

RESOLUCIÓN (S/0397/12 TRANSPORTES MADRID)

CONSEJO

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

En Madrid, a 16 de septiembre de 2013.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en adelante el Consejo, con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado esta resolución en el expediente sancionador S/0397/12 TRANSPORTES MADRID, incoado a ASEMTRACON, COTRANSA, S.A., ITA LOGÍSTICS, S.L., TRANSPORTES CARRASCO, S.A., CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS), MAARIF, S.L., TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A., MEGATRAC 2000, S.L., TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A., TRAVELPORT, S.L., CECOTRANS BIZ, S. COOP., TCV RAILWAY TRANSPORT S.L., COPITRANS S.L., RAISAPORT TRANSPORT S.L., AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA, JOIRSA LOGISTICS S.A., TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A., TRANSTECO, S.A., SICSA RAIL TRANSPORT S.A., LAUMAR CARGO S.L., y FOUR CARRUANA S.L. por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), por considerar que han llevado a cabo prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), así como del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (DI), en el marco de los expedientes S/0293/10 y S/0314/10, tuvo conocimiento de la adopción, en 2008, de un acuerdo por parte de la Asociación de Empresarios de Transporte de Contenedores de la Zona Centro (en adelante, ASEMTRACON), relativo a la aplicación y revisión periódica de un recargo por combustible sobre el precio de los servicios de transporte terrestre de contenedores (folios 26 a 27 y 481 a 487).

Asimismo, en el marco de ambos expedientes, la DI tuvo conocimiento de la adopción, en marzo de 2011, por parte de ASEMTRACON y de diversas

empresas del sector, de un documento relativo a la aplicación de la cláusula de revisión del precio del transporte en función de la variación del precio del gasóleo (folios 15 a 24 y 134 a 135).

2. Con fecha 2 de febrero de 2012, la DI acordó incoar expediente sancionador contra ASEMTRACON, COTRANSA, S.A., ITA LOGÍSTICS, S.L., TRANSPORTES CARRASCO, S.A., CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS), MAARIF, S.L., TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A., MEGATRAC 2000, S.L., TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A., TRAVELPORT, S.L., CECOTRANS BIZ, S. COOP., TCV RAILWAY TRANSPORT S.L., COPITRANS S.L., RAISAPORT TRANSPORT S.L., AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA, JOIRSA LOGISTICS S.A., TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A., TRANSTECO, S.A., SICSA RAIL TRANSPORT S.A., LAUMAR CARGO S.L., y FOUR CARRUANA S.L. por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE consistentes en la fijación, directa o indirecta, de precios y de condiciones comerciales o de servicio (folios 31 a 32).

Dicho acuerdo fue notificado a las partes incoadas entre los días 2 y 13 de febrero (folios 33 a 117). No obstante, la notificación dirigida a ASEMTRACON fue devuelta a la DI con fecha 10 de febrero de 2012 (folio 36.1), reiterando la DI con esta misma fecha la notificación a otra dirección que constaba en el expediente (folio 123). De igual manera, esta segunda notificación fue devuelta a la DI con fecha 22 de febrero de 2012 (folio 123.1). Por otro lado, el primer intento de notificación dirigido a RAISAPORT TRANSPORT, S.L. (folios 76 a 78) fue devuelto a la DI (folio 78.1), llevándose a cabo un segundo intento también fallido el 1 de marzo de 2012 (folios 174 y, 174.1). Con fecha 29 de febrero de 2012, la DI remitió, tanto al Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid como al Boletín Oficial del Estado, un escrito solicitando, de acuerdo con el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la publicación de un anuncio dirigido a ASEMTRACON por el que se le comunicaba el acuerdo de incoación y la posibilidad de tomar vista del expediente en la sede de la DI (folios 177 a 180). Por error, esas publicaciones no se materializaron (folio 411). Con fecha 31 de mayo de 2012, esta Dirección procedió a remitir al Boletín Oficial del Estado una nueva solicitud de notificación del acuerdo de incoación dirigido a ASEMTRACON y a RAISAPORT TRANSPORT, S.L. a través de un anuncio en dicho boletín oficial (folios 412 a 415). La publicación se realizó el 21 de junio de 2012 (folio 415.1). Por último, con fecha 7 de junio de 2012, la DI remitió a los Ayuntamientos de Madrid y de Valencia las respectivas solicitudes de notificación del acuerdo de incoación dirigido a ASEMTRACON y a RAISAPORT TRANSPORT, S.L. a través de anuncios en sus tabloneros de edictos (folios 416 a 422). La publicación en el tablón de edictos del Ayuntamiento de Madrid se realizó entre los días 15 a 26 de junio de 2012

- (folios 419.1.1 a 419.1.3) y la correspondiente al Ayuntamiento de Valencia los días 14 a 27 de junio de 2012 (folios 422.1.1 a 422.1.3).
3. Con fecha 6 de febrero de 2012, tuvo entrada en la DI un escrito de alegaciones al acuerdo de incoación de la empresa CONSIGNATARIOS TRANSITOS Y TRANSPORTES INTERNACIONALES, S.A. (COTRANSA) en el que manifestó que dicha empresa no había participado en ninguna reunión, no pertenecía a ASEMTRACON, no se dedicaba al transporte de contenedores y que su sello y firma no figuraban entre las empresas que firmaron el acuerdo que la DI había remitido junto con el acuerdo de incoación (folio 118). Advertido el error de que esta empresa no era realmente la destinataria del acuerdo de incoación de fecha 2 de febrero de 2012, la DI notificó a COTRANSA, S.A. dicho acuerdo de incoación, acusando recibo la interesada el 8 de febrero de 2012 (folio 92).
 4. Con fecha 7 de febrero de 2012, tuvo entrada en la CNC un escrito de alegaciones al acuerdo de incoación de la empresa SICSA RAIL TRANSPORT, S.A. (folio 119).
 5. Con fecha 8 de febrero de 2012, tuvo entrada en la DI un escrito de alegaciones al acuerdo de incoación de la empresa Transportes Manuel González Blázquez, S.A. (folio 120).
 6. Con fecha 10 de febrero de 2012, la DI requirió a ASEMTRACON los nombres de todos sus asociados desde el año 2008 así como la fecha en que se habían dado de baja (folios 124 a 126). Tras dos intentos, la notificación fue devuelta con fecha posterior a 29 de febrero de 2012 (folio 126.1).
 7. Con fecha 27 de marzo de 2012 la DI incorporó al expediente un escrito de alegaciones al acuerdo de incoación de la empresa TRANSTECO, S.A. (folios 194 a 207).
 8. Con fecha 2 de abril de 2012, tuvo entrada en la CNC un escrito de alegaciones al acuerdo de incoación de la empresa TRAVELPORT, S.L. (folios 222 a 223).
 9. La Directora de Investigación ordenó el desarrollo de una inspección en la sede de ASEMTRACON el 29 de mayo de 2012, con el fin de verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del TFUE, consistentes, en general, en acuerdos para la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados del transporte de contenedores por carretera. Asimismo, la inspección tenía por objeto verificar si los acuerdos de los que había tenido conocimiento la DI se habían llevado a la práctica (folios 234 a 238). Constan en el expediente las actas relacionadas con tal inspección (folios 259 a 261 y 269).

- 10.** Con fecha 31 de mayo de 2012 la DI incorporó al expediente un escrito de las empresas TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A. y MEGATRAC 2000, S.L. (folios 262 a 265, 270 a 273).
- 11.** Con fecha 12 de junio de 2012, la DI solicitó al Grupo PFA Asesores información sobre su relación con ASEMTRACON y sobre el inicio de la misma, requiriéndole que aportara copia de las actas de dicha Asociación y de las comunicaciones sobre la cláusula del gasóleo, así como el listado de sus asociados (folios 426 a 432.1). El Grupo PFA Asesores contestó a dicho requerimiento de información con fecha 18 de junio de 2012 (folio 449).
- 12.** Con fecha 25 de junio de 2012, la DI requirió al Grupo PFA Asesores que remitiera determinada información que debería estar en su poder como asesor fiscal y contable de ASEMTRACON: personas de contacto, personal trabajando para la asociación, último recibo emitido por esta entidad por sus servicios a ASEMTRACON, última factura recibida por ASEMTRACON, miembros que pagan cuotas y asociados que han causado baja (folios 450 a 453). El Grupo PFA Asesores contestó a dicho requerimiento con fecha 11 de julio de 2012 (folio 454).
- 13.** Con fecha 19 de octubre de 2012, la DI requirió al Grupo PFA Asesores que remitiera una copia del último recibo emitido por esta entidad por sus servicios a ASEMTRACON, así como una copia de la última factura recibida por ASEMTRACON (folios 457 a 458). El Grupo PFA aportó la documentación requerida el 29 de octubre de 2012 (folios 467 y 468 a 470 confidenciales).
- 14.** Con fecha 7 de noviembre de 2012, la DI solicitó a TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A. y a MEGATRAC, S.L. que aportaran la cadena completa de unos correos electrónicos de fecha 16 de septiembre de 2009, y que confirmara que dos personas habían sido o seguían siendo empleados de Transportes Alonso Salcedo, S.A. (folios 473 a 475). Las empresas contestaron el 8 de noviembre de 2012 (folios 478 a 479).
- 15.** Con fecha 21 de noviembre de 2012, tuvo entrada en el registro de la CNC un escrito de alegaciones de LAUMAR CARGO, S.L. (folios 527-648).
- 16.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, con fecha 26 de noviembre de 2012 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) que fue notificado a todos los interesados entre los días 26 de noviembre y 4 de diciembre de 2012 (folios 641 a 696).

La DI envió a JOIRSA LOGISTICS, S.A. la notificación del PCH por fax, obteniendo el "ok" (folio 675.2). Puesto que no se pudo obtener el acuse formal de la recepción del fax firmado por la empresa, la DI envió por Correos la notificación del PCH. Esta notificación fue devuelta a la DI por Correos con fecha 11 de diciembre de 2012, tras dos intentos efectuados por los empleados de Correos, al encontrarse ausente el destinatario en el momento de las entregas y posteriormente no haber sido retirada la notificación de la

oficina de Correos (folio 675.1). Adicionalmente, la DI intentó de forma infructuosa realizar la entrega en mano.

De la misma manera, la DI notificó por fax a la AGENCIA TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA, obteniendo el "ok" del fax (folio 684.1.1). En vista de que no se pudo obtener el acuse formal de la recepción del fax firmado por la empresa, la DI notificó nuevamente el PCH por correo administrativo, dirigiendo la comunicación a la dirección obrante en el expediente y proporcionada por la empresa al acusar recibo de la notificación del acuerdo de incoación (folio 87). Esta notificación fue devuelta a la DI por Correos constando en la tarjeta rosa "desconocido" (folio 684.1), considerando preciso subrayar que, a fecha de elaboración de esta propuesta de resolución, AGENCIA TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA no ha comunicado a la DI variación alguna en sus datos de contacto. Asimismo, la DI intentó sin éxito entregar en mano la notificación del PCH.

- 17.** Hay incorporados al expediente escritos de alegaciones al PCH presentados por TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A. y MEGATRAC 2000, S.L. (folios 724 a 727 y folio confidencial 728); TRANSPORTES CARRASCO, S.A. (folios 745 a 749); FOUR CARRUANA, S.L (folios 762 a 765 y folios confidentiales 766 a 783); TRANSTECO, S.A. (folios 798 a 1304 y folios confidentiales 1305 a 1422); TRAVELPORT, S.L. (folios 1423 a 1425); TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A. (folios 1436 a 1438 y folios confidentiales 1439 a 1515); TCV RAILWAY TRANSPORT, S.L. (folios 1548 a 1561); CESÁREO MARTIN-SANZ, S.A. (folios 1622 a 1631) y CECOTRANS-BIZ, S.COOP (folios 1562-1620).
- 18.** El 18 de diciembre de 2012, se ofició al Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid para que remitiese el informe preceptivo no vinculante previsto por el art. 33.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC) [folios 1524 a 1525].
- 19.** Con fecha 9 de enero de 2013, la instructora del expediente, conforme con lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, procedió al cierre de la fase de instrucción (folio 2053) con el fin de redactar la propuesta de resolución, lo que se notificó a las imputadas entre los días 9 y siguientes de enero de 2013.
- 20.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, entre los días 15 y 18 de enero de 2013 se notificó la Propuesta de Resolución de la DI (folios 2157.1, 2159.1, 2161.1, 2163.1, 2165.1, 2167.1, 2169.1, 2171.1, 2173.1, 2175.1, 2177.1, 2179.1, 2219.1 a 2223.1 y 2227.1).
- 21.** Con fecha 23 de enero de 2013 se recibió el informe preceptivo no vinculante previsto por el art. 33.2 del RDC emitido por el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid y cuyas conclusiones vienen a ratificar la imputación que realiza la DI de la CNC (folios 2239-2261).

- 22.** Constan incorporados al expediente escritos de alegaciones a la PR presentados por TRANSTECO (folios 2266-3042); LAUMAR (folios 3043-3049); FOUR CARRUANA (folios 3050-3053); CECOTRANS BIZ, S.COOP (folios 3054-3465); COTRANSA (folios 3466-3477); CMS (folios 3532-3680); TCV RAILWAY TRANSPORT (folios 3681-3825); TRAVELPORT (folios 3826-3829); MAARIF, S.L., MEGATRAC 2000, S.L. y TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A. (folios 3831-3835) y TET (folios 3890-3986).
- 23.** En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.5 de la LDC y del artículo 34.2 del RDC, el 5 de febrero de 2013 la DI elevó al Consejo el expediente junto con Informe Propuesta para su resolución.
- 24.** El 20 de febrero de 2013 TRANSTECO aportó determinada información complementaria, en particular, el acta fundacional y los estatutos de ASEMTRACON (folios 3989-4017).
- 25.** Con fecha de 12 de junio de 2013, el Consejo dictó Acuerdo por el que informa a las partes de que se había remitido a la Comisión Europea la Propuesta de Resolución del expediente en los términos en que se señala en el artículo 11.4 del Reglamento CE 1/2003, por lo que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la Ley 15/2007, había quedado suspendido el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente 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 30 días a que se refiere el último precepto señalado, por Acuerdo de 12 de julio 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.
- 26.** Mediante Acuerdo de 16 de julio de 2013, siguiendo lo previsto en el artículo 51 de la LDC, el Consejo dictó acuerdo por el que aceptó admitir la práctica de determinadas pruebas solicitadas por las empresas en sus alegaciones a la propuesta de Resolución y denegar la solicitud de vista (folio 4059-4070). En base a ello se suspendió el cómputo del plazo máximo para resolver. Asimismo, se requirió a las partes para que al amparo del artículo 39 de la LDC aportaran determinada información necesaria sobre volumen de negocios.
- 27.** Se han recibido escritos de alegaciones a dicho acuerdo de prueba presentados por TCV Railway (folios 4273-4279) acompañado posteriormente de declaración jurada de su exDirector (folios 4288-4289), de LAUMAR (folios 4280-4281), de TRANSTECO (folios 4282-4283), de COTRANSA (folios 4291-4292) y de CECOTRANS BIZ, S.COOP, acompañado de certificación del registro de cooperativas de Euskadi (folio 4303-4307).
- 28.** La prueba admitida fue debidamente realizada. Con fecha 14 de agosto de 2013 el Consejo dictó acuerdo dando plazo a las partes para la valoración de prueba (folio 4763) habiendo presentado escrito de alegaciones al respecto

LAUMAR (folios 4841-4842), TRANSTECO (folios 4843-4844), TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A. (folios 4855-4861), CECOTRANS BIZ, S.COOP (folios 4862-4864), MAARIF, MEGATRAC Y TRANSPORTES ALONSO SALCEDO (folios 4865-4872) y CMS (folios 4886-4890).

- 29.** Con fecha 19 de agosto de 2013 se reiteró el requerimiento de información necesaria sobre volumen de negocios a TRANSPORTES CARRASCO, S.A.; TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A. y TRAVELPORT, S.L., recordándoles que en caso de no disponer de la información necesaria para delimitar el volumen de negocios el Consejo estará a lo previsto en el artículo 63 de la Ley 15/2007 (folios 4816-4817).
- 30.** Con fecha 27 y 28 de agosto de 2013 contestaron al requerimiento de información TRANSPORTES CARRASCO, S.A. y TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A.
- 31.** Una vez finalizado el plazo de alegaciones y valoración de la prueba practicada, y aportada la información requerida se levantó la suspensión del plazo máximo para resolver con efectos de 6 de septiembre de 2013.
- 32.** El Consejo deliberó y terminó de fallar el presente expediente en su reunión de 11 de septiembre de 2013.
- 33.** Son interesadas:
 - ASEMTRACON
 - AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA
 - CECOTRANS BIZ, S. COOP.
 - CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS)
 - COPITRANS S.L.
 - COTRANSA, S.A.
 - FOUR CARRUANA
 - ITA LOGÍSTICS, S.L.
 - JOIRSA LOGISTICS S.A.
 - LAUMAR CARGO S.L.
 - MAARIF, S.L.
 - MEGATRAC 2000, S.L.
 - RAISAPORT TRANSPORT S.L.
 - SICSA RAIL TRANSPORT, S.A.
 - TCV RAILWAY TRANSPORT S.L.

- TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A.
- TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A.
- TRANSPORTES CARRASCO, S.A.
- TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A.
- TRANSTECO, S.A.
- TRAVELPORT, S.L.

HECHOS PROBADOS

1. EL SECTOR

De acuerdo con la DI: “Se denomina “puerto seco” a una terminal intermodal de mercancías situada en el interior de un país o región económica que conecta con el puerto marítimo de origen o destino de los tráficos tratados. De ahí la denominación de “puerto seco”, al manipular tráficos portuarios en una zona interior. La intermodalidad es una de las características de este tipo de puertos. Significa combinar diferentes modos o modalidades de formas de transporte, al objeto de hacer más ágil, flexible, fiable y eficiente el transporte de mercancías. En general, al hablar de puerto seco se hace referencia a una plataforma intermodal pues combina el transporte ferroviario, el marítimo y el transporte por carretera. Es una cadena de medios de transporte que utiliza el mejor transporte para cada etapa, logrando la eficiencia en la canalización de los flujos de las mercancías. El vehículo que permite la intermodalidad en la cadena de transporte es el contenedor. La importancia del tráfico del contenedor, tanto en el tráfico marítimo como en el terrestre, conduce a la especialización y desarrollo de terminales para este tipo de mercancías. Las conductas que se describen a continuación han sido llevadas a cabo por operadores que actúan en la zona centro o puerto seco de Madrid”.

Según el Informe sobre la Evolución de los indicadores económicos y sociales del transporte terrestre publicado por el Ministerio de Fomento para noviembre de 2012, la facturación anual en transporte de contenedores en España fue 1.444.251.000€.

2. LAS PARTES

2.1. ASEMTRACOM

ASEMTRACON es la Asociación de Empresarios de Transporte de Contenedores de la Zona Centro (folio 173).

Según el relato de FOUR CARRUANA (folio 762), en el año 2004 los transportistas que operaban en el sector de transporte de contenedores deciden agruparse, creando al efecto una Asociación profesional,

ASEMTRACON, que tuviera por objeto la defensa de los intereses profesionales de este específico sector, así como el asesoramiento en distintas materias, entre otras, y en lo que a este particular respecta, el estudio, y aplicación de los datos publicados por el Observatorio de Costes, según la página Web, que publica con carácter periódico trimestral el Ministerio de Fomento, al sector de transporte de contenedores, sector muy específico dentro del transporte.

De acuerdo con el acta fundacional de la Asociación (folio 3989-3991), los socios promotores de ASEMTRACON fueron 13 empresas, entre las que se encontraban TRANSPORTES CARRASCO, S.A., ITA LOGISTICS, S.L., FOUR CARRUANA, S.L., CESÁREO MARTÍN SANZ, S.A., TRANSTECO, S.A., COTRANSA, S.A., TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLAZQUEZ S.A., TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A. y TRAVELPORT, S.L. Consta en el expediente que dicho acta fue depositada ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el 2 de noviembre de 2004.

De acuerdo con sus Estatutos, la Asociación es un “*órgano de coordinación, representación y gestión, fomento y defensa de los intereses generales y comunes de Empresas de Transporte de Contenedores*” (art.1). La Asociación se constituyó por tiempo indefinido, y su marco territorial “se extenderá a toda la Comunidad Autónoma de Madrid y sus provincias limítrofes, esto es Toledo, Cuenca, Guadalajara, Ávila y Segovia (art.4). Podrán ser miembros de la ASOCIACIÓN todos aquellos empresarios que como persona natural o jurídica ejerzan la actividad de transporte de contenedores en vehículo adaptado para tal fin y de acuerdo con la normativa reguladora de dicha actividad (art. 5).

Entre sus fines se encuentra (art. 9):

d) Elaborar recomendaciones sobre contratación y política de precios, así como establecer orientaciones generales en las materias de su competencia en cuanto afecten al ámbito de sus afiliados.

e) Participar en la regulación de las cuestiones referentes al perfeccionamiento de la concurrencia del mercado, contingentes, acceso a la profesión y al mercado, cooperar en la información de precios, observatorios de costes y tarifas de referencia, interviniendo en instancias previas en el arbitraje de las relativas a la competencia desleal.

Según el artículo 11 de los Estatutos, entre los deberes de los Asociados se encuentra el de “*cumplir los acuerdos válidamente adoptados por la Asociación*”.

De acuerdo con el artículo 33 de los Estatutos “*La Asamblea General es el único órgano facultado para acordar la disolución de la Asociación*”.

Algunas de las empresas incoadas manifiestan que nunca fueron asociadas de ASEMTRACON. Es el caso de CECOTRANS BIZ, S. COOP o de TCV RAILWAY TRANSPORT S.L. Otras que dejaron de serlo a lo largo de estos años. Así, FOUR CARRUANA solicitó la baja en 2006 (folio 3053), Transportes Manuel González Blázquez, S.A. y TRAVELPORT, S.L. se dieron de baja en el

año 2009 y en 2012 TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A. y MEGATRAC 2000, S.L.

En el momento de recabar información sobre ASEMTRACON, en su página web constaba como domicilio social la dirección en la que se ordenó llevar a cabo la inspección, si bien posteriormente la mencionada página web dejó de anunciarse. Por otro lado, constaba en la documentación del expediente un correo electrónico con un pie de firma de la Asociación y sus datos de contacto, distintos a los de la página web (folios 15 a 18).

El Registro Nacional de Asociaciones (folio 4289) y el Registro de Asociaciones de la Comunidad de Madrid (folio 4845) y han certificado que ASEMTRACON no aparece inscrita en los mismos. Asimismo, se ha comprobado que tampoco consta en el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos (REAPTA), perteneciente al Ministerio de Empleo y Seguridad Social (folio 4124).

Sin embargo, consta en el expediente evidencia de que en 2012 la Asociación seguía operativa, como demuestran las facturas expedidas por PFA a la Asociación por la prestación de servicios de asesoramiento y gestión fiscal-contable (folios 454, 468-469).

En el Acta de la inspección el Sr. XXX reconoce la existencia de ASEMTRACON y afirma que ostenta el cargo de Presidente de ASEMTRACON D. XXX, Presidente a su vez de la empresa RAISAPORT TRANSPORT S.L. (folio 259). El Sr. XXX también *“indica que no le consta que se hayan celebrado reuniones de ASEMTRACON desde hace año y medio y a su juicio no desarrolla ninguna actividad. Preguntado sobre si hay un acuerdo o acta de disolución de ASEMTRACON manifiesta que lo desconoce”* (folio 260).

Asimismo, constan artículos de prensa fechados en febrero de 2012 en los que desde ASEMTRACON se realizan manifestaciones sobre este mismo expediente (folios 170-173). En ellos se dice que la asociación está integrada por *“sólo ocho o nueve asociados”* (folio 172). El hecho de que haya empresas que manifiesten haberse dado de baja en 2012 también corrobora su existencia hasta entonces.

2.2. GRUPO PFA ASESORES

Especialistas en el asesoramiento y gestión de Sociedades mercantiles en materia fiscal, contable, mercantil y laboral entre otras. Con ASEMTRACON dice mantener una relación comercial limitada a servicios de asesoramiento y gestión fiscal-contable, así como asesoramiento y gestión laboral. Lo que se traduce en la llevanza de la contabilidad de la asociación, pues no se realiza ningún servicio laboral (folio 449).

2.3. LAS EMPRESAS

COTRANSA, S.A., ITA LOGÍSTICS, S.L., TRANSPORTES CARRASCO, S.A., CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS), MAARIF, S.L., TRANSPORTES

ALONSO SALCEDO, S.A., MEGATRAC 2000, S.L., TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A., TRAVELPORT, S.L., CECOTRANS BIZ, S. COOP., TCV RAILWAY TRANSPORT S.L., COPITRANS S.L., RAISAPORT TRANSPORT S.L., AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA, JOIRSA LOGISTICS S.A., TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A., TRANSTECO, S.A., SICSA RAIL TRANSPORT S.A., LAUMAR CARGO S.L., y FOUR CARRUANA S.L. son empresas de transporte de contenedores por carretera que operan o han operado en algún momento en el Puerto seco de Madrid.

Algunas empresas han presentado en sus alegaciones matizaciones respecto a la naturaleza o al ámbito de sus actividades.

CESAREO MARTÍN-SANZ, S.A.

La actividad de Cesáreo Martín Sanz, S.A. en relación con el transporte de contenedores es casi inapreciable, ya que apenas realiza actividades en este sector y esa escasa actividad la lleva a cabo únicamente en relación con contenedores especiales.

COOPERATIVA CENTRO DE CONTRATACION DE TRANSPORTE DE BIZKAIA (CECOTRANS BIZ, S. COOP).

CECOTRANS BIZ, S. COOP tiene su principal centro de operaciones en Bilbao, constituyendo sus instalaciones en Getafe-Madrid una delegación exclusivamente para la entrega y/o recogida de contenedores que transitan a través de la red ferroviaria de RENFE. En dicha instalación prestan servicio una media aproximada de 17 vehículos de transportistas, en su mayoría autónomos.

La Cooperativa, por constituir una Cooperativa de Servicios, no tiene vehículos, ni Autorizaciones de transporte. Los referidos 17 vehículos que operan en las instalaciones de Getafe-Madrid, apenas representan el 7% del transporte en carretera que presta el conjunto de los cooperativistas.

TCV RAILWAY TRANSPORT S.L.

TCV Railway alega que nunca ha sido miembro de ASEMTRACON. Realiza las labores propias de un cargador o transitario ferroviario. El transporte de contenedores por carretera es sólo un complemento a su actividad principal, porque presta a algunos de sus clientes la posibilidad de gestionar el transporte terrestre que acontece desde el Puerto seco de Coslada hasta su destino final.

TRANSPORTES ALONSO SALCEDO S.A. (en adelante TAS) y **MEGATRAC S.L.** (en adelante MGTC) tienen su sede en Valencia y se dedican, entre otras actividades, al transporte por carretera de contenedores. Ahora bien, dicen que sólo TAS efectúa la ruta de Madrid a Valencia y viceversa. MGTC no actúa en esa ruta, y únicamente efectúa portes de carácter doméstico (Puerto de Valencia-Bases de Contenedores Valencia y viceversa) sin que asuma

transportes de más entidad, si bien ello no obsta a que alguna vez, de forma esporádica, haya podido ejecutar algún servicio con destino Madrid. La facturación que suponen los tráficos con Madrid, en el caso de TAS no supone más del 10% de la facturación total de la empresa (folio 276). También argumenta **MAARIF S.L.** tener una escasa relación comercial con empresas del Puerto seco.

TRANSPORTES ALONSO SALCEDO S.A. y MEGATRAC S.L. presentan la misma representación legal (folio 274), así como MAARIF (folio 3887). Las dos primeras dicen haber cursado baja en ASEMTRACOM en el mes de Marzo de 2012, de forma voluntaria.

TRANS EUROPEAN TRANSPORT S.A. fue constituida el 4 de abril de 1989 con sede en Bilbao y su objeto social era la realización y ejecución de actividades de transporte de mercancías tanto por carretera, ferrocarril, aéreo, fluvial o marítimo.

Hay documentos en el expediente que acreditan que en diciembre de 2012 dicha empresa se había extinguido (folio 1304). De hecho, en la actualidad no contesta a las comunicaciones de la CNC.

3. MARCO NORMATIVO

Para interpretar los hechos que aquí se analizan conviene tener presente los siguientes desarrollos normativos.

El 18 de octubre de 2005 se procede a la firma de los “Acuerdos y conclusiones Adoptados por el Comité Nacional del Transporte de Mercancías, principales asociaciones que representan a las empresas cargadoras y el Ministerio de Fomento” desarrollados por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005 por el que se aplican distintas medidas al sector del transporte por carretera. En él se dice:

“El Ministerio de Fomento modificará la Orden Ministerial por la que se establecen las condiciones generales de contratación del transporte de mercancías por carretera 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 experimentado por el precio del gasóleo entre el momento de celebración del contrato y aquél en que se realizó el transporte, tomándose como referencia a tal efecto, los datos relativos al precio medio del gasóleo publicadas por el Ministerio de Industria (...) y los consumos referidos al vehículo de que se trate tenidos en cuenta en el observatorio de costes del transporte elaborado por el Ministerio de Fomento”.

Tras la huelga del sector el 11 de junio de 2008 la AGE y el Comité Nacional del Transporte por Carretera acuerdan (Orden PRE/1664/2008 de 13 de junio) el establecimiento de una cláusula de revisión obligatoria a incorporar en los contratos de transporte por carretera de mercancías para la actualización del precio pactado en los contratos en función de la evolución del precio del gasóleo. En virtud de este Acuerdo, mediante Orden FOM/2184/2008 de 23 de

julio de 2008, se modificó la Orden de 25 de abril de 1997 sobre las Condiciones Generales de Contratación de los Transportes de Mercancías por Carretera, eliminando la exclusión de la aplicación de dichas condiciones al transporte internacional –que, por tanto, había estado excluido de la aplicación de estas cláusulas de revisión hasta entonces- e incluyendo una fórmula de actualización de precios en base a evolución del coste del gasóleo, salvo que las partes hubieran pactado otra.

La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías tiene por objeto actualizar el régimen jurídico del contrato de transporte terrestre de mercancías, tanto por lo que se refiere al transporte por carretera como por ferrocarril. En sentido estricto, como recuerda su Preámbulo, esta Ley no venía obligada por la incorporación al Derecho español de directivas comunitarias. Sin embargo, el legislador la consideró necesaria, entre otros motivos, para “salvar el anacronismo y el desfase del Código de Comercio en esta materia”.

La citada Ley en su artículo 38 dice lo siguiente:

Artículo 38 Revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo

1. *En los transportes por carretera, salvo que otra cosa se hubiera pactado expresamente por escrito, cuando el precio del gasóleo hubiese aumentado entre el día de celebración del contrato y el momento de realizarse el transporte, el porteador podrá incrementar en su factura el precio inicialmente pactado en la cuantía que resulte de aplicar los criterios o fórmulas que, en cada momento, tenga establecidos la Administración en las correspondientes condiciones generales de contratación del transporte de mercancías por carretera.*

Dichos criterios o fórmulas deberán basarse en la repercusión que la partida de gasóleo tenga sobre la estructura de costes de los vehículos de transporte de mercancías.

2. *De la misma manera, el obligado al pago del transporte podrá exigir una reducción equivalente del precio inicialmente pactado cuando el precio del gasóleo se hubiese reducido entre la fecha de celebración del contrato y la de realización efectiva del transporte.*

3. *Los criterios o fórmulas señalados serán de aplicación automática siempre que el precio del gasóleo hubiera experimentado una variación igual o superior al 5 por ciento, salvo que, expresamente y por escrito, se hubiera pactado otra cosa distinta previa o simultáneamente a la celebración del contrato.*

Salvo pacto en contrario, en los contratos de transporte continuado se aplicarán de forma automática los incrementos o reducciones determinados por la aplicación de los anteriores criterios o fórmulas con carácter trimestral en relación con el precio inicialmente pactado, sea cual fuere el porcentaje en que hubiese variado el precio del gasóleo.

4. *El pacto en contrario se considerará nulo en todos aquellos casos en que tenga un contenido claramente abusivo en perjuicio del porteador y carecerá de efecto cuando se contenga en unas condiciones generales respecto de las que la parte que no las ha propuesto sólo pueda mostrar su aceptación o rechazo global.*

4. HECHOS PROBADOS

4.1. Actuación de ASEMTRACOM en relación al recargo en el combustible

Consta en el expediente, un correo electrónico (folio confidencial 26) por el que se trasladaba entre distintos operadores del Puerto de Barcelona el comunicado de ASEMTRACON de 17 de junio de 2008 (folio 27). Dicho comunicado señalaba lo siguiente:

Madrid a 17 de junio de 2008

Teniendo en cuenta el efecto gravemente perjudicial que ha tenido para el sector la evolución del precio del combustible durante el año 2008, se han cerrado las negociaciones con los distintos Departamentos gubernamentales y el Comité Nacional de Transporte por Carretera.

Como consecuencia de ello y tras las negociaciones sectoriales acontecidas entre los empresarios del transporte portuario que actúan en la Comunidad Autónoma de Madrid, se ha acordado aplicar las siguientes medidas:

- 1. El restablecimiento de una cláusula correspondiente al "recargo de combustible" para la actualización automática de las fluctuaciones en los precios del gasóleo, la cual figurará de forma específica y por separado en factura como Condición General de los Contratos de Transporte de Mercancías.*
- 2. Dicha cláusula será de aplicación a partir del próximo 1 de julio de 2008, estableciéndose en un 10% a partir de la fecha anteriormente indicada, siendo a su vez revisada trimestralmente de acuerdo a las fluctuaciones que acontezcan.*

Con estas medidas pretendemos tanto concretar a los operadores y clientes la necesidad mutua de asegurar un transporte terrestre de contenedores que satisfaga las exigencias de calidad y viabilidad en la prestación de los servicios, como reforzar las relaciones mercantiles del sector.

Constan en el expediente distintas Actas de la Junta Directiva de la Asociación de Empresas de Logística y Transporte de Contenedores (ELTC) de Valencia de 17 de junio de 2008 (folios 481 a 483), de 26 de agosto de 2008 (folios 484 a 485) y de 9 de septiembre de 2008 (folios 486 a 487), en las que se reproducían manifestaciones sobre la actuación de ASEMTRACON en relación al recargo por combustible, consistentes en la repercusión sobre el precio del transporte de la variación del precio del gasoil, acordado en un porcentaje.

En concreto, en la primera de las actas indicadas, de 17 de junio de 2008, se trata el tema del Recargo o también llamado canon por combustible y se dice:

"(...) Los directivos destacan la importancia de que todo el mundo lo aplique. Además, se informa de que por parte de los transportistas en el Puerto de Barcelona y por la asociación de transportistas de contenedores de Madrid (Asemtracon) se ha llegado al mismo tipo de acuerdo, aplicando también un porcentaje del 10%. Se acuerda difundir los acuerdos de Barcelona y Madrid en el momento en el que se disponga de ellos".

En el Acta de la reunión de ELTC de 26 de agosto de 2008 se dice:

“Precios/Recargo-canon por combustible

- *Efectividad de la repercusión del 10%*
- *Evolución de los precios del combustible*
- *Previsiones sobre la revisión del valor del canon*

(...)

Por parte de los directivos se propone y aprueba que se contacte con las asociaciones de Barcelona y Madrid para tratar de conocer cómo van a actuar ellos, y que se anuncie a primeros de septiembre a través de un comunicado el criterio que se va aplicar a partir del 1 de octubre, para que todos lo conozcan, aunque todavía se retrase algunos días el cálculo, concreto del porcentaje de revisión cuando se conozcan los datos oficialmente”.

En el Acta de la reunión de ELTC de 9 de septiembre de 2008 se dice:

“Precios/Recargo-canon por combustible

- *Efectividad de la repercusión del 10%*
- *Evolución de los precios del combustible*
- *Previsiones sobre la revisión del valor del canon*

(...) En este sentido, el Gerente informa que en el ámbito del Puerto de Barcelona se acaba de establecer la actualización en un menos 3%, por lo que desde el 1 de octubre el nuevo valor del canon será del 7%, y que en Madrid se están produciendo los primeros movimientos para valorar qué hacer (se está realizando el relevo de la persona que lleva los asuntos de la asociación Asemtracon de Madrid).

Con fecha 16 de septiembre de 2009, ASEMTRACON envió un correo electrónico a distintos operadores de transporte (entre esos destinatarios figuraban, entre otros, cargos de las empresas Transportes Carrasco, S.A., Maarif, S.L., COTRANSA, S.A., Transportes Alonso Salcedo, S.A., Agencia de Transportes Santina de Covadonga, y Transportes Manuel González Blázquez, S.A.) cuyo asunto era “recargo por combustible se aumenta en un 2,4% a partir del 1 de octubre de 2009”, manifestando que desde la Asociación sólo se trasladaba la información oficial, dando la posibilidad a los asociados de tomar sus propias decisiones (folio 408).

4.2. ACUERDO DE 2011

Consta en el expediente una cadena de correos electrónicos entre las fechas 1 y 21 de marzo de 2011, enviados por un empleado de ASEMTRACON a distintos destinatarios del sector del transporte de contenedores por carretera, cuyo objeto es la convocatoria a una reunión el 3 de marzo de 2011 para abordar el precio del gasóleo y su posible repercusión a los clientes.

Así, el 1 de marzo de 2013, XXX remite desde el correo asemtracon@asemtracon.es a TRAVELPORT, S.L., FOUR CARRUANA, S.L., TCV RAILWAY TRANSPORT, S.A., TRANSTECO, S.A., CECOTRANS BIZ,S.COOP., Transportes Carrasco, S.A., RAISAPORT TRANSPORT, S.L., Maarif, S.L., COTRANSA, S.A., Transportes Alonso Salcedo, S.A., Agencia de Transportes Santina de Covadonga y Transportes González con el asunto “reunión empresas de transporte contenedores Madrid – gasóleo” el siguiente mensaje (folios 16 y 17):

“Se convoca una reunión para abordar el precio del gasóleo y su posible repercusión a los clientes.

La reunión se convoca el próximo jueves 04/03/2011 a las 12:00 h. en el salón de actos de Abroñigal (antiguo edificio de Pascual — planta baja).

Está confirmada la asistencia de la mayoría de las empresas del sector.

En caso de no poder asistir se ruega que se comunique y así poder ajustar la convocatoria”.

Asimismo, en esa cadena de correos electrónicos, consta uno de 18 de marzo de 2012, enviado por un empleado de ASEMTRACON, con asunto “RV: reunión empresas de transporte contenedores Madrid – gasóleo” en el que se decía (folio 15):

“Buenos días, se adjunta el acuerdo votado por unanimidad en la reunión celebrada el pasado día 3 de marzo. Adjunto la Ley 15/2009 y la orden FOM que avalan el acuerdo adoptado.

Se adjunta el acuerdo del combustible secundado por Laumar. Con este integrante ya estamos casi todos en el acuerdo, faltan unas pequeñas empresas, que esperemos se vayan adhiriendo al acuerdo en breve”.

En efecto, en dicha reunión se adoptaron determinados acuerdos sobre la aplicación de la cláusula de revisión del gasóleo en las operaciones del transporte de contenedores que se plasmaron en un documento fechado el 7 de marzo de 2011 cuyo texto se transcribe:

MESA DE TRABAJO SOBRE EL SECTOR DEL TRANSPORTE DE CONTENEDORES POR CARRETERA EN MADRID

INCIATIVA PARA LA PROMOCIÓN DE LA ESTABILIDAD EN EL SECTOR: APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE REVISIÓN DEL PRECIO DEL TRANSPORTE EN FUNCIÓN DE LA VARIACIÓN DEL PRECIO DEL GASÓLEO.

Se constituyó la presente mesa el día 03 de marzo de 2011 y por unanimidad de los abajo firmantes se acordó la aplicación de la cláusula de revisión del gasóleo en las operaciones del transporte de contenedores.

Pese a la complejidad de algunos de los problemas que afectan al sector del transporte, existe el convencimiento entre los participantes de que el dialogo y la negociación, junto al esfuerzo de sensibilización y madurez de los colectivos

representados en la Mesa, son las mejores herramientas para llegar a conseguir resultados positivos para el sector.

En esta línea, la actualidad está volviendo a poner en evidencia la trascendencia de un asunto que, al parecer, sigue sin estar normalizado, aplicando los criterios previstos por la legislación vigente, en el ámbito de las relaciones contractuales entre los que contratan y prestan los servicios de transporte de contenedores en Madrid. Se trata de las fluctuaciones en el precio del combustible que tan intensamente repercuten en la estructura de costes de la actividad, de forma que un incremento o una bajada sostenidos en el precio del gasóleo pueden llegar a cambiar el escenario de rentabilidad del negocio o, incluso, a propiciar la crisis global del sector. Objetivamente se considera injusta una relación tan directa entre precio del combustible y rendimiento obtenido por el servicio prestado, y una exposición tan arriesgada de la actividad a este factor, y, por eso, las normativas más recientes han venido propiciando y obligando a establecer y aplicar entre los operadores cláusulas de revisión automática que independicen o prevean una dinámica propia para la repercusión de las fluctuaciones del precio del combustible, diferenciada respecto al precio del servicio de transporte como tal.

Los tráficos marítimo y aéreo han normalizado desde hace tiempo la aplicación de este tipo de fórmula.

Esta Mesa de trabajo se siente comprometida con el impulso e implantación de este tipo de mecanismo en el transporte terrestre, como herramienta legal de estabilidad y normalización de la actividad, de forma que se apliquen y revisen periódicamente cláusulas de actualización del precio (al alza o a la baja) en función de la evolución del precio del combustible. Por este motivo, ha tomado la iniciativa de promover su implantación referencial durante el año 2011 (en aquellos casos en los que no se haya venido aplicando hasta ahora) en los siguientes términos:

1°.- *Actualmente La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, en su artículo 38 se refiere expresamente a la "Revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo", dando así rango legal a este mecanismo que con especial detalle se regula en la legislación vigente en las "Condiciones Generales de Contratación del Transporte de Mercancías por carretera", en la cláusula 2.1 del anexo A, aprobada en su modificación parcial por la Orden del Ministerio de Fomento FOM/2184/2008.*

2°.- *En concreto, la normativa vigente fija en un 30% la repercusión en el precio del transporte que habría que considerar respecto al incremento o reducción que se produzca en el precio del combustible (tratándose de vehículos con una masa máxima autorizada igual o superior a 20.000 kilogramos, con excepción de las obras), lo que unido a la variación experimentada en el precio de gasóleo de automoción desde el 31.10.2009 al 31.12.2010, produce que la revisión, una vez aplicado el mencionado porcentaje del 30%, sea del 5%.*

3°.- *Por ello, se acuerda que con efectos del día 15 del mes de abril de 2011 procederá la repercusión de esta cláusula del 5% sobre el precio de los servicios de transporte, en aquellos casos en los que no se haya venido aplicando hasta ahora.*

4°.- Periódicamente, se difundirá información en relación con los términos de la actualización que sería procedente en función de las previsiones legales y las informaciones oficiales sobre precios del combustible de las que se disponga. Previsiblemente las revisiones del valor de la cláusula establecida en abril deberán llevarse a cabo los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año, siendo la siguiente del mes de julio de 2011, la que deberá aglutinar la revisión que corresponda por la variación del precio experimentada desde el 31.12.2010 hasta el 31.05.2011, procediéndose en las sucesivas a la revisión de la variación sufrida en el trimestre anterior.

Es el momento de los hechos, de llevar a la realidad lo que las normas y los compromisos establecen, de que cada uno de los que tenemos relación con el transporte cumplamos nuestras obligaciones y asumamos nuestras responsabilidades.

Los transportistas debemos ser los más comprometidos con este proceso de rigor y exigencia, pues nos va todo en ello. Debemos defender nuestra dignidad que es lo mismo que defender nuestros negocios, exigir y aplicar todo aquello que la ley establece y negarnos a trabajar cuando las condiciones no sean las mínimas que la propia ley contempla.

MESA DE VIGILANCIA DEL ACUERDO ADOPTADO

Los miembros de la Mesa que han negociado y formalizado el presente acuerdo se comprometen a mantener reuniones periódicas dirigidas a garantizar su cumplimiento, con el fin de corregir las desviaciones que pudieran hacerlo fracasar o modificarlo en función de las circunstancias.

Consta en el expediente una versión de este Acuerdo en cuyo pie aparecen, sin firmar, los nombres de las siguientes entidades: ASEMTRACOM, COTRANSA, ITA, CARRASCO, CMS, MAARIF, TRANSPORTES ALONSO, MEGATRAC, TET, TRAVELPORT, CECOTRANS, TCV RAIL, COPITRANS, RAISAPORT, TRANSPORTES COVADONGA, IMU-JOIRSA, TRANSPORTES GONZÁLEZ, TRANSTECO, SICSA y LAUMAR (folios 19 a 21).

Consta otra versión de este Acuerdo firmada por dieciocho empresas, diecisiete de las empresas identificadas e incoadas en el expediente de referencia y una sin identificar. Las empresas que firman el acuerdo, además de ASEMTRACOM, son: MEGATRAC 2000, S.L, TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A. [casi ilegible], TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A., RAISAPORT TRANSPORT S.L., MAARIF, S.L., TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A., TRANSPORTES CARRASCO, S.A., TRAVELPORT, S.L., [ILEGIBLE], CECOTRANS BIZ S. COOP., FOUR CARRUANA S.L., TCV RAILWAY TRANSPORT S.L., COTRANSA, S.A., CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS), TRANSTECO, S.A., AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA, LAUMAR CARGO S.L. y JOIRSA LOGISTICS S.A. Las empresas ITA LOGÍSTICS, S.L., COPITRANS S.L. y SICSA RAIL TRANSPORT S.A., constan en el acuerdo sin firmar (folios 22 a 24).

Mediante escrito de 6 de febrero de 2011 remitido a la CNC, SICSA RAIL TRANSPORT ha reconocido que fue *“invitada a la reunión entre los distintos transportistas de Madrid asociados dentro de la agrupación Asociación de Empresarios de Transporte de Contenedores de la Zona Centro (en adelante, ASEMTRACON), con el fin de determinar los modos legales para poder repercutir a sus clientes las subidas sufridas en el último periodo en el precio de los carburantes”*. SICSA explica en su escrito que no tuvo ningún representante en dicha reunión dado que es una empresa contratista de servicios de transporte, que no dispone de medios de tracción por carretera, con lo que el asunto no les concernía de modo directo (folio 119).

Con fecha 22 de marzo de 2011, desde CECOTRANS MADRID se comunicó a CECOTRANS BIZ, SOC.COOP que a partir del 18 de abril de 2011, CECOTRANS MADRID iba a empezar a aplicar la cláusula de revisión del gasóleo, fijada en un 5% (folios 28 y 29 confidencial).

Dicha comunicación fue remitida en la misma fecha a la Asociación Logística de Transporte de Contenedores (ALTC) de Barcelona (folios 134 a 135). En su escrito de 8 de febrero de 2012, CECOTRANS BIZ, SOC.COOP manifestó que los destinatarios de ese correo electrónico eran sus clientes (folios 121 a 122).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. OBJETO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO

A la vista de los hechos descritos en este PCH, la DI considera acreditadas dos infracciones de la normativa de defensa de la competencia.

Por una parte, la conducta de ASEMTRACON, consistente en acordar y difundir la repercusión del aumento del precio del gasóleo sobre el precio del transporte, cuantificando dicho recargo, a través de un comunicado el 17 de junio de 2008 y de un correo electrónico de 6 de septiembre de 2009. La DI recuerda que la doctrina reitera la ilicitud desde la óptica de la defensa de la competencia de este tipo de recomendaciones por parte de Asociaciones (RCNC de 11 de abril de 2011 del expediente S/0215/10, TRANSCALIT).

Por otro lado, el acuerdo adoptado por la Mesa de Trabajo sobre el Sector del Transporte de Contenedores por Carretera en Madrid el 7 marzo de 2011, firmado por ASEMTRACON y distintas empresas del sector, en el que se acordó repercutir un 5% sobre el precio del transporte a partir del 15 de abril de 2011, en concepto de recargo por variación en el precio del combustible. Recuerda la DI que *“El funcionamiento competitivo del mercado exige que cada operador decida autónomamente su comportamiento, sin ningún tipo de acuerdo, ya que al sustituir la actuación independiente por la colectiva se limita la competencia.*

Dentro del conjunto de posibles conductas colusivas, los acuerdos de fijación directa o indirecta de precios son considerados especialmente graves porque suprimen la competencia entre operadores en un elemento esencial para diferenciar las ofertas como es el precio, impidiendo así a los usuarios que se beneficien de los menores precios que resultarían de la competencia entre oferentes. En definitiva, mediante este tipo de acuerdos surge el riesgo de provocar precios más altos”.

La DI considera que estas conductas constituyen una infracción del artículo 1 de la LDC y también del artículo 101 del TFUE, cuestión que fundamenta de la siguiente forma:

“...las mercancías que parten o llegan a la Zona Centro pueden ser transportadas por cualquier empresa, nacional o extranjera y, su destino puede ser la propia Zona Centro o cualquier otro destino nacional o extranjero, habiendo pasado o con necesidad de pasar por cualquier puerto español. En este sentido, ha quedado acreditado en los párrafos 21, 22 y 26 del PCH que operadores del Puerto de Barcelona y del Puerto de Valencia, tuvieron conocimiento de la conducta de ASEMTRACON relativa al recargo por combustible. Ambos Puertos, en los que operan también algunas de las incoadas en el expediente, están dedicados en gran medida a la actividad de importaciones y exportaciones, lo que implica que su actividad supera el ámbito nacional y tiene carácter intracomunitario. Además, algunas de las empresas incoadas en este expediente tienen su sede fuera de la Zona Centro, en los mencionados Puertos.

A ello hay que añadir que las conductas analizadas inciden sobre precios del transporte de contenedores por carretera, por lo que pudieron afectar a las decisiones de las empresas generadoras de carga ubicadas dentro o fuera de algún puerto español que, dependiendo de los precios del transporte de contenedores de dicho puerto, pudieron decidir otro destino distinto para la carga”.

En cuanto a los efectos de las conductas imputadas, la DI ha analizado la documentación aportada por distintas partes (fundamentalmente facturas) y concluye que, sobre la base de tal documentación no se puede descartar que las conductas tuvieran efectos.

A la vista de lo actuado, conforme al artículo 50.4 de la LDC, la DI propone que se declare la existencia de dos conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la LDC, así como por el artículo 101.1 TFUE, a saber:

1. La conducta de ASEMTRACON, consistente en acordar y difundir la repercusión del aumento del precio del gasóleo sobre el precio del transporte, cuantificando dicho recargo, a través de un comunicado el 17 de junio de 2008 y de un correo electrónico de 6 de septiembre de 2009. Se considera responsable de dicha infracción a ASEMTRACON.
2. El acuerdo adoptado por la Mesa de Trabajo sobre el Sector del Transporte de Contenedores por Carretera en Madrid el 7 marzo de 2011, firmado por ASEMTRACON y distintas empresas del sector, en el que se acordó repercutir un 5% sobre el precio del transporte a partir del 15 de abril de 2011,

en concepto de recargo por variación en el precio del combustible. Se consideran responsables de dicha infracción a ASEMTRACON, MEGATRAC 2000, S.L, TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A., TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A., RAISAPORT TRANSPORT S.L., MAARIF, S.L., TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A., TRANSPORTES CARRASCO, S.A., TRAVELPORT, S.L., CECOTRANS BIZ S. COOP., FOUR CARRUANA S.L., TCV RAILWAY TRANSPORT S.L., COTRANSA, S.A., CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS), TRANSTECO, S.A., AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA, LAUMAR CARGO S.L. y JOIRSA LOGISTICS S.A.

Respecto a las empresas COPITRANS, S.L., ITA LOGISTICS, S.L. y SICSA RAIL TRANSPORTS, S.A., a quienes también se dirigió la incoación del expediente, la DI no ha podido acreditar con la suficiente solvencia su participación en la segunda conducta al no poder identificar el sello ni la firma de dichas empresas en el acuerdo de 7 de marzo de 2011 (folios 22 a 24). Por dicho motivo, la DI propone que se archiven las actuaciones en relación a COPITRANS, S.L., ITA LOGISTICS, S.L. y SICSA RAIL TRANSPORTS, S.A., en aplicación del artículo 44 de la LDC.

SEGUNDO. ALEGACIONES DE LOS INTERESADOS

ASEMTRACON no ha presentado alegaciones respecto a ninguna de las conductas que se le imputan. Ello pese a que en el expediente hay evidencia de su existencia, al menos, hasta el ejercicio 2012.

Respecto a las empresas a las que se les imputa la segunda de las conductas, el acuerdo sobre la cláusula de revisión del precio del gasóleo, son varias las que han presentado alegaciones que tratan de refutar su responsabilidad individual en los hechos. Dichas alegaciones son expuestas y tomadas en consideración en el Fundamento de Derecho Quinto, relativo a la imputación de responsabilidades.

Al margen de ello, varias de las empresas realizan ciertas alegaciones en relación con los hechos acreditados y su calificación como infracción de la normativa de competencia.

LAUMAR, TRAVELPORT y TCV coinciden al apelar al derecho a la presunción de inocencia y critica la falta de rigor y eficacia jurídica para imputarles una conducta dolosa o culposa merecedora de sanción. TRAVELPORT recuerda que la Administración sancionadora tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos de la infracción, no bastando afirmaciones generales, así como la responsabilidad de presunto infractor a través de una actividad probatoria de cargo con todas las garantías, cuya ausencia o ineficacia determina la ilegitimidad de la imputación que está realizándose.

TCV también señala que la Propuesta de Resolución vulnera los principios de tipicidad y culpabilidad que informan el procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, niega que la simple convocatoria a una reunión pueda ser

constitutiva, en ausencia de cualquier otra prueba de cargo, de la práctica consistente en la suscripción de un acuerdo anticompetitivo siendo necesario, en cualquier caso, que conste la evidencia documental, testifical o de cualquier otro tipo de la suscripción de tal acuerdo o la evidencia de la ejecución del mismo.

Algunas empresas consideran (MEGATRAC 2000, TRANSPORTES ALONSO SALCEDO) que el acuerdo de 7 de marzo de 2011 constituye una mera recomendación que afecta a un elemento integrante del precio del transporte, no a éste de forma íntegra, y que puede o no ser aplicado, o compensado por los operadores según sus márgenes y resto de costos. Por ello, tal acuerdo no debería ser considerado como un acuerdo colusorio.

La mayor parte de las empresas que han presentado alegaciones (CECOTRANS BIZ S. COOP., LAUMAR, CMS, MEGATRAC 2000, TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, MAARIF o TRANSTECO) consideran que el supuesto acuerdo no es más que una forma de dar cumplimiento al artículo 38 de la Ley 15/2009. La finalidad de la Mesa constituida el 3 de marzo no era otra que establecer o concretar la incidencia (en términos de porcentaje) de la subida experimentada por el gasóleo, lo cual se considera previsto en dicho artículo. Algunas empresas (por ejemplo, TRANSTECO) citan también la Orden FOM/2184/2008. De ello se deduce en su opinión que el supuesto acuerdo no estaría prohibido por la LDC por gozar de amparo legal de acuerdo con el artículo 4 de la LDC.

En todo caso, en opinión de CMS, la voluntad de las empresas era dar cumplimiento a la citada normativa sectorial, como lo demuestra el hecho de que el acuerdo está lleno de referencias a la misma. Ello demuestra que no ha concurrido intencionalidad alguna de infringir la normativa de competencia. Deduce de ello que no cabe concluir la existencia de un ilícito puesto que, al no haber culpa, no concurre el elemento subjetivo que constituye un presupuesto necesario para la declaración de infracción.

TRANSTECO, LAUMAR y COTRANSA consideran que, en todo caso, el responsable del acuerdo sería ASEMTRACON, no sus asociados que se limitaron a acudir a una reunión convocada por la Asociación. En sentido similar, esgrimen que si se decidiera sancionar a la Asociación y también a sus miembros, se vulneraría el principio de "*non bis in idem*" y, por tanto, se incurriría en fraude de ley y en abuso de derecho.

La mayor parte de las empresas que presentan alegaciones niegan la aplicación del recargo por combustible. CECOTRANS BIZ, S. COOP afirma que el acuerdo no goza de un carácter vinculante. CMS también insiste en que la cláusula pactada no era de aplicación obligatoria y que, de hecho, no la aplicaron dada la situación del mercado. En el mismo sentido se pronuncia LAUMAR, que aporta facturas para corroborar esa no aplicación, como también las han aportado o puesto a disposición de la DI CECOTRANS BIZ S. COOP, MEGATRAC 2000, TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, TET, TRANSPORTES CARRASCO y TRANSTECO. Esta última empresa explica cómo la situación del mercado imposibilita aplicar el recargo, en particular, debido a la caída en la demanda, al

poder de mercado de los clientes y, en particular, a las navieras, que son quienes fijan los precios. A ello se refiere también FOUR CARRUANA que reconoce la existencia del acuerdo y argumenta que fue una reacción al poder de sus principales clientes, Maersk Line y Mediterranean Shipping, que les impusieron precios y no les dejaron aplicar el recargo durante 2009 y 2010.

TRANSTECO argumenta el carácter de *minimis* de la conducta. Fundamenta esta conclusión en el hecho de que las empresas investigadas no alcanzan el 10% de cuota de mercado y en que las condiciones del mercado evitan su aptitud para distorsionar la competencia. Añade que la vigencia del acuerdo es de sólo 3 meses. Por ello, habría que declarar no aplicable el artículo 1 a la conducta a la vista del contexto jurídico y económico, siguiendo la doctrina Corral de las Flamencas (RCNC de 3 de diciembre de 2009). LAUMAR apela igualmente la aplicación del art. 5 LDC y del art. 3.1 del RDC al entender que estamos ante una conducta que por su escasa importancia, no es capaz de afectar de manera significativa a la competencia.

Respecto de la duración de la conducta, CMS destaca en sus alegaciones lo reducido de la misma. Caso de considerarse que hubiera un acuerdo ilícito la duración del mismo no sería superior al día de su celebración.

Algunas de las alegaciones al acuerdo de prueba critican la falta de aceptación por el Consejo de las pruebas testificales sugeridas. En concreto, por COPITRANS, TCV RAILWAY TRANSPORT, S.L. y MAARIF, S.L.; MEGATRAC 2000, S.L. y TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A. El Consejo se remite a este respecto a lo manifestado en el acuerdo de prueba: tales declaraciones han podido presentarse por escrito, como han hecho las partes que lo han tenido por conveniente.

En las alegaciones a la valoración de prueba las empresas reiteran sus argumentaciones. Con carácter adicional, MAARIF, TRANSPORTES ALONSO SALCEDO y MEGATRAC alegan la posible caducidad del expediente. Argumentan que porque la suspensión de un mes, desde el 12 de Junio de 2013 hasta el 12 de Julio de 2013, requería de una resolución "motivada" que en este caso no se ha dado. Así, el Acuerdo de Suspensión señala que se adopta ésta en 12 de Junio, por la causa prevista en el artículo 37.2.c de la Ley cuando la remisión de información ya se había producido en 11 de Junio. Consideran que, en todo caso, el procedimiento debía haber concluido el día 2 de Agosto de 2013, esto es 18 meses después de su inicio o incoación, y por tanto la falta de resolución en dicha fecha debe provocar la caducidad del expediente sancionador.

Por su parte, en su escrito de valoración de prueba CMS expone que el expediente no estaba completo cuando fue notificado el Acuerdo por el que se le concedía el plazo de 10 días para valoración del resultado de las pruebas cuya práctica fue acordada por el Consejo. De ello deduce que la actuación de la CNC en relación con los plazos para valoración de pruebas es contraria a lo dispuesto por el artículo 36.2 y 3 del RDC y, por lo tanto, supone una infracción procesal

que determina la nulidad de las actuaciones practicadas a partir de la notificación del Acuerdo de valoración de pruebas del 14 de agosto de 2013.

TERCERO. NORMATIVA DE APLICACIÓN Y CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Los hechos que se analizan han tenido lugar estando en vigor la LDC. Por lo tanto, es ésta la norma que resulta de aplicación a la hora de analizar las conductas objeto del expediente.

Por otro lado, el Consejo coincide con la DI en que tales conductas entran en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE. Las conductas afectan al coste de la distribución de mercancías hacia o desde la Zona Centro hacia los distintos Puertos del territorio nacional, por lo que tales prácticas afectan potencialmente al comercio intracomunitario y la competitividad de los Puertos del territorio nacional. Esta aplicabilidad del artículo 101 del TFUE al caso es consistente con lo resuelto por este Consejo en precedentes asemejables (S/0060/08 SINTRABI-SINDICATO DE TRANSPORTISTAS AUTONOMOS DE BIZCAIA; S/0120/09 TRANSITARIOS; S/0215/10 TRANSCALIT y S/0293/10 TRANSCONT).

Por otra parte, antes de entrar en cuestiones sustantivas debe el Consejo pronunciarse sobre las alegaciones que guardan relación con cuestiones de procedimiento.

Respecto a la alegación de caducidad, el término inicial de cómputo del plazo de duración máxima del procedimiento debe fijarse en el 2 de febrero de 2012, fecha en la que se acordó la incoación del procedimiento (folios 31-32). A partir de dicha fecha, y teniendo en cuenta un plazo máximo de duración del procedimiento de 18 meses (art. 36.1 LDC), cabría fijar en el 2 de agosto de 2013 el término final del plazo máximo de duración del procedimiento.

No obstante, de acuerdo con lo previsto en los artículos 37 de la LDC y 12 del RDC, el cómputo del plazo de duración del procedimiento se ha visto suspendido en dos ocasiones. Por un lado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (UE) 1/2003, el expediente fue remitido a la Comisión Europea, lo que conlleva la suspensión del plazo de duración del procedimiento (art. 37.2.c LDC). A tal efecto se dictó acuerdo de remisión el 12 de junio de 2013, suspendiéndose el cómputo del plazo con efectos del mismo 12 de junio (folio 4.027) suspensión cuyo levantamiento fue acordado el 12 de julio (folio 4.057). En definitiva, debido a este primer motivo el plazo se mantuvo suspendido durante 30 días.

En segundo lugar, con fecha de 16 de julio de 2013 el Consejo acordó la práctica de pruebas al amparo del artículo 51 de la LDC, así como requerir información necesaria para resolver al amparo del artículo 39 de la LDC (folios 4.059 a 4.070). Ambos supuestos conllevan también la suspensión del cómputo del plazo, de acuerdo con los artículos 37.1.e) y 37.1.a) de la LDC. En consecuencia, la suspensión debe mantenerse hasta el término de ambos motivos o hasta el

vencimiento de sendos plazos. Además, según reiterada jurisprudencia, la suspensión derivada del acuerdo para la práctica de la prueba se extiende también al plazo correspondiente para la valoración de la misma (por todas SAN de 5 de febrero de 2013, recurso 06/420/2011). La jurisprudencia también ha reconocido virtualidad suspensiva a todo requerimiento de información necesaria para resolver (SAN de 12 de mayo de 2011, recurso 06/508/2009). De acuerdo con lo anterior, la suspensión tuvo efectos desde el 16 de julio. Una vez practicada la prueba se concede trámite de alegaciones por 10 días mediante acuerdo de 14 de agosto de 2013 (folio 4763). No obstante, ante la petición de ampliación del plazo de valoración se dictó acuerdo de ampliación del mismo el 28 de agosto (folio 4849), de modo que el término final de la suspensión y, en consecuencia, el levantamiento de la misma debía producirse con efectos de 6 de septiembre (folio 4874). En definitiva, este segundo incidente de suspensión acumula 52 días.

En consecuencia, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 del RDC, al término final de duración del procedimiento provisionalmente fijado en el 2 de agosto de 2013 debe sumarse el tiempo de suspensión que alcanza un total de 82 días. En consecuencia, la fecha final de duración del procedimiento sería el 24 de octubre de 2013.

Alega CMS en su escrito de valoración de prueba de 10 de septiembre que la CNC ha vulnerado su derecho de defensa al haber concedido un plazo de alegaciones para la valoración de la prueba cuando el resultado de dicha prueba no estaba íntegramente incorporado al expediente. Lo cierto es que, entre las pruebas cuya práctica motiva el trámite de audiencia a las partes, no hubo ninguna propuesta por la propia CMS (folio 3532 y ss). Por otro lado, la prueba que fue incorporada al expediente tardíamente, esto es, el certificado negativo del Registro de Asociaciones de la Comunidad de Madrid en relación con la petición sobre posible constancia en el mismo de la asociación ASEMTRACON (folio 4845), prueba ordenada de oficio por el propio Consejo, no guarda ninguna relación con CMS. Tampoco señala CMS el modo en que el conocimiento tardío de dicha prueba ha mermado sus posibilidades de defensa o causado un perjuicio real o sustantivo. Y a este respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que *“no todo efecto o irregularidad procesal supone automáticamente la existencia de una situación de indefensión constitucionalmente relevante”* (STC 64/1993, de 1 de marzo) sino que *“es necesario acreditar la efectiva concurrencia de un estado de indefensión material y real”* (STC 78/1999, de 26 de abril). Por último, CMS recibe la notificación del acuerdo para valoración de la prueba por 10 días, el 19 de agosto (folio 4815.2) y posteriormente, el 28 de agosto le fue notificado el acuerdo de prórroga por 5 días más (folios 4851-4854), si bien CMS no acusa recibo de éste último hasta el 4 de septiembre (folio 4854.1). El mencionado certificado del Registro de Asociaciones de la Comunidad de Madrid (folio 4845) fue incorporado al expediente el 26 de agosto, de forma que, hasta el vencimiento del plazo para formular alegaciones [5 días siguientes al vencimiento del plazo principal de 10 días, lo que conduce a su

vencimiento el 6 de septiembre (folio 4874)], dispuso el interesado de tiempo suficiente para acceder al expediente y conocer el contenido y alcance de la mencionada prueba. En consecuencia, la CNC ha puesto a su disposición todas las pruebas que la parte ha tenido la ocasión de valorar, de la misma manera que el Consejo ha tenido la oportunidad de atender a su escrito de valoración de prueba, que consta en el expediente. Luego no se entiende en dónde reside el error o perjuicio a reparar, ni por tanto, la alegación puede ser acogida.

CUARTO. CONDUCTAS INFRACTORAS

Como ya se ha puesto de manifiesto en el Fundamento de Derecho Primero, en el presente expediente se analizan dos conductas: una recomendación colectiva de precios protagonizada por la Asociación de Empresarios de Transporte de Contenedores de la Zona Centro y un acuerdo entre empresas relacionadas con el transporte de contenedores.

En ambos casos la conducta persigue la aplicación de lo que denominan una cláusula de "recargo de combustible". Esto es, trasladar a sus clientes, de común acuerdo y de forma automática, un incremento de precios que supuestamente obedece a la variación de uno de los principales componentes de coste de las empresas de transporte de contenedores.

En consecuencia, las conductas analizadas responden a un mismo fin. Ante subidas del precio del combustible y en una coyuntura de menor demanda, las empresas del sector del transporte de contenedores relacionadas con el Puerto Seco de Madrid tratan de proteger sus márgenes. Y pretenden hacerlo mediante actuaciones que coordinan el comportamiento de empresas competidoras: ya sea una recomendación colectiva que emite la asociación o del acuerdo entre empresas. Las alegaciones de algunas de las empresas involucradas en este expediente reflejan esta realidad.

Esta intención de trasladar a clientes subidas de costes e incrementos de precios de manera coordinada, en contra del natural funcionamiento del mercado, no constituye una novedad en el sector. La propia CNC ha conocido de conductas de similar naturaleza en otras ocasiones en ámbitos relacionados con el transporte (RCNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/09 TRANSITARIOS; RCNC de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0060/09 SINTRABI; RCNC de 10 de enero de 2013, Expte. S/0293/10 TRANSCONT; RCNC de 20 de febrero de 2013, Expte. S/0215/10 TRANSCALIT). También la Audiencia Nacional en el asunto Puertos de Barcelona (SAN de 19 de enero de 2012, Rec. 199/2008). En el presente expediente, sin ir más lejos, el comunicado de ASEMTRACON de 17 de junio de 2008 habla de "restablecimiento de una cláusula correspondiente al "recargo de combustible"". La iniciativa trata de relanzarse con posterioridad en el tiempo, en 2011.

No en vano el sector se ha dirigido en múltiples ocasiones a las Administraciones competentes buscando su apoyo para establecer normas que amparen la fijación

de precios. De hecho, tratando de dar respuesta a esas peticiones del sector, la normativa ha terminado por contemplar la posibilidad de inclusión de cláusulas de actualización automática de las fluctuaciones en los precios del gasóleo en los contratos de transporte de mercancías (ver HP 3). Lo cual no quiere decir, como luego se razona, que la norma ampare la fijación colectiva de precios.

Para concluir la existencia de conducta única y continuada la doctrina establece ciertos requisitos, como son: la realización de un conjunto de acciones u omisiones que infringen un mismo precepto, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único, la unidad de sujeto y la consistencia espacio-temporal de las conductas (entre otras, TS de 30 de noviembre de 2004 (RC 6573/2001) y SAN 6 de noviembre de 2009 en el Asunto Cajas Vascas).

En el presente caso ambas conductas tienen un protagonista en común: ASEMTRACON. Se trata del sujeto emisor de la recomendación del año 2008 y también el sujeto que convoca a las empresas en marzo de 2011, independientemente de que sean o no miembros suyos, para acordar la aplicación de la cláusula de revisión a partir de una determinada fecha.

No obstante, en este caso los hechos probados reflejan conductas que la DI sólo ha podido acreditar de forma aislada en el tiempo, con escasa conexión espacio-temporal entre sí, razón que lleva a este Consejo a identificar dos conductas diferenciadas y no, pese al fin común de las mismas, calificarlas como una sola conducta, única y continuada.

Respecto a la recomendación de precios por parte de ASEMTRACON

Como se constata en el apartado 4.1 de los Hechos Probados (HP), consta suficientemente acreditado en el expediente que ASEMTRACON emitió un comunicado el 17 de junio de 2008 por el que se procedía a restablecer el denominado "recargo de combustible". En dicho comunicado se dice que, tras las negociaciones sectoriales acontecidas entre los empresarios del transporte portuario que actúan en la Comunidad Autónoma de Madrid, se acuerda fijar el mismo en un 10% y su aplicación desde el 1 de junio de 2008. Asimismo, se dice que dicha cláusula sería de aplicación a partir del 1 de julio de 2008 y se revisaría trimestralmente.

En el comunicado se menciona explícitamente la existencia de un "acuerdo" y se habla de tomar medidas. Se desconoce la identidad de quienes tomaron parte en el mencionado acuerdo. Pero ASEMTRACON aceptó el papel de dar al mismo el carácter de recomendación colectiva y de difundirlo entre las empresas del sector, anunciando las medidas que se iban a aplicar.

La prueba de esa difusión es que se tiene conocimiento del comunicado a través de terceras partes. Así, consta un correo electrónico (folio confidencial 26) por el que se trasladaba entre distintos operadores del Puerto de Barcelona el comunicado de ASEMTRACON. También distintas actas de la Junta Directiva de ELTC de Valencia en las que se mencionan los términos del mismo. En definitiva,

el comunicado y la recomendación que contiene tuvieron una repercusión nacional.

De la aplicación de la conducta da también muestras el correo de 16 de septiembre de 2009 (folio 408), que constata el papel que juega ASEMTRACON a la hora de recomendar la cuantía del recargo a aplicar por las empresas del sector a sus clientes.

Como señala la DI y ya ha tenido ocasión de manifestar el Consejo en diferentes ocasiones, este tipo de recomendaciones de incrementos de precios resultan contrarias al artículo 1 de la LDC. Cita en su Informe propuesta la DI abundante doctrina sobre el carácter prohibido de las recomendaciones de precios por parte de asociaciones. Quiere el Consejo resaltar por su mayor parecido con el caso que aquí nos ocupa la RCNC de 20 de febrero de 2013 recaída en el expediente S/0215/10 TRANSCALIT.

De acuerdo con dicha doctrina, el hecho de que se trate de una mera recomendación y no sea de obligatorio cumplimiento no le priva del carácter ilícito. Como tampoco el que supuestamente dicho comunicado verse sobre el incremento de un componente del precio. Por un lado, como se desprende del propio comunicado y confirman ciertas facturas aportadas (ver por ejemplo folios 325 a 327, 331, 771, 778 o 782), la mencionada cláusula de revisión se concibe como un recargo sobre el precio a pagar por el cliente.

Por otro lado, como la Audiencia Nacional ha señalado, *“Para que exista una recomendación de precios no es necesario que se establezca un precio concreto y determinado”* (SAN de 10 de noviembre de 2011, Rec. 7159/2009), basta con que se recomiende la repercusión del incremento de los costes en el precio del producto. Porque como indica la Audiencia Nacional en la citada Sentencia:

“...un incremento de los costes puede trasladarse precios. Ello no tiene nada de ilícito cuando es fruto de la decisión individual de las empresas en condiciones de mercado. Así ante una situación de incremento de materias primas, las empresas pueden optar por varias estrategias, trasladar todo o sólo parte de los costes, modificar la estructura de costes, implementar políticas dirigidas a captar a los clientes de los competidores, modificar la presentación o ampliar la variedad del producto. Lo que resulta cuestionable es que desde una asociación se quiera dar una pauta común de actuación y coordinar estrategias haciendo referencia a que es inevitable el traslado a precios de venta el incremento de los costes de producción reduciendo la incertidumbre sobre el comportamiento de empresas competidoras. Se están dando por tanto pautas de homogeneización de comportamientos, lo que limita la competencia en la libre formación de los precios.”

Ciertamente, como afirman algunas alegaciones, la asociación tiene derecho a defender los intereses de sus asociados, pero *“cualquier ejercicio del derecho de asociación ha de respetar necesariamente los límites de la libre competencia, no pudiendo por ello las recurrentes inducir directa o indirectamente a sus asociados a realizar una conducta conjunta, porque ello supondría un comportamiento*

homogéneo en la adopción determinadas decisiones en la política empresarial' (SAN de 8 de mayo de 2006, Rec. 129/2004).

En definitiva, ninguno de los argumentos alegados contradice el hecho de que la conducta analizada incentiva el alineamiento de los comportamientos empresariales de empresas competidoras respecto de una variable fundamental como es el precio, facilitando la elevación de los mismos de manera ajena al normal funcionamiento del mercado.

Dado el contenido del comunicado, quién lo realiza y la difusión que ha tenido, el Consejo debe apreciar la ilicitud de la conducta, pues la misma es apta para restringir la competencia entre los transportistas de contenedores por carretera. Por todo ello, debe concluirse que la conducta de ASEMTRACON, consistente en difundir un acuerdo sobre la aplicación de la denominada cláusula correspondiente al "recargo de combustible", cuantificando dicho recargo, constituye una recomendación de precios prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE.

Respecto al acuerdo de recargo del combustible

Las pruebas que constan en el expediente permiten considerar acreditado que ASEMTRACON convocó a una reunión a diferentes empresas del sector, no necesariamente asociadas suyas, a principios de marzo de 2011. Que se informó a las empresas convocadas del objeto de la reunión, esto es, que en la misma se iba a abordar el tema del precio del gasóleo y su posible repercusión a los clientes. Puede considerarse acreditado también que tal reunión tuvo lugar y que en ella, por unanimidad, se acordó que *"con efectos del día 15 del mes de abril de 2011 procederá la repercusión de esta cláusula del 5% sobre el precio de los servicios de transporte, en aquellos casos en los que no se haya venido aplicando hasta ahora"*.

Asimismo, se exhibía la intención de dar continuidad a este acuerdo de precios mediante revisiones periódicas de la llamada cláusula de revisión. Por otro lado, se preveía la creación de una mesa de vigilancia del acuerdo adoptado, de manera que los *"miembros de la Mesa que han negociado y formalizado el presente acuerdo se comprometen a mantener reuniones periódicas dirigidas a garantizar su cumplimiento, con el fin de corregir las desviaciones que pudieran hacerlo fracasar o modificarlo en función de las circunstancias"*.

Estos hechos no pueden considerarse controvertidos. De hecho, varias de las empresas en sus alegaciones los reconocen más o menos explícitamente, aunque discrepen de la calificación jurídica que se propone de los mismos. Por ejemplo, en su escrito de alegaciones al PCH la empresa FOUR CARRUANA manifiesta (folio 762-763) que:

"...En el mes de Marzo se nos invita a una reunión, suponemos que como observadores, al objeto de analizar la situación planteada por el constante

aumento de los precios del carburante y las dificultades para trasladar este incremento al precio de los portes.

(...)

En la citada reunión a la que hace referencia el informe de la Dirección de Investigación, tras un estudio de costes, se apreció la necesidad de aplicar una subida del 5% debido a la subida constante que registraba el precio del gasoil y siempre con objeto de equilibrar los costes del precio del carburante. Pero esta subida, suponía un compromiso de trasladarlo de forma individualizada a los clientes, cada uno con su precio, el que tuviera en aquel momento”.

En contra de algunas de las alegaciones, el Consejo considera que la actividad probatoria de cargo de la DI ha sido suficiente para acreditar la existencia de la conducta que se imputa, con todas las garantías para las partes.

En definitiva, auspiciadas por la Asociación, determinadas empresas se reunieron y acordaron un mecanismo para incrementar sus precios basado en la denominada cláusula de revisión del gasóleo, así como revisar dicho recargo a aplicar y vigilar su cumplimiento. Esta conducta constituye un acuerdo de precios prohibido por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE. Así lo viene señalando la CNC y lo confirma la Audiencia Nacional en su doctrina: *“El hecho de que no se pactasen los precios no priva a estas conductas de su carácter anticompetitivo, porque, como pone de relieve la CNC “La actuación coordinada por parte de los competidores respecto de una serie de variables comerciales permite, cuando menos, partir de una mejor posición negociadora frente a los clientes que la que habría cabido en ausencia del acuerdo, bajo una normal competencia. Con ello, sin embargo, se restringe objetivamente la competencia, toda vez que por esta vía las empresas han sustituido la actuación autónoma en el mercado por la concertación.”* (SAN de 13 de febrero de 2013, Rec.377/2011).

En el mismo sentido, mediante SAN de 17 de junio de 2013 la Audiencia Nacional ha ratificado como ilícita la comisión de una conducta sancionada mediante RCNC de 31 de julio de 2010, (Expte S/0120/09 TRANSITARIOS). Esta conducta, protagonizada por empresas transitarias del sector del transporte por carretera, consistió en el diseño de la estrategia de repercusión de costes y sobre cómo comportarse en el mercado con sus clientes respecto a los incrementos de tarifas, entre otras formas, mediante recargos por combustible. La Audiencia Nacional coincide en que mediante esta conducta las empresas se han coordinado sobre si iban a subir tarifas, cuándo y en qué orden de magnitud. *“Las empresas imputadas han pretendido y conseguido reducir la incertidumbre a la que se enfrentan sobre sus costes y sobre cuándo, cómo y en qué medida iban a realizar cada una de ellas el incremento de tarifas. Decisión que, no cabe duda, deben adoptar individualmente y con plena autonomía, sin ningún tipo de coordinación previa.”*

Varias de las partes alegan que la conducta no es ilícita por estar amparada por Ley, en concreto, por el artículo 38 de la Ley 15/2009. Consideran que si la propia normativa de transportes fija un sistema para determinar el cálculo del incremento

o variación que ha de experimentar el precio del transporte como consecuencia de la oscilación del precio de gasóleo, la conducta llevada a cabo no puede ser reprochable. Precisamente, porque lo que trata es de fijar el incremento previsto por la norma.

CMS alega que el mencionado acuerdo refleja la absoluta falta de intencionalidad de cometer una ilegalidad, por cuanto que el documento sellado y firmado contenía en todo momento remisiones claras y explícitas a la normativa vigente y al hecho de que se estaba actuando en consonancia con la misma.

Sin embargo, no es cierto que la Ley ampare este tipo de conducta. Primero porque establece que deben ser las partes de un contrato quienes individualmente pacten el precio y su forma de revisión. Caso de que no lo hagan será cuando aplique la cláusula de revisión prevista en la normativa. Segundo, tal cláusula debe ser aplicada individualmente en cada caso. Es decir, la Ley no ampara el que se fije colectivamente el importe de la misma, ni cuándo y cómo debe resultar de aplicación.

TRANSTECO en sus alegaciones afirma que (folio 801): *“Como puede observarse, la Ley no determina claramente, sino que dejaba para un momento posterior, los criterios o parámetros que acogiesen tales subidas, por lo que, parece lógico que los miembros de una asociación, cuya finalidad es la representación, cuya finalidad es la representación. Defensa del sector, y divulgación de las normativas sectoriales del mismo entre sus asociados, acudieran a dicha reunión con la finalidad, NO DE ESTABLECER UN PACTO COMÚN SOBRE PRECIOS, SINO DE INTENTAR SABER COMO PODÍA CONCRETARSE LA SUBIDA EXPERIMENTADA POR EL CARBURANTE, SEGÚN LO ESTABLECIDO LEGALMENTE...”*.

El Consejo está de acuerdo con TRANSTECO en que la Ley no fija tales subidas. Las alegaciones de TRANSTECO y de otras de las partes muestran que las empresas eran conscientes de ello.

Por otra parte, de esta falta de concreción en la Ley del importe de la subida no puede deducirse que la norma invite a que las asociaciones empresariales o las empresas, mediante reuniones y acuerdos, la “concreten”.

La Ley 15/2009 busca la protección de aquellas partes que se ven más expuesta a la subida del precio del gasóleo y tienen un menor poder negociador. Pero trata de hacerlo de manera proporcionada, sin reducir innecesariamente el margen de competencia en precios que existe entre transportistas ni dando cobertura a la negociación de precios entre los mismos. Como ya ha manifestado este Consejo, no cabe buscar una interpretación de la aplicación de la Ley 15/2009 que resulte contraria a otra norma, como lo es la Ley 15/2007 (RCNC de 3 de julio de 2013, Expte. SACAN/16/11, Colegio de Agentes de Aduanas de Tenerife).

Máxime cuando, como es el caso, la CNC se ha pronunciado reiterada y públicamente respecto a cómo deben interpretarse este tipo de cláusulas. Sin ir más lejos, no debe ignorarse que en el año 2008 la CNC publicó su *Informe sobre*

la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera, en el que razonó extensamente sobre los peligros para la competencia sobre la fijación de tarifas en este sector y advirtió explícitamente que “Si la fijación de las tarifas del transporte de mercancías por carretera se adoptase mediante una conducta colusoria de los operadores económicos presentes en el mercado, la CNC reaccionaría persiguiendo la conducta colusoria como infracción muy grave para su adecuada sanción. Esto también sucedería en el caso de que dicho acuerdo entre las empresas fuera simplemente homologado posteriormente por alguna Administración.”

De hecho, en posteriores Resoluciones el Consejo ha razonado sobre la falta de amparo legal de conductas similares a la aquí analizada. Sin ir más lejos, en el Fundamento de Derecho Séptimo de la RCNC de 31 de julio de 2010 antes citada se dice:

“Tras la huelga del sector el 11 de junio de 2008 la AGE y el Comité Nacional del Transporte por Carretera acuerdan (Orden PRE/1664/2008 de 13 de junio) el establecimiento de una cláusula de revisión obligatoria a incorporar en los contratos de transporte por carretera de mercancías para la actualización del precio pactado en los contratos en función de la evolución del precio del gasóleo. En virtud de este Acuerdo, mediante Orden FOM/2184/2008 de 23 de julio de 2008, se modificó la Orden de 25 de abril de 1997 sobre las Condiciones Generales de Contratación de los Transportes de Mercancías por Carretera, eliminando la exclusión de la aplicación de dichas condiciones al transporte internacional –que, por tanto, había estado excluido de la aplicación de estas cláusulas de revisión hasta entonces- e incluyendo una fórmula de actualización de precios en base a evolución del coste del gasóleo, salvo que las partes hubieran pactado otra.

Luego ninguno de estos acuerdos han tenido la voluntad de incentivar a que se pacte entre competidores la repercusión a precios de los costes, menos aún aquéllos distintos a los del gasóleo, ni favorecer que se acuerden otro tipo de condiciones comerciales, todo ello en detrimento de la capacidad de negociación de los clientes”.

Respecto a esta cláusula de revisión, posteriormente acuñada en la Ley 15/2009, norma que las empresas invocan, la RCNC de 20 de febrero de 2013 expone en su Fundamento de Derecho Quinto cómo la misma puede llevar, ante un mismo incremento del precio del gasóleo, a incrementos diferentes de precios dependiendo de las características del operador. Con ello se evidencia que la concertación entre competidores de un incremento de precios aludiendo a dicha cláusula no hace sino coordinar su comportamiento competitivo, lo cual excede la letra y el espíritu de la Ley 15/2009 y no puede considerarse amparado legalmente.

La “concreción” sobre cómo, cuándo y cuánto incrementar los precios no deja de ser un acuerdo de precios. Acuerdo que, ya sea adoptado de forma dolosa o negligente, constituye una conducta objetivamente apta para distorsionar la competencia en el mercado. Por ello, constituye una infracción del artículo 1 de la

LDC y del artículo 101 del TFUE. Como ha señalado la Audiencia Nacional (SAN de 19 de enero de 2012, rec. 199/2008):

“Respecto de la aptitud de la conducta para producir la restricción competitiva, la CNC recoge la doctrina afirmada reiteradamente por esta Sala respecto que no es necesario la efectiva restricción pero si la aptitud potencial para restringir la competencia, en los siguientes términos:

“En cuanto a la pretendida falta de virtud para alterar la competencia que alega TRANSCONT, basta recordarle al denunciado que el artículo 1.1. LDC prohíbe todo pacto, concierto o acuerdo de voluntades independientes que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de limitar la competencia, cualquiera que haya sido la intención de las partes que intervinieron en el mismo. Por tanto, como ya ha manifestado el TDC en anteriores resoluciones “se trata de un concepto objetivo de acuerdo, pues éste resultará prohibido cualquiera que haya sido la motivación que guió la actuación de las partes, si por su contenido o/y contexto económico se muestra apto para restringir la competencia. Un efecto restrictivo que se presume en todo acuerdo entre competidores que tenga por objeto la fijación, directa o indirecta, del precio del servicio que prestan quienes se conciertan con este fin”. Sin que, en el presente caso, pueda obviarse que resulta curioso que se llegue a afirmar que un acuerdo o recomendación de precios carezca de aptitud para alterar la competencia.” (Énfasis añadido)

Por consiguiente, y dando respuesta a otras de las alegaciones, no evita el carácter ilícito de la conducta el hecho de que tal acuerdo fuera de voluntario cumplimiento, no fuera sistemáticamente aplicado o, incluso, el que, por las circunstancias que fuere, no se aplicara. Ello sin perjuicio de que tales cuestiones puedan examinarse y ser tenidas en cuenta a la hora de cuantificar la sanción.

Ello se deduce de la Sentencia anteriormente citada, que reitera doctrina de la Audiencia Nacional de sobra conocida. “... Dada la configuración legal del tipo infractor tanto en el derecho nacional como en el comunitario, no es relevante para que el mismo se complete que los acuerdos hayan sido o no implementados y hayan sido o no seguidos por la totalidad o por una parte de las empresas asociadas. Como ha señalado el Tribunal Supremo lo relevante para la concurrencia del elemento objetivo de estas infracciones es la capacidad o aptitud de la conducta para producir efectos anticompetitivos...” (SAN de 21 de febrero de 2013, Rec. 298/2011).

Alguno de los imputados argumenta el carácter de *minimis* de la conducta. En concreto, TRANSTECO hace un ejercicio en el que compara los datos de facturación anual en materia de transporte de contenedores recogidos en el Informe sobre la Evolución de los indicadores económicos y sociales del transporte terrestre publicado por el Ministerio de Fomento para noviembre de 2012 y los datos resultantes de los depósitos de cuentas de las empresas sancionadas, para constatar que en ningún caso la facturación de éstas alcanza el 10% del mercado (folio 799). Considera que esta cuota de las empresas es muy reducida sobre el total del mercado, por lo que no tiene capacidad para afectar a la competencia.

En primer lugar hay que tener presente que el denominador que se emplea en el ejercicio de TRANSTECO puede no ser el adecuado, por incluir un volumen de negocios que quedaría fuera del ámbito del volumen de ventas afectado por el acuerdo. Luego la cuota estaría infraestimada.

Por otra parte, de la información que obra en el expediente sólo cabe deducir que el acuerdo sí tuvo trascendencia. Primero, porque los propios correos afirman que se consiguió la participación de la mayoría de empresas del sector. La propia convocatoria de la reunión lo atestigua:

Se convoca una reunión para abordar el precio del gasóleo y su posible repercusión a los clientes. (...)

Está confirmada la asistencia de la mayoría de las empresas del sector (folio 17).

Y se corrobora en el correo de 18 de marzo de 2011 (folio 15) con el siguiente texto:

“Se adjunta el acuerdo del combustible secundado por Laumar. Con este integrante ya estamos casi todos en el acuerdo, faltan unas pequeñas empresas, que esperemos se vayan adhiriendo al acuerdo en breve (folio 13)”.

Por otra parte, es un hecho que estas iniciativas auspiciadas por ASEMTRACON tenían repercusión en el resto de España. Primero, porque como algunas de las alegaciones ponen de manifiesto, entre las empresas imputadas las hay que tenían sede en otros puntos del territorio español (Bilbao, Valencia...). Segundo, porque los acuerdos alcanzados en torno a ASEMTRACON eran, además, seguidos por otras Asociaciones de relevancia. Así lo confirman las actas de la Junta Directiva de ELTC de Valencia como consta en el HP 4.1, donde incluso se refleja cierta coordinación o efecto imitación en los incrementos que las diferentes asociaciones de transportistas de contenedores pactaban.

En todo caso, de acuerdo con la doctrina que viene reiterando este Consejo (entre otras, RCNC de 30 de mayo de 2012, Expte S/0273/10, Asociación Nacional de Informadores Gráficos; RCNC de 14 de diciembre de 2012, Expte S/0352/11 Unión de correctores), sin perjuicio de cuál sea el perímetro del mercado de producto y la cuota que las partes puedan tener en el mismo, el artículo 5 de la LDC no resulta de aplicación a los acuerdos colusorios entre empresas en materia de precios. Ello se deduce claramente del art. 2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, que establece que no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores, la fijación de los precios de venta de los productos a terceros.

En este sentido, la referencia a la Resolución recaída en el expediente S/0105/08, El Corral de las Flamencas resulta absolutamente fuera de lugar. Allí se trataba de una restricción de naturaleza vertical sin aptitud para distorsionar la competencia intra o intermarca. Aquí por el contrario, se trata de un acuerdo entre

competidores con aptitud para restringir la competencia entre empresas, tal y como ya se ha argumentado.

QUINTO. RESPONSABILIDAD DE LOS INFRACTORES

El artículo 61 de la LDC establece que son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la LDC, siendo la actuación de una empresa también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.

En el Fundamento de Derecho anterior, se ha concluido la existencia de dos infracciones de la Ley 15/2007. Respecto a ellas la DI realiza en la Propuesta de Resolución una individualización de la responsabilidad de cada una de las empresas participantes en el cártel, con la que el Consejo se muestra conforme.

Como ya se ha puesto de manifiesto en el Fundamento de Derecho cuarto, se considera que ASEMTRACON es responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE consistente en una recomendación de precios. Dicha infracción se considera muy grave atendiendo a la tipificación de las conductas establecida en el artículo 63.4.a) de la LDC.

La misma tipificación como infracción muy grave merece la segunda conducta identificada, el acuerdo para incrementar los precios de los servicios de transporte de contenedores por carretera celebrado en marzo de 2011. La DI considera responsables de la misma a ASEMTRACON, MEGATRAC 2000 S.L., TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ S.A., TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT S.A., RAISAPORT TRANSPORT S.L., MAARIF S.L., TRANSPORTES ALONSO SALCEDO S.A., TRANSPORTES CARRASCO S.A., TRAVELPORT S.L., CECOTRANS BIZ S. COOP., FOUR CARRUANA S.L., TCV RAILWAY TRANSPORT S.L., COTRANSA S.A., CESÁREO MARTÍN-SANZ S.A. (CMS), TRANSTECO S.A., AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA, LAUMAR CARGO S.L. y JOIRSA LOGISTICS S.A.

En cuanto a la determinación de la responsabilidad en este segundo ilícito, la DI se basa en la información que obra en el expediente sobre cuáles fueron las empresas convocadas a la reunión (folios 15-18) y figuran en el acuerdo firmado (folios 22-24), así como en los correos que fueron intercambiados con motivo de este acuerdo (folios 26-29).

En vista de ello, no se sostienen aquellas alegaciones que aducen que las empresas han sido imputadas simplemente por ser convocadas a una reunión o por su mera pertenencia a la Asociación. En todos y cada uno de los casos la DI ha basado la imputación de responsabilidad en elementos de hecho que prueban, a juicio de este Consejo de forma suficiente, la participación de cada empresa imputada en el acuerdo. De hecho, en aquellos casos en que la DI ha considerado que no había prueba bastante, ha propuesto al Consejo que se declare no acreditada la participación de la empresa en la conducta, como sucede

en el caso de COPITRANS S.L., ITA LOGISTICS S.L. y SICSA RAIL TRANSPORTS S.A.

Algunas de las empresas niegan haber aplicado el acuerdo y, por ello, consideran que no se les puede imputar responsabilidad en las conductas. A este respecto, debe recordarse que, de acuerdo con la doctrina, para probar la participación en un acuerdo colusorio es suficiente con que la autoridad de competencia acredite que la empresa participó en acuerdos anticompetitivos sin manifestar su oposición a los mismos. No resulta necesario que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia con dichos acuerdos, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta. Así lo refleja la Audiencia Nacional en su SAN de 1 de febrero de 2013 (Rec. 469/2011):

“...la recurrente participó en las Asambleas en las que se planteó la necesidad de la recomendación, y si bien posteriormente dejó de asistir, nunca manifestó su oposición a la recomendación y su ejecución –al menos no consta de forma indubitada-, siendo conocedora de la misma. Esta actitud permisiva, ante una recomendación que le constaba y en cuya gestación había participado, no puede eximirla de responsabilidad en la medida en que la concurrencia de voluntades de todas las asociadas, ya sea de manera tácita cuando conocían los hechos, determinó la posibilidad real de que dicha recomendación se adoptase. Por lo tanto existe una participación determinante de la recurrente, en cuanto no manifestó su voluntad contraria a la recomendación después de haber tomado parte en reuniones en las que el tema fue tratado. Una vez iniciado un comportamiento anticompetitivo, la separación del mismo ha de resultar, sino de una manifestación expresa, sí al menos de actos concluyentes que en este caso no constan, ya que una actitud pasiva implica la falta de oposición a una recomendación en la que la voluntad concurrente de las interesadas es determinante. No podemos, por tal razón, aceptar la afirmación contenida en la demanda, en cuanto a que la recurrente fue completamente ajena a la recomendación”.

En este caso, la DI ha reunido pruebas precisas y concordantes sobre la participación de las empresas imputadas en un acuerdo que, como se ha razonado en el Fundamento de Derecho cuarto, tiene carácter colusorio. Por tanto, la supuesta falta de seguimiento del mismo por parte de alguna empresa no evita su responsabilidad en la comisión de la infracción, puesto que ha coadyuvado a la misma.

Algunas empresas, en concreto TRANSTECO, afirman que quién adoptó el acuerdo presuntamente colusorio no fueron los asociados de ASEMTRACON, sino la propia asociación. Deducen de ello que es ésta última quien, en su caso, debería ser considerada responsable ante la calificación del acuerdo como restrictivo de la competencia y, como LAUMAR también apunta, que considerar responsables de la infracción y sancionar a las empresas y a la asociación iría contra el principio "*non bis in idem*".

El Consejo tampoco puede acoger esta alegación. Está acreditado que ASEMTRACON ha participado en las conductas y lo ha hecho activamente y

jugando un papel propio. Su responsabilidad en la conducta se deriva de sus actuaciones mediante las que facilitó que las empresas alcanzaran el acuerdo. Es a través de ASEMTRACON como se convoca la reunión, se redacta el acuerdo, se recogen las firmas y se difunde el mismo entre las empresas (folio 15). Luego no cabe duda de que la colaboración de la Asociación ha sido clave para la materialización de las conductas. Al mismo tiempo, debe diferenciarse de la actuación de todas y cada una de las empresas que acudieron al llamamiento para firmar el acuerdo y, en su caso, aplicarlo. Por ello, se considera a ASEMTRACON responsable de la conducta, como coautor de la misma en condición de colaborador necesario y sin perjuicio de que las empresas que lo suscribieron sean consideradas también responsables del mismo. Esta consideración está en línea con lo expresado por la Audiencia Nacional, que ha manifestado que no hay doble incriminación al sancionar a la asociación y a sus miembros (SAN de 4 de febrero de 2013, Rec. 389/2011):

“No podemos aceptar esta afirmación. Las conductas fueron desarrolladas por las entidades asociadas de manera directa – participación en las reuniones de la Asamblea en que se decidieron las condiciones comerciales, acordaron el modelo de calidad e intercambiaron información -, siendo la asociación el medio para la realización de tales conductas, prestándoles el apoyo de su estructura y, por ello, tanto la asociación como las asociadas realizaron las conductas. Las estructuras y voluntades de todas ellas confluyeron a realizar los hechos imputados, por tanto no podemos entender que exista doble incriminación”.

Algunas de las empresas en sus escritos de alegaciones rebaten la responsabilidad individual que la DI les atribuye en la infracción.

Así, algunas de ellas basan su falta de responsabilidad en el hecho de que les representara un empleado sin poderes bastantes.

CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS) alega que a la reunión de 3 de marzo de 2011 fue un empleado de CMS que en ningún modo tenía capacidad alguna para vincular ni representar a la propia CMS en la adopción de acuerdos vinculantes para su empresa. Alega, además, no estar copiada en los correos que obran en el expediente.

Sin perjuicio de lo que más abajo se señala respecto de la capacidad de un empleado para involucrar a la empresa en este tipo de conducta, estas afirmaciones de CMS no desacreditan el hecho de que su nombre, firma y sello aparezcan en el acuerdo analizado. Por otro parte, en sus alegaciones reconoce haber recibido correos al respecto (folio 3536). Además es un hecho que, primero, la empleada de CMS que recibía los correos (XXX) recibió aquél en el que se convoca la reunión y expone su fin (folio 17). Segundo, que contestó a ese correo, como bien explica la parte en sus alegaciones, aunque omite la respuesta completa. Lo que se contesta en el correo de 2 de marzo de 2011 por CMS (folio 3673) es:

“Buenos días XXX. Nosotros no vamos a poder asistir a la reunión, pero mándame por mail los acuerdos que alcancéis”.

Luego por parte de CMS había voluntad de conocer los acuerdos que se pudieran alcanzar, dada esta voluntad manifestada por CMS explícitamente, no puede presumirse un desconocimiento de los mismos. Tercero, cuando XXX recibe el correo de ASEMTRACON en el que se pide firmar y cuñar el acuerdo el 15 de marzo de 2011 (folio 3674) se devuelve firmado y cuñado ese mismo día (folio 3676). El pretender ahora, como se alega, que una secretaria decidió firmar y cuñar un folio en blanco con firmas de otras empresas sin conocer el contenido del acuerdo, sencillamente, no resulta creíble. En todo caso, incluso de ser cierto, en ningún momento la empresa parece haber aclarado su separación del acuerdo al resto de empresas ni haber exigido responsabilidades a su trabajadora.

Similar alegación realiza TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A., que alega no haber apoderado a ninguna persona física ni jurídica para participar en ninguna "mesa" de revisión de precio de combustible ni concertación de precios. También que no han firmado, ni sellado, ni autorizado el acta de la mesa de trabajo que aparece en los folios 22, 23, 24 del expediente de la CNC ni sus apoderados aparecen en los correos que constan en el expediente. Sin embargo, es un hecho que el acuerdo aparece con su sello y firma (folio 24), a diferencia de lo que sucede con otras empresas respecto a quienes la conducta se ha considerado no acreditada. En este sentido, el hecho de que el sello que figura en el acuerdo no sea el que la empresa presenta en sus alegaciones como "oficial" no evita que se trate de un sello de la empresa que fue estampado y rubricado. La DI ha constatado que en la página web de esta empresa aparece el logo de "TET", idéntico al sello que consta en el acuerdo de 7 de marzo de 2011 que figura en el expediente (folio 24 y apartado 52 de la Propuesta de Resolución). Tal sello o "logo", como la empresa lo denomina, es un símbolo suficiente para dar a entender al resto de empresas su participación en un acuerdo, sin que la empresa en ningún momento manifestara públicamente a sus competidoras lo contrario. Como luego se argumenta en más detalle, no es necesario que el acuerdo venga firmado por un apoderado de TET y que esté identificado por su firma y DNI para vincular a la empresa.

Por otro lado, como TET reconoce, del análisis de las facturas aportadas por TET TRANSEUROPEAN TRANSPORT S.A., emitidas entre febrero y junio de 2011 a varios clientes y no correlativas (folios confidenciales 1439-1515), la DI ha podido comprobar que en los meses de abril y mayo de 2011 la empresa incrementó varios de los portes efectuados con el concepto de "recargo de combustible", que resulta ser del 5%, porcentaje suscrito en el acuerdo de 7 de marzo de 2011 (folios confidenciales 1453, 1455, 1478, 1480, 1482, 1491, 1508). El hecho de que haya clientes que puedan pertenecer a otras zonas no evita que se pueda entender aplicado el acuerdo. Bien al contrario, vendría a sugerir que pudo tener un alcance territorial mayor del esperado al operar la empresa en varios puntos del territorio nacional (folio 3896). En todo caso, como ya se ha indicado, el seguimiento del acuerdo no es imprescindible para considerar acreditada su participación en el mismo.

Por su parte, CECOTRANS BIZ, S. COOP manifiesta que su dirección desconocía la existencia de dicho Acuerdo, del cual ha tenido conocimiento únicamente tras la incoación del procedimiento. Se alega que la persona que interviene en la mesa de trabajo (D. XXX) es un ex trabajador de la empresa que suscribió el acuerdo sin consentimiento de la empresa.

La empresa reconoce que el acuerdo se ha aplicado con respecto a algunos clientes (folio 1564-1565). Existen determinados correos electrónicos, de fecha 22 de marzo de 2011, dirigidos exclusivamente a algunos destinatarios-clientes, a los cuales se adjunta el comunicado de la plaza de Madrid respecto a la subida del 5% en concepto de subida de gasóleo a partir del 18 de abril. Incide en que fueron enviados por el ex trabajador mencionado sin consentimiento de la empresa. Alega que dicho acuerdo no ha sido vinculante para CECOTRANS BIZ, S. COOP, sólo se ha aplicado a clientes de Madrid y en aquellos casos en que así se ha pactado.

Con respecto a la capacidad de un empleado para involucrar a la empresa en una conducta ilícita, para que la infracción se impute a la empresa no es necesario que exista un mandato explícito a un empleado implicado. Tampoco es necesario que el mismo ostente poderes de representación de la empresa. Como ya ha tenido ocasión de manifestar este Consejo (RCNC de 19 de octubre de 2011, Expte S/0226/10):

“No puede aceptarse como estándar que la empresa sólo quede involucrada en un acuerdo cuando quien acude a una reunión o expresa la intención comercial de la empresa es un apoderado de la misma. Un trabajador que acude en nombre de una empresa a una reunión también puede generar en los demás participantes la confianza de que lo que pone de manifiesto es la intención competitiva de la empresa y ello puede ser bastante para coordinar las estrategias competitivas y alterar la competencia en el mercado”.

Este criterio ha sido ratificado por la Audiencia Nacional en su SAN 22 de enero de 2013: *“La actora en relación con la participación del que aparece como su representante no impugna sino que contara con “facultades para representarla” lo que implica que si se trataba de un empleado de la empresa, siendo irrelevante la extensión de sus poderes, ya que, a juicio de esta Sala, en este tipo de reuniones para pactar precios no se suele exigir la acreditación formal de la capacidad de comprometerse legalmente en una práctica ilegal. La capacidad de compromiso se demostrará cuando se cumplan o incumplan los pactos”.*

Máxime cuando, como es el caso, la empresa estampa su sello y firma en el acuerdo (folio 24). Acuerdo que desde CECOTRANS MADRID se comunica mediante correo electrónico el 22 de marzo de 2011 a CECOTRANS-BIZ, S.COOP, advirtiendo de que a partir del 18 de abril de 2011 se iba a empezar a aplicar la cláusula de revisión del gasóleo, fijada en un 5%. Todo ello sin que en ningún momento desde CECOTRANS-BIZ, S.COOP haya acreditado que manifestara su pública oposición al respecto y habiendo reconocido que el acuerdo se aplicó, al menos, con respecto a algunos clientes.

Lo expuesto anteriormente aplica también a la alegación de TRANSPORTES ALONSO SALCEDO y MGT respecto a que en el acuerdo no aparece la firma de su legal representante o administrador y que el correo de ASEMTRACON lo recibe Dña. XXX, empleada de TAS, que carece de poder o atribución en ninguna de las dos empresas afectadas (TAS y MGT) para suscribir esa clase de documentos. Añadir a este respecto, primero, que recibió la convocatoria de la reunión no sólo la mencionada auxiliar, sino también la persona que ostentaba en marzo de 2011 el cargo de Jefe de Operaciones de "Transportes Alonso Salcedo S.A." (D. XXX), como también la recibió MAARIF. Segundo, en el acuerdo aparece el sello y firma de TAS y MGT, así como el sello de MAARIF.

COTRANSA, S.A. también señala que cuando se le convoca a la reunión de ASEMTRACON, no manda a nadie que tenga facultades para obligarse y comprometerse a cumplir lo que en la reunión se pueda proponer, por lo que no cabe imputarle responsabilidad en la infracción. Por las razones anteriormente señaladas, no cabe acoger esta alegación. La empresa firmó el acuerdo, tal y como admite en sus alegaciones lo cual, independientemente de las razones que le llevaran a ello, le convierte en autora de la conducta que, como ya se ha razonado, carece de amparo legal.

TCV RAILWAY afirma que no asistió a la reunión de 3 de marzo de 2011 como persona jurídica debidamente representada a través de sus órganos apoderados, ni tampoco ninguno de sus empleados, cargos o representantes participaron. En folio 24 no consta firma de representante legal de TCV que acompañe a su sello. En cuanto a éste, pudo estamparlo sin su consentimiento un tercero que lo tuviera a su disposición y acudiera a la reunión. En este sentido, aclara que, con el objeto de acelerar las gestiones asociadas al transporte, las empresas porteadoras o los autónomos con los que más frecuentemente trabaja tienen a su disposición el sello de TCV RAILWAY. Cita en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución el nombre de una persona (XXX) que supuestamente tenía el sello de la empresa en su poder y que lo habría usado sin su consentimiento. También supuestamente, habría abierto a nombre de TCV RAILWAY una cuenta de correo. Añade que dicha persona tendría también abierta a nombre de COPITRANS una cuenta de correo desde la que habría circulado el acuerdo votado por unanimidad (folio 15). En vista de ello, alega que la DI vulnera gravemente el principio de igualdad en la aplicación de la Ley al haber acordado el archivo respecto de otras empresas, en concreto, COPITRANS, que están, cuanto menos, en la misma situación que ella, lo que entraña desviación de poder.

Sin entrar en la veracidad de estas afirmaciones de TCV RAILWAY, el hecho cierto es, primero, la empresa fue convocada a la reunión a través de un correo que es de su dominio. Segundo, que en dicho acuerdo, que fue circulado a las empresas, figura su sello, de lo cual el resto dedujo la conformidad de TCV RAILWAY con el acuerdo. Tercero, que en ningún momento TCV RAILWAY se separó públicamente del mismo ni consta que haya solicitado responsabilidades a la persona que, supuestamente, utilizó de manera indebida su sello. Cuarto, el sello de COPITRANS no figura en el acuerdo, a diferencia de lo que sucede en el

caso de TCV Railway y ello a pesar de que, según la parte, la tal XXX sería empleada de COPITRANS. Quinto, que la DI no haya reunido pruebas suficientes para considerar acreditada la infracción en el caso de COPITRANS –pese a haber sido imputada- no supone una prueba de descargo para TCV RAILWAY y, en todo caso, no cabe alegar igualdad en la ilegalidad (por todas, STC 21/1992, de 14 de febrero y STC 144/199, de 22 de julio).

TRAVELPORT, S.L. argumenta que el sello de la empresa y la rúbrica que consta al folio 24 del expediente, no se corresponde ni con el sello de esta empresa, ni con firma conocida de ninguna persona autorizada. Considera, por ello, que la Propuesta de Resolución no puede considerarse ajustada a derecho pues no motiva la imputación que realiza sobre esta empresa. Compara su situación con la de aquellas empresas para las que la DI ha propuesto el archivo. Sin embargo, como la DI argumenta en su Propuesta de Resolución (apartado 46), es un hecho que TRAVELPORT consta entre las empresas convocadas a la reunión de 3 de marzo de 2011; que el acuerdo fue difundido con su sello (folio 3675), sin que la empresa haya acreditado la falsedad del mismo y, además, que el CIF que figura en dicho sello coincide con el de la empresa (folio 140).

CMS alega que la absoluta falta de intencionalidad en su conducta supone la falta de dolo o culpa, que constituye un elemento esencial tanto del tipo infractor como de la responsabilidad subjetiva del injusto. Cita a este respecto la SAN de 15 de octubre de 2012. La mencionada sentencia establece que *“la imposición de la sanción requiere no sólo la concurrencia del elemento objetivo, esto es, la conducta infractora, que, como hemos visto concurre y ha quedado suficientemente acreditada en los hechos y delimitada en la tipificación; sino que es necesario que concorra también el elemento subjetivo sea dolo o culpa. Así ha sido declarado por esta Sala reiteradamente, en cuanto se requiere que en la actuación de la entidad se aprecie esa intencionalidad o negligencia...”*.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la CNC ha venido reiterando en sus informes y resoluciones, con anterioridad al ejercicio 2011, el carácter ilícito de este tipo de pactos de incrementos de precios entre empresas transportistas. Luego, difícilmente cabe alegar desconocimiento respecto al incumplimiento de la Ley 15/2007 de un acuerdo como el celebrado. Pero, incluso asumiéndolo, ello constituiría sólo una manifestación de la negligencia con la que habría actuado la empresa a la hora de celebrar el acuerdo. Luego concurre el elemento de culpa, aunque no sea más que a título de negligencia.

SEXTO. CÁLCULO DE LA MULTA

En los Fundamento de Derecho Cuarto el Consejo ha concluido la comisión de dos infracciones que de acuerdo con el artículo 62.4.a) de la LDC deben calificarse como muy graves.

La primera conducta consiste en una recomendación de precios prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, que se produjo en el año 2008 y de la que es responsable ASEMTRACON.

Según el artículo 63.1.c) de la LDC, la sanción por infracción muy grave consiste en “*multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción*”. Añade este artículo: “*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*”.

Dada la información que consta en el expediente, no puede este Consejo conocer cuál fue el volumen de negocios de los miembros de ASEMTRACON en dicho ejercicio, ni tampoco cuenta con una base adecuada para estimarlo. Por otro lado, por la propia naturaleza de la conducta y la extensión que tuvo el comunicado es evidente que la influencia del mismo rebasó el perímetro de la actividad de sus asociados.

Es por ello que el Consejo ha decidido tener en cuenta la RCNC de 20 de febrero de 2013 (Expte. S/0215/10 TRANSCALIT) que, como ya se ha mencionado, sancionó una conducta similar y en el mismo sector. En ella se dice:

“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”.

En vista de ello, este Consejo ha decidido imponer por la primera de las infracciones declaradas una multa de 30.000€ a ASEMTRACON.

La segunda infracción consiste en un acuerdo de precios celebrado en 2011, en el que han participado, según lo acreditado en este expediente, tanto ASEMTRACON como una serie de empresas de transporte de contenedores. Para el cálculo de esta sanción se está, como se decía antes, a lo previsto en el artículo 63.1.c), que establece como límite de la sanción hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción.

Este artículo se limita a fijar un máximo legal, cuyo objeto es evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa [SAN 05-02-2013 (recurso

06/420/2011), 13-02-2013 (recurso 06/377/2011), 26-02-2013 (recurso 06/646/2011), 05-03-2013 (recurso 06/566/2011), 12-04-2013 (recurso 06/395/2011)] junto con criterios de graduación y circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64 LDC).

A su vez, la Disposición Adicional 3ª de la LDC prevé la publicación de Comunicaciones para aclarar los principios que guían la actuación de la CNC en la aplicación de la LDC. De esta forma, la amplitud prevista por la Ley para la fijación de sanciones es encauzada por la Comunicación de 6 de febrero de 2009 de la CNC sobre cuantificación de sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC (BOE 11 febrero 2009, en adelante “Comunicación de sanciones”).

Según el párrafo 8 de la Comunicación, la cuantificación del importe final de la sanción se realiza de acuerdo con los siguientes pasos: (i) determinación del importe básico de la sanción, (ii), aplicación de agravantes y atenuantes y (iii) ajuste en su caso a los límites establecidos en la Ley (límite del 10%).

La primera fase, pues, consiste en determinar el importe básico de la sanción, para lo que, según el párrafo 9, serán de aplicación los criterios señalados en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC *“teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos.”* En relación con el mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a LDC), el párrafo 10 de la Comunicación de sanciones concreta lo siguiente: *“El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Las ventas de cada periodo se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el punto 15”.*

En este caso, se considera que la conducta tiene aptitud para afectar, al menos, al tráfico de contenedores por carretera con origen o destino Madrid, por lo que el volumen de negocios afectado sería, en este caso, el que realizan las empresas imputadas en dicha actividad, con las salvedades que a continuación se exponen.

Mediante Acuerdo de 16 de julio de 2013 el Consejo ha solicitado a las empresas imputadas la información correspondiente a su volumen de negocios afectado, así como su volumen de negocios total en el ejercicio 2012. En concreto, a efectos del cálculo de la sanción el Consejo tiene en cuenta el volumen de negocios del ejercicio 2011, año en el que tuvo lugar el acuerdo. De esta forma, al atender al volumen de negocios de cada empresa en particular para el cálculo de la sanción se tiene en cuenta el peso económico real de cada una (art. 64.1.b).

Algunas de las empresas no han aportado volumen de negocios. Es el caso de TRAVELPORT, RAISAPORT, JOIRSA y AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA. Para TRAVELPORT (folio 920) y RAISAPORT (folio

824) consta en el expediente información aportada por TRANSTECO (folio 809) sobre datos del registro correspondiente a estas y otras empresas. Ante la ausencia de otros datos y dado que se trata de información incluida en el expediente, a la que ambas han podido tener acceso y alegar al respecto, se empleará la misma a efectos del cálculo de la sanción.

MAARIF, MEGATRAC y TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, que tienen una misma representación legal, consideran que han contestado al requerimiento de información con los datos que aportan en su pericial (folios 4828-4238). MEGATRAC afirma no realizar volumen de negocios en el ámbito afectado. TRANSPORTES ALONSO SALCEDO ofrece datos de su volumen de negocios total. También afirma que alrededor de un 10% corresponde al tráfico con Madrid (folio 4870), lo que permite a este Consejo calcular su volumen de ventas afectado.

El volumen de ventas afectado debe prorratearse en función de la duración de la infracción. Algunas empresas, como CMS, afirman que no puede considerarse que la duración del acuerdo sea de más de un día.

Debe recordarse que en el acuerdo se dice:

“Previsiblemente las revisiones del valor de la cláusula establecida en abril deberán llevarse a cabo los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año, siendo la siguiente del mes de julio de 2011, la que deberá aglutinar la revisión que corresponda por la variación del precio experimentada desde el 31.12.2010 hasta el 31.05.2011, procediéndose en las sucesivas a la revisión de la variación sufrida en el trimestre anterior...”

En vista de ello, la duración en este caso debe cifrarse en, al menos, un trimestre dado que es el tiempo previsto de duración del recargo pactado. Eso implica prorratear el volumen de ventas afectado anual declarado por las empresas para el ejercicio 2011 para calcular el equivalente al de un trimestre. Algunas de las empresas no han aportado el volumen de ventas de 2011 sobre una base anual. En concreto MAARIF y TRANSPORTES ALONSO SALCEDO han aportado en su pericial el volumen de negocios desde 1 de abril de 2011 a 31 de diciembre de 2011. En cuanto a TET, ha aportado el volumen de negocios correspondiente a un trimestre (marzo-mayo). Todo ello ha sido tenido en cuenta por este Consejo en el cálculo del volumen de ventas afectado.

	2011	VVA
AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA		
CECOTRANS BIZ, S. COOP.		
CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS)		
COTRANSA, S.A.		
FOUR CARRUANA		
JOIRSA LOGISTICS S.A.		
LAUMAR CARGO S.L.		
MAARIF, S.L.		
MEGATRAC 2000, S.L.		
RAISAPORT TRANSPORT S.L.		
TCV RAILWAY TRANSPORT S.L.		
TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A.		
TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A.		
TRANSPORTES CARRASCO, S.A.		
TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLAZQUEZ, S.A.		
TRANSTECO, S.A.		
TRAVELPORT, S.L.		

Dicho volumen ponderado por la duración sirve de base sobre la que aplicar el porcentaje o tipo de sanción. De acuerdo con el párrafo 14 de la Comunicación, el importe básico de la sanción se obtendrá aplicando al volumen de ventas afectado por la infracción un porcentaje que puede alcanzar hasta el 30% del volumen de ventas afectado.

De cara a fijar el porcentaje o tipo para el cálculo de la sanción el Consejo debe tener en cuenta el resto de criterios que contempla el artículo 64. Estamos ante una infracción muy grave: un acuerdo que, según la información que obra en el expediente (folio 15), suscribieron las principales empresas de contenedores que operan en el Puerto Seco. Cuyo alcance tendió a exceder con mucho el ámbito regional, dado que se han visto implicadas empresas que tienen sede en otros puntos de España, incluso algunas que no operan en el propio Puerto Seco.

En vista de todo lo anterior, el Consejo decide aplicar un porcentaje del 10% en línea con otros precedentes y considera que todas las empresas son merecedoras de la aplicación del mismo tipo o porcentaje, dado que participaron en la celebración del acuerdo en igual medida, preservando con ello el carácter disuasorio de la sanción frente a este tipo de conductas.

En el caso de ASEMTRACON, dado que la presente infracción tiene una naturaleza hasta cierto punto similar a la atribuida a la primera infracción descrita, se opta por imponer una multa de 30.000€.

La misma sanción se impone a aquellas empresas que no han aportado volumen de negocios y para las que no hay datos en el expediente. Y ello porque el Consejo entiende que la falta de respuesta no puede en ningún caso beneficiar a la empresa infractora. Debe decirse que, en el caso de aquellas empresas que no

responden a las notificaciones de la CNC, a lo largo del procedimiento no se ha presentado ninguna evidencia de su liquidación y, comprobado en el registro, la misma no consta.

En el caso de MAARIF esta empresa si bien dice no operar en el Puerto Seco, si tiene actividad en el transporte de contenedores en la zona de Valencia y ha firmado el acuerdo. A este respecto, como este Consejo ya ha hecho en otras ocasiones, ateniendo a la finalidad disuasoria de la norma, procede sancionar a la empresa en cuestión. El Consejo ha considerado que debe imponérsele una sanción de 20.000€, muy por debajo del 10% del volumen de negocios total que sus cuentas presentan, que excede los 2 millones de euros.

En base a ello, el importe básico de la sanción para cada una de las empresas responsables de la infracción asciende a las sumas siguientes:

	SANCIÓN
AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA	30.000 €
CECOTRANS BIZ, S. COOP.	25.872 €
CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS)	4.251 €
COTRANSA, S.A.	23.094 €
FOUR CARRUANA	28.846 €
JOIRSA LOGISTICS S.A.	30.000 €
LAUMAR CARGO S.L.	11.548 €
MAARIF, S.L.	25.061 €
MEGATRAC 2000, S.L.	20.000 €
RAISAPORT TRANSPORT S.L.	24.603 €
TCV RAILWAY TRANSPORT S.L.	21.253 €
TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A.	3.463 €
TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A.	39.368 €
TRANSPORTES CARRASCO, S.A.	4.388 €
TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLAZQUEZ, S.A.	37.255 €
TRANSTECO, S.A.	11.779 €
TRAVELPORT, S.L.	61.299 €

La mayor parte de las empresas alegan que no han seguido el acuerdo, que no lo han hecho de forma sistemática o, incluso, que el mismo no ha podido tener efectos, dado el poder de la demanda y la estructura de oferta (FOUR CARRUANA, LAUMAR, TRANSPORTES CARRASCO, S.A.). Algunas de las empresas reclaman que se gradúe e individualice la sanción en función del grado de seguimiento o efectos que haya tenido la conducta en el caso de cada empresa (CMS, TRANSTECO).

Debe recordarse que lo que aquí se sanciona es la celebración de un acuerdo anticompetitivo con aptitud para distorsionar la competencia en el mercado. A este

respecto, todas las firmantes han sido responsables y merecen similar grado de reproche.

No resulta verosímil que las empresas hayan llegado a un acuerdo que de antemano sabían que no se podía aplicar. Si lo han alcanzado es porque confían en que, en mayor o menor grado, puede servir de instrumento que mejore su posición negociadora frente a los clientes. La DI ha conseguido acreditar que en algunos casos así ha sido, como destaca en la sección de efectos contenida en la Propuesta de Resolución. Algunas de las empresas lo han reconocido. Es el caso de TET que reconoce en sus alegaciones que la empresa incrementó varios de los portes efectuados con el concepto de "recargo de combustible", que resulta ser del 5% o de CECOTRANS BIZ, S.COOP, que manifiesta que de la totalidad de las operaciones comerciales efectuadas con origen o destino en Madrid el 46% refleja un recargo por gasóleo (folio 4863). El propio informe pericial aportado por MAARIF y TRANSPORTES ALONSO SALCEDO viene a confirmar que ha aplicado recargo en una parte de su facturación. Por cierto, debe subrayarse que del informe se deduce que el importe de las facturas sobre las que se ha aplicado el recargo supone un 15% de la facturación de MAARIF en 2011. En el caso de TRANSPORTES ALONSO SALCEDO la comparación viene distorsionada porque compara las facturas en las que ha aplicado recargo y su importe con su facturación total nacional. Pero si tenemos en cuenta que el volumen de negocios correspondiente a Madrid es un 10% del total, resultaría que se habrían visto afectadas por el recargo facturas que representan cerca de un 14% de su facturación.

Luego no cabe concluir que no se hayan acreditado efectos derivados de la conducta analizada.

La DI no aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes por parte de ninguna de las empresas incoadas que deban tenerse en cuenta para fijar el importe de la sanción en este expediente sancionador conforme al artículo 64.2 de la LDC.

Por otro lado, no puede acoger tampoco el Consejo las alegaciones que buscan eximir o reducir la sanción de las empresas infractoras en atención a la situación de crisis económica y al riesgo que para la viabilidad de las empresas puede suponer en este momento una sanción. Como ya se ha manifestado en ocasiones precedentes (RCNC de 28 de febrero de 2013, S/0342/11 Espuma de Poliuretano):

“...la CNC es muy consciente de la situación de crisis por la que atraviesan muchas empresas en la economía española. Pero esta situación también afecta a muchos de los clientes de las infractoras a lo que debe sumarse el daño que las infracciones de cartel provocan en consumidores y clientes de las empresas que coluden, de ahí que sea necesario adoptar medidas disuasorias para erradicar este tipo de prácticas”.

Además, la Audiencia Nacional ha reiterado que “la Ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la

situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general” (SAN de 22 de enero de 2013, recurso 697/11).

En todo caso, la propia LDC contempla en su artículo 63.1.c) un límite superior a la sanción que pretende, sin perder el carácter disuasorio que debe tener toda sanción, evitar que la multa represente para el grupo empresarial que la soporta una carga financiera desmedida. Porcentaje que, en este caso, no supera ninguna de las empresas de acuerdo con la información disponible en el expediente.

Tampoco cabe la aplicación de las circunstancias atenuantes previstas en las letras a) y b) del apartado 3 del artículo 64 que algunas empresas reclaman y que la DI no ha propuesto. En primer lugar, porque sí se ha producido la efectiva aplicación de los acuerdos. En segundo lugar, porque incluso aceptando que algunas empresas no lo hayan aplicado, según las propias partes declaran, ha sido por falta de capacidad y no por la voluntad de poner fin a la conducta constitutiva de la infracción analizada en este expediente. Infracción de la que, como ya se ha dicho, el sector ha sido alertado en diversas ocasiones por esta CNC a través de sus resoluciones e informes.

HA RESUELTO

PRIMERO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE, consistente en una recomendación de precios prohibida por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE de la que es responsable la Asociación de Empresarios de Transporte de Contenedores de la Zona Centro.

SEGUNDO. Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE, consistente en un acuerdo de precios prohibido por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE del que son responsables ASEMTRACON, MEGATRAC 2000, S.L, TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A., TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A., RAISAPORT TRANSPORT S.L., MAARIF, S.L., TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A., TRANSPORTES CARRASCO, S.A., TRAVELPORT, S.L., CECOTRANS BIZ, S. COOP., FOUR CARRUANA S.L., TCV RAILWAY TRANSPORT S.L., COTRANSA, S.A., CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS), TRANSTECO, S.A., AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA, LAUMAR CARGO S.L. y JOIRSA LOGISTICS S.A.

TERCERO. Imponer a ASEMTRACON como autora de la conducta infractora declarada en el resuelve primero una multa por importe de treinta mil euros (30.000 €).

CUARTO. Imponer las siguientes multas a las autoras de la conducta infractora declarada en el resuelve segundo:

- Treinta mil euros (30.000 €) a ASEMTRACON.
- Treinta mil euros (30.000 €) a AGENCIA DE TRANSPORTES SANTINA DE COVADONGA.
- Veinticinco mil ochocientos setenta y dos euros (25.872€) a CECOTRANS BIZ, S. COOP.
- Cuatro mil doscientos cincuenta y uno euros (4.251€) a CESÁREO MARTÍN-SANZ, S.A. (CMS).
- Veintitrés mil noventa y cuatro euros (23.094€) a COTRANSA, S.A.
- Veintiocho mil ochocientos cuarenta y seis euros (28.846€) a FOUR CARRUANA.
- Treinta mil euros (30.000 €) a JOIRSA LOGISTICS S.A.
- Once mil quinientos cuarenta y ocho euros (11.548€) a LAUMAR CARGO S.L.
- Veinticinco mil sesenta y un euros (25.061€) a MAARIF, S.L.
- Veinte mil euros (20.000 €) a MEGATRAC 2000, S.L.
- Veinticuatro mil seiscientos tres euros (24.603€) a RAISAPORT TRANSPORT S.L.
- Veintiún mil doscientos cincuenta y tres euros (21.253€) a TCV RAILWAY TRANSPORT S.L.
- Tres mil cuatrocientos sesenta y tres euros (3.463€) a TET TRANS EUROPEAN TRANSPORT, S.A.
- Treinta y nueve mil trescientos sesenta y ocho euros (39.368€) a TRANSPORTES ALONSO SALCEDO, S.A.
- Cuatro mil trescientos ochenta y ocho euros (4.388€) a TRANSPORTES CARRASCO, S.A.
- Treinta y siete mil doscientos cincuenta y cinco euros (37.255€) a TRANSPORTES MANUEL GONZÁLEZ BLÁZQUEZ, S.A.
- Once mil setecientos setenta y nueve euros (11.779€) a TRANSTECO, S.A.
- Sesenta y un mil doscientos noventa y nueve euros (61.299€) a TRAVELPORT, S.L.

QUINTO. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia y notifíquese a las 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.