGRUAL sobre la ausencia de distribución del estudio, su nulo conocimiento por parte de los asociados, o que los precios realmente aplicados no fueron superiores a los que aparecen en el estudio sólo podrían, en caso de ser ciertas, que no lo son, ser tenidas en cuenta para valorar la existencia o no de efecto de la conducta, pero no cuestionan su objeto anticompetitivo.

Con respecto a las alegaciones mencionadas arriba hay que poner de manifiesto que las mismas no pueden ser aceptadas sobre la base de los hechos acreditados en el expediente. En primer lugar consta en el expediente (HA. 4.1) que el estudio de costes fue conocido y distribuido por la Junta Directiva en julio de 2002, y que en dicha Junta Directiva se acordó someterlo a las asociaciones regionales y que una vez que fuese aprobado se remitiría a todos los asociados. Igualmente de los requerimientos de información realizados a distintas empresas se ha acreditado que algunas de las empresas sí conocían la existencia del mismo, y algunas incluso disponían de una copia, aunque ninguna ha reconocido que fuesen empleados para fijar sus precios. El Consejo no puede aceptar la afirmación que ANAGRUAL hace de que los precios realmente aplicados fueron inferiores a los contenidos en el estudio de costes, pues no solo no ha aportado prueba alguna de ello, sino que tampoco ha refutado los resultados de la investigación realizada por la DI en la que se muestra que los precios medios (HA 5.4.3) calculados por ANAGRUAL para los años 2007 y 2008 son superiores a los que muestran los estudios de costes del año 2008. Esta información estaba contenida en el PCH, y ANAGRUAL no la ha refutado.

ANAGRUAL alega finalmente que el estudio de costes podría beneficiarse de la exención al artículo 81.3 del Tratado de la UE, desarrollado por el reglamento CE 2790/1999. Existe una cierta confusión por parte de ANAGRUAL. En primer lugar estamos ante una imputación de infracción de la LDC, en su artículo 1, sin que ni la DI ni ANAGRUAL hayan considerado en ningún momento la existencia de afectación comunitaria, por lo que no hay una imputación de infracción del artículo 81.1, y por tanto, no cabría la aplicación de la excepcionalidad del 81.3 del TUE. No obstante, dada la equivalencia entre el artículo 81.3 del TUE y el actual 1.3 de la LDC (antiguo artículo 3 de autorizaciones singulares) de caber el análisis éste sería en sede de la LDC. En ningún caso procede el análisis del reglamento comunitario 2790/1999 como alega ANAGRUAL, pues éste regula las restricciones verticales entre operadores económicos, mientras que en este expediente nos encontramos ante una conducta de carácter horizontal, una recomendación de precios mínimos para ser aplicados por competidores dentro del mismo mercado. Con respecto a la posible excepcionalidad de aplicar el artículo 1, ANAGRUAL conocía perfectamente dicho procedimiento, pues ha sido beneficiaria del mismo en el expediente A226/97, para la autorización de un registro de morosos solicitada por ANAGRUAL, y renovada por última vez en el año 2004. Podría por tanto ANAGRUAL haber solicitado en el mismo período una autorización singular para el estudio de costes, y no sólo para el registro de morosos, aunque difícilmente podría haberse autorizado, como pretende ANAGRUAL, dados los antecedentes del TDC. En efecto, el extinto TDC ya tuvo ocasión de analizar la

aplicación de la excepcionalidad del antiguo artículo 3 de la LDC a una recomendación de precios de los servicios profesionales por parte de cierta asociación (Resolución de 24 de septiembre de 1990, expediente 17/90), apreciando que no concurría ninguno de los supuestos de autorización singular en tal tipo de conducta. Más cercana en el tiempo le resultaría a ANAGRUAL la Resolución del TDC 373/96 de 26 de julio de 1996, Grúas País Vasco, en la que se sancionó a una de las agrupadas en ANAGRUAL, concretamente a AGRUNOR, por infracción del artículo 1.1.a de la LDC por haber acordado una fijación de precios.

QUINTO.- Las listas de precios de referencia.

Junto a las condiciones generales de contratación y a la existencia de los estudios de costes, la DI durante la investigación también analizó las listas de precios de referencia y la emisión de certificados elaborados por ANAGRUAL. De la investigación concluye la DI que de la recopilación de la información necesaria para hacer los listados de precios, de su elaboración y de su uso, *“no ha quedado acreditado que ANAGRUAL, mediante su sistema de intercambio de información, haya incurrido en una infracción del artículo 1 de la LDC”*.

Ciertamente entre las funciones de una asociación como ANAGRUAL pueden encontrarse las de asesoramiento y apoyo a sus miembros en cuestiones necesarias para el desarrollo de su actividad. Así, la elaboración de ciertos estudios por parte de una asociación tendentes a informar sobre la coyuntura sectorial, previsiones de evolución de mercados, etc. puede ser de gran utilidad a sus asociados y totalmente respetuosos con la normativa de competencia vigente. No obstante, existe un amplio espectro de información que dependiendo de la naturaleza de la misma y del contexto estructural del mercado en el que se realiza, el conocimiento de la misma por parte de los competidores de dicho mercado puede alterar las condiciones de competencia del mismo. Así, es jurisprudencia del TJUE, que los intercambios de información entre competidores, cuando constituyen una conducta autónoma, requieren un análisis caso por caso para establecer su posible incompatibilidad con las normas de competencia. Esta jurisprudencia ha sido recientemente reproducida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de marzo de 2009, con motivo de un recurso contra la Resolución del TDC A329/02 Estadísticas Cerveceras, en la que se denegaba una autorización singular a la Asociación de Cerveceros de España. Recuerda el TS que la compatibilidad de un sistema de intercambio de información con las normas de defensa de la competencia no puede apreciarse de manera abstracta, sino que dependerá de las condiciones estructurales del mercado y de las características específicas del sistema de intercambio de información de que se trate, pues según el TJUE, en sentencia de 23 de noviembre de 2006 (C-238/05 Asnef-Equifax) , *“cuando la oferta en un mercado se encuentra fuertemente concentrada, el intercambio de determinada información puede permitir, en función sobre todo del tipo de información intercambiada, que las empresas conozcan la posición y la estrategia comercial de sus competidores en el mercado, falseando así la rivalidad dentro de ese mercado e*

incrementando la probabilidad de una colusión, o incluso facilitándola". Por tanto, entre los parámetros referentes a las condiciones estructurales debe apreciarse el grado de concentración de los mercados, y entre los parámetros para valorar el concreto sistema de intercambio deben estar la finalidad del intercambio, las condiciones de acceso y de participación en el intercambio y la naturaleza de los datos intercambiados. La naturaleza de los mismos vendrá dada por la confidencialidad o publicidad de los datos; el detalle o agregación de los mismos; su actualidad o historicidad; la periodicidad de los mismos y/o su importancia para la fijación de los precios.

Con respecto a la distribución de estos listados de datos ANAGRUAL alega que los correos electrónicos analizados por la DI no son producto de una distribución sistemática sino que el primer envío fue un caso excepcional, sobre precios de 2005 y con el objetivo no de fijar tarifas o precios sino de que el destinatario conociera la mecánica de cómo se elaboran certificados de paralización de máquinas, al no disponer éste de precios medios de su Comunidad Autónoma. Y en relación a los otros dos envíos a las asociaciones autonómicas, ANAGRUAL justifica que son comunicaciones para que éstas elaboren certificados de paralización de máquinas en sus respectivos ámbitos y además las tarifas enviadas a AGRUAR son de precios pasados (2006) y no de 2008 (folios 1297-1298). También alega ANAGRUAL (folio 1230) que las listas de precios de las empresas arrendadoras son sobradamente conocidas por las mercantiles que habitualmente utilizan sus servicios, principalmente las empresas constructoras, que ostentan un elevado poder de negociación, y sostiene que es práctica habitual de las constructoras solicitar el precio de alquiler a empresas arrendadoras de su zona y facilitárselos al resto de empresas para negociar una rebaja del precio (folios 1226-1227)".

La finalidad de los datos que finalmente configuran la lista de precios de referencia elaborados por ANAGRUAL, serían, según sus la emisión de certificados que contienen una valoración del precio por hora que debería percibir una determinada grúa móvil autopropulsada en función de sus prestaciones. Esos certificados se emiten bien a petición de parte, bien a petición de una instancia judicial, con el propósito de valorar el lucro cesante que un asociado debería percibir en concepto de indemnización por paralización involuntaria de sus activos de producción. No se ha acreditado la existencia de una distribución oficial de estos listados entre los agrupados, sino que éstos pueden solicitar el certificado correspondiente y obtener información de cual es el precio medio nacional del servicio que él presta. Los datos que recibe ANAGRUAL son resultado del tratamiento estadístico que han llevado a cabo las agrupaciones regionales con los datos de empresas que han recibido de algunas de ellas. A su vez, ANAGRUAL aplica también a estos datos un tratamiento estadístico para llegar a tener un solo precio representativo por tipo de aparato. Se trata pues de datos promedio sin que representen ninguna empresa en concreto, si bien estos están totalmente actualizados y son de carácter anual.

El Consejo valora que a pesar de estar en un sector poco concentrado, las características de la información intercambiada analizadas previamente, de haber sido efectivamente difundidas entre sus asociados, podrían haber sido aptas para reducir el nivel de incertidumbre en el mercado, máxime al ser analizada en conjunto con las dos

conductas sancionadas previamente por su objeto, pues ésta no haría sino reforzar las anteriores. Igualmente, el papel jugado por ANAGRUAL en la emisión de certificados, puede ser fácilmente interpretado, tanto por los asociados como por sus clientes, como un precio “cuasi oficial” toda vez que al mismo se le está otorgando un valor probatorio en un proceso judicial. El Consejo considera que existen otros mecanismos que implican menores riesgos para la competencia en el mercado, y que serían igualmente válidos para certificar el valor del lucro cesante ante una demanda judicial por paralización no deseada del propietario de las grúas de alquiler. Tan válidos son los informes periciales de terceros, como las propias facturas anteriores del mismo demandante que reclama el lucro cesante, sin que ninguna de ellas implique la elaboración de listados de precios medios representativos que una vez elaborados pueden ser aplicados a otros usos distintos y menos respetuosos con las normas de competencia, al correr el riesgo de ser interpretados como “precios certificados”.

SEXTO.- El cálculo de la sanción.

El artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia faculta al Consejo de la CNC a imponer multas a los agentes económicos, ya sean empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas de hasta 901.000 €, pudiéndose incrementar dicha cantidad hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Consejo, cuando se haya infringido lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7.

En el caso presente se ha acreditado que ANAGRUAL ha infringido el artículo 1 de la LDC al haber recomendado la unificación de ciertos parámetros comerciales que deben ser pactados libremente entre las partes y al haber recomendado precios mínimos para la prestación de los servicios a sus asociados o agrupados como la propia ANAGRUAL los denomina. Se trata de una doble infracción a la LDC, siendo la recomendación de precios mínimos una de las infracciones más graves en el derecho de la competencia, por los dañinos efectos que puede conllevar.

Alega ANAGRUAL que deben ser tenidas en cuenta tanto la ausencia de voluntad infractora como la ausencia de efectos en el mercado de sus conductas. También alega el cumplimiento de los requisitos atenuantes regulados en el artículo 64.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia.

Los criterios para establecer la cuantía de la sanción vienen recogidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989 (ahora en el Art. 64.1 de la Ley 15/2007). La apreciación de los criterios de modalidad y alcance de la sanción, la dimensión del mercado afectado, la cuota del mercado de la empresa correspondiente o la duración de la restricción llevarían a este Consejo a considerar una sanción elevada, dado que en este caso se han cometido dos infracciones, siendo una de ellas de las más graves, pues se trata de una recomendación de precios mínimos; su alcance podría ser muy largo, ya que se trata de un servicio básico en el sector de la construcción; afecta a la totalidad del mercado español, pues es una recomendación hecha desde la agrupación nacional; comprende prácticamente a todas las empresas del sector, por lo que la cuota de mercado se acercaría al 100%; y la duración ha sido de al menos seis años para la

recomendación de precios mínimos. El resto de los criterios no son de fácil valoración pues si bien no se han acreditado la magnitud de efectos en el mercado, no puede de ello concluirse que la práctica no ha tenido efectos. Tampoco puede ser valorado como reiteración la conducta sancionada en el pasado a uno de los asociados, AGRUNOR, pues fue un acuerdo de precios responsabilidad de AGRUNOR y no de ANAGRUAL, aunque es evidente que ANAGRUAL era conocedora de dicha sanción y de los riesgos de cualquier otra actuación que implique el manejo de precios representativos o de costes estándares, por lo que podría exigírseles una mayor diligencia a la hora de manejar listados de precios o estudios de costes.

Alega ANAGRUAL que su colaboración ha sido plena y que ha retirado de los estudios de costes y de los modelos de condiciones generales las cuestiones que considera incorrectas la Comisión. Entienden que están incluidos en el artículo 66.1 y en los requisitos de las letras a), b) y c) del 65.2.

Con respecto a la supresión de las cláusulas declaradas anticompetitivas, el Consejo no tiene acreditada su retirada, y con respecto a la mención de precios mínimos en el estudio de costes hay que aclarar que no es sólo esa expresión la que le otorga al citado estudio la valoración de una recomendación de precios mínimos, sino el propio estudio en sí mismo el que supone una recomendación de precios mínimos.

Respecto a la aplicación de los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007 que menciona el imputado, cabe aclararle que se trata de artículos de exclusiva aplicación en el ámbito del programa de clemencia regulado por la ley, circunstancia que no concurre en el caso presente, siendo por tanto su aplicación improcedente.

Partiendo del orden de magnitud del presupuesto anual de ANAGRUAL, del nivel de facturación del sector, de los criterios del artículo 10, y demás consideraciones anteriormente expuestas, el Consejo considera proporcionado a la infracción cometida el imponer a ANAGRUAL una multa de 60.000 euros.

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 dos recomendaciones colectivas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de la que es autora la AGRUPACIÓN EMPRESARIAL NACIONAL DE ALQUILADORES DE GRUAS DE SERVICIO PÚBLICO (ANAGRUAL), y que han consistido en la recomendación de dos condiciones generales de contratación, recogidas en las cláusulas 5 y 6 del Contrato-tipo, y en la recomendación de precios mínimos de los servicios de alquiler de grúas móviles autopropulsadas .

Segundo. Intimar a la autora para que cese en las conductas sancionadas y se abstenga, en el futuro, de realizarlas de nuevo.

Tercero. Imponer una multa de SESENTA MIL EUROS (60.000 €) a ANAGRUAL como autora de la práctica restrictiva declarada por este Consejo de la CNC en el presente expediente.

Cuarto. Ordenar a ANAGRUAL, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, la publicación de su parte dispositiva en la sección de economía de un diario de ámbito nacional de máxima circulación. En caso de incumplimiento se impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Quinto.- Ordenar a ANAGRUAL que, en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación de esta Resolución, dé traslado de la misma a todos sus asociados. En caso de incumplimiento, se le impondrá una multa coercitiva de 600€ por cada día de retraso en el envío.

Sexto. ANAGRUAL justificará ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.

Séptimo. 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 la parte interesada, haciéndole 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.