

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0464/13 PUERTO DE SANTANDER)**SALA DE COMPETENCIA****PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz
D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 11 de febrero de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ha dictado esta Resolución en el expediente S/0464/13 PUERTO DE SANTANDER, incoado por la extinta Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), contra la Asociación de Empresarios de Transportes Discrecionales de Mercancías por Carretera de Santander y Cantabria (ASEMTRASAN) y la Asociación de Consignatarios y Estibadores de Buques del Puerto de Santander (ASCOESANT) por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 16/1989), el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de abril de 2013, la DI de la extinta CNC, tras el acceso a determinada información según la cual diversas asociaciones que

intervienen en las actividades relacionadas con el transporte terrestre por carretera de mercancías podrían haber llevado a cabo prácticas consistentes en la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, así como en la limitación o el control de la prestación del servicio de transporte terrestre con origen o destino (final o escala) en el Puerto de Santander, inició una información reservada (expte. S/0464/13), en el marco de lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, con el fin de analizar la posible existencia de conductas anticompetitivas.

2. El día 8 de mayo de 2013, la DI realizó inspecciones domiciliarias en las instalaciones de ASCOESANT (folios 5-16), la Agrupación Empresarial de Transportes de Cantabria (en adelante AETRAC) (folios 22-38) y ASEMTRASAN (folios 43-60).
3. Mediante acuerdos de fechas 18, 25 y 28 de junio de 2013, la DI incorporó en el expediente parte de la documentación obtenida en las inspecciones realizadas y procedió a devolver aquella que no se consideraba necesaria para la investigación (folios 67-68, 71-72, 75-76, 80-81 y 87).
4. Con fecha 3 de julio de 2013, la DI incoó expediente sancionador contra las asociaciones ASCOESANT y ASEMTRASAN (folios 90-91) por considerar que existían indicios racionales de infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por conductas consistentes en la fijación de precios y la limitación o el control de la prestación del servicio de transporte por carretera de mercancías con origen o destino en la Comunidad Autónoma de Cantabria. El acuerdo de incoación se notificó a los interesados con fecha 4 de julio de 2013 (folios 92-97).

ASCOESANT presentó alegaciones al acuerdo de incoación el 19 de septiembre de 2013.

5. Con fecha 11 de septiembre de 2013, la DI envió requerimientos de información a dieciséis empresas transportistas¹ radicadas en la Comunidad Autónoma de Cantabria, y a diecisiete empresas consignatarias y estibadoras² del Puerto de Santander (folios 320-548).

¹ TRANSPORTE INTERMODAL DEL NORTE, S.L., DITRANSCO, S.L., TRANSPORTES MARQUEZ-FADRIQUE-PEÑALVA, S.L., TRANSBANOR, S.L., SERVICIOS LOGÍSTICOS GONZALEZ Y MAZORRA, S.L., D. [XXX], D. [XXX], PURAS TRANSPORTE Y LOGÍSTICA LACERA CARGO S.L., SIAGMACRI, S.L., ASTITRANS, S.L., FERJATRANS, S.L., LOGÍSTICA COCANTRA, S.L., TRANSCARGO LEBECUESTA, S.L., TRANSPORTES TORREGUI, TRANSPORTES PUENTE IRUSTA, S.L. y NORBERT DENTRESSANGLE GERPOSA, S.A.

² ANGEL YLLERA, S.A., A. PÉREZ Y CÍA, S.L., BERGÉ MARÍTIMA, S.L., CANTABRIASIL, S.A., CONSIGNATARIOS DE BARCOS DE SANTANDER (COBASA), EUROPEA DE CONSIGNACIONES, S.L., E. ERHARDT Y CÍA, S.A., FERCOR, CONSIGNACIONES Y AGENCIAS, S.A., HIJOS DE BASTERRECHEA, S.A., MARÍTIMA DÁVILA MADRID, S.A., MODESTO PIÑEIRO CYA, S.L., MONTAÑESA DE CONSIGNACIONES, S.L., NAVIERA E. TONNING, S.A., VAPORES SUARDÍAZ SANTANDER, S.A., CARGAS Y DESCARGAS VELASCO, S.A. (CADEVESA), TERMINAL DE

El mismo día solicitó información a la empresa demandante de servicios de transporte y afincada en Cantabria GLOBAL STEEL WIRE, S.A. (GSW), la cual figuraba en la documentación recabada en la inspección domiciliaria practicada en la sede de ASEMTRASAN, y a la Autoridad Portuaria de Santander (APS) (folios 549-565). El día 1 de octubre de 2013 se recibió contestación de GSW, realizándose un nuevo requerimiento a la misma el 15 de octubre, que fue contestado el 4 de noviembre de 2013.

6. La notificación del requerimiento de información del 11 de septiembre de 2013 no pudo ser entregada a tres empresas (FERJATRANS S.L., TRANSBANOR, S.L. y TRANSPORTES TORREGUI.). Consultada su situación en la base de datos de empresas SABI se pudo observar que dichas empresas se encontraban inactivas o liquidadas. Con fecha 27 de septiembre de 2013 se incluyó en el expediente la información obtenida en dicha base de datos de las tres empresas (folios 728-733).
7. Entre el 16 de septiembre y el 14 de octubre de 2013, se recibieron las respuestas al requerimiento de información (folios 571, 601-601, 609-613, 653-660, 666-671, 686-687, 699-703, 723-727, 734-748, 773-779, 825-1154, 1169-1173, 1192-1193, 1220-1223, 1227-1233, 1255-1263, 1395-1396, 1401-1645).

La DI solicitó a las empresas pronunciación expresa acerca de la posible confidencialidad de la documentación aportada. Tres empresas solicitaron confidencialidad para parte de la información, aportando versión censurada (folios 1380 a 1388, 1392 a 1394 y 1397 a 1399) y sólo una solicitó la confidencialidad de toda su respuesta (folios 1378 y 1379). Por acuerdo de 25 de octubre de 2013 la DI aceptó la confidencialidad.

8. Con fecha 19 de septiembre de 2013 tuvo entrada escrito de alegaciones de ASCOESANT (folios 602-607) en el que se describe el transporte intraportuario, distinto al transporte de mercancías por carretera, y su funcionamiento en el Puerto de Santander.
9. De octubre a noviembre de 2013 la DC remitió los siguientes requerimientos de información:
 - Con fecha 17 de octubre de 2013, a ASEMTRASAN (folios 1654-1661) y a TRANSPORTES MUÑIZHER, S.L. (folios 1664-1672), posible integrante de la Asociación de Empresarios de Transporte en

Camiones del Puerto de Santander, cuyas respuestas fueron recibidas el 30 de octubre (folios 1684-1724) y 5 de noviembre de 2013 (folios 1737-1739), respectivamente. De oficio se declararon confidenciales los datos que pudieran ser secretos comerciales incluidos en la documentación facilitada (folios 1725 y 1740).

- Con fecha 4 de noviembre de 2013, a D. [AAA] (folios 1726-1731), representante de la Asociación de Empresarios de Transporte en Camiones del Puerto de Santander en diversas reuniones, y titular del correo electrónico al que una empresa solicitaba camiones a dicha asociación para realizar tareas de transporte en el recinto portuario, cuya respuesta fue recibida el 18 de noviembre de 2013 (folios 2022-2025). El mismo día que fue recibida la respuesta fue declarada confidencial de oficio la información sensible contenida en ella (folio 2026).
 - Con fecha 8 de noviembre de 2013, a TRANSPORTES MARQUEZ-FADRIQUE-PEÑALVA, S.L. (folios 1740-1742), solicitando información adicional que completara la respuesta al requerimiento de información de 11 de septiembre de 2013. La respuesta a este segundo requerimiento fue recibida el 18 de noviembre de 2013 (folios 2020-2021).
 - Con fecha de 20 de diciembre de 2013, a la Asociación de Empresarios de Transporte en Camiones del Puerto De Santander, conocida como “La Suelta” (folios 2027-2032), solicitando información sobre su funcionamiento y actuaciones en el Puerto de Santander. El requerimiento fue remitido a la dirección de la citada Asociación facilitada por la APS y se intentó entregar el 10 y 13 de enero de 2013 en horarios no coincidentes, siendo devuelto debido a que el destinatario estaba ausente durante el reparto (folio 2033).
- 10.** El día 5 de febrero de 2014, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, la DC formuló Pliego de Concreción de Hechos (PCH), notificándose a las partes ese mismo día.
- 11.** Con fecha 26 y 27 de febrero de 2014, tuvieron entrada en la CNMC las alegaciones al PCH por parte de ASCOESANT (folios 2099-2105) y ASEMTRASAN (folios 2106-2110) respectivamente.
- 12.** Con fecha 2 de abril de 2014, conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, la DC de la CNMC acordó el cierre de la fase de instrucción, siendo notificado a los interesados ese mismo día.

El 15 de abril de 2014, ASEMTRASAN presentó alegaciones al cierre de la fase de instrucción (folio 2116).

- 13.** Con fecha 7 de mayo de 2014, la DC dictó Propuesta de Resolución, que fue notificada a ASCOESANT y ASEMTRASAN el 7 y 8 de mayo de 2014, respectivamente.

Ambas asociaciones presentaron escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución, que tuvieron entrada en la CNMC en las siguientes fechas:

- ASEMTRASAN (folios 2226 a 2230), el 19 de Mayo del 2014, solicitando además la práctica de prueba y exponiendo la imposibilidad de presentar, por diferentes motivos, la información requerida sobre el volumen de negocios de sus socios desde el año 2000.
 - ASCOESANT (folios 2278 a 2370), el 4 de Junio del 2014.
- 14.** Con fecha de 6 de junio de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC.
- 15.** Con fecha 4 de septiembre de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado, la cual tuvo lugar en fecha 9 de septiembre de 2014.
- 16.** Con fecha 10 de septiembre de 2014 se dictó Acuerdo por el que se resolvió informar a las partes de la remisión efectuada a la Comisión Europea señalando que, en cumplimiento del artículo 37.2.c) de la LDC, 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 9 de octubre de 2014, y con efectos desde mismo día, el Consejo resolvió levantar la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el expediente de referencia, lo que se notificó a las partes.
- 17.** Con fecha 13 de noviembre de 2014, la Sala de Competencia de la CNMC acordó nuevo requerimiento de información necesaria para resolver, suspendiéndose el cómputo del plazo máximo, a

ASEMTRASAN y ASCOESANT, recibíéndose las contestaciones los días 28 de noviembre y 3 de diciembre de 2014 respectivamente (tras acuerdo de concesión de ampliación de plazo el 27 de noviembre de 2014 para ASCOESANT). Y con fecha 4 de diciembre de 2014, se acordó el levantamiento de la suspensión, notificándose a las partes con efectos del mencionado día.

18. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 11 de febrero de 2015.
19. Son interesadas en este expediente:
 - Asociación de Empresarios de Transportes Discrecionales de Mercancías por Carretera de Santander y Cantabria (ASEMTRASAN).
 - Asociación de Consignatarios y Estibadores de Buques del Puerto de Santander (ASCOESANT).

HECHOS ACREDITADOS

1. LAS PARTES

Las partes finalmente imputadas en el presente expediente, tal y como consta en el PCH de la DC y en su Propuesta de resolución, son las asociaciones ASCOESANT y ASEMTRASAN.

Asimismo, durante la instrucción del expediente, la DC ha investigado las actividades de otras asociaciones, como la Asociación de Empresarios de Transporte en Camiones del Puerto de Santander o la Asamblea de Transportistas de Camiones Basculantes del Puerto de Santander que finalmente no han sido imputadas

1.1 Asociación de Consignatarios y Estibadores de Buques del Puerto de Santander (ASCOESANT)

ASCOESANT es una asociación de consignatarios y estibadores integrada por veinte empresas (catorce de ellas consignatarias y seis estibadoras, folio 18) cuyos estatutos (folios 101-106) fueron registrados en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 28 de septiembre de 1983. Según el artículo 5 de dichos estatutos, *“se integrarán en la Asociación las personas naturales o jurídicas que tengan en Santander la condición de consignatarios de buques o estibadores legalmente habilitados al efecto y que lo deseen voluntariamente, solicitando su ingreso a la Junta Directiva”*.

El objeto de la asociación, según el artículo 2º de sus estatutos (folio 101), es el fomento de los intereses marítimos en general, de la matrícula y el Puerto de Santander en particular, y la defensa de los comunes de las empresas consignatarias y estibadores de Cantabria ante la Administración y los diferentes organismos públicos y privados; realizar estudios comerciales, estadísticos, jurídicos y económicos para el cumplimiento de sus fines y asesorar a sus Asociados; mantener contacto y colaboración, en su caso, con asociaciones similares de España y en el extranjero para el cumplimiento de sus fines; y estudiar y coordinar las tarifas diversas de las actividades de sus asociados.

1.2 Asociación de Empresarios de Transportes Discrecionales de Mercancías por Carretera de Santander y Cantabria (ASEMTRASAN)

ASEMTRASAN es una organización profesional constituida en 1977 por iniciativa de un grupo de transportistas que integra actualmente, aproximadamente, a quinientos autónomos o empresas de transporte de mercancías por carretera de Cantabria (folios 1689-1708).

Según sus estatutos (folios 1709-1720), podrán formar parte de la asociación las personas físicas y jurídicas que se dediquen de forma habitual a la actividad de transporte de mercancías discrecionales por carretera, debiendo ser titular de vehículos industriales y/o tarjeta de transporte y tener su domicilio y/o pagar la licencia fiscal en Cantabria.

Sus fines, según los estatutos de la Asociación, son la representación, gestión y defensa de los intereses de los socios, a todos los niveles tanto públicos, como privados; la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios; la representación de los asociados como colectivo empresarial; la intervención, si fuese necesario en Convenios y Conflictos Colectivos de trabajo que pudieran suscitarse en su ámbito de competencia; el establecimiento de servicios de interés común; la búsqueda de soluciones a los problemas que se planteen en relación con las labores empresariales propias de los socios; la mejora de la capacitación en la gestión y desarrollo de la actividad empresarial de los socios, en todos los ámbitos a los que pueda llegar la asociación; la administración de los recursos de la asociación para aplicarlos a los fines descritos; la gestión y tramitación de la consecución de ayudas y subvenciones cuando ello sea posible y conveniente.

1.3 Asociación de Empresarios de Transporte en Camiones del Puerto de Santander (“La Suelta”)

Consta en el expediente diversa información relativa a la entidad denominada “Asociación de Empresarios de Transporte en Camiones del Puerto de

Santander” (conocida también como “La Suelta”) que, según información recogida por DiariodelPuerto.com, se habría constituido en 1977 (folio 3) y estaría operando en el Puerto de Santander, al menos, desde el año 2001 (folio 1442), si bien otros operadores, como COBASA GRUPO LOGÍSTICO, apuntan a que ya actuaba en la década de los años 90 del pasado siglo (folio 835).

Con el fin de obtener información acerca de dicha asociación, la DC requirió información a la APS, así como varias empresas consignatarias, estibadoras y transportistas con actividad en el Puerto de Santander. Igualmente consultó al titular de una cuenta de correo de hotmail.com vinculada a dicha Asociación y representante de la misma en distintas reuniones.

La APS aportó la dirección, NIF y teléfono de la asociación “La Suelta” que figuran en su registro y confirmó que, en el año 2001, otorgó a dicha asociación una autorización provisional para la ocupación de una superficie en el recinto portuario en la que poder instalar unas oficinas y disponer de estacionamiento para sus asociados. Según la APS la ocupación se mantuvo hasta 2005. Posteriormente, tras el cambio producido en la regulación para la utilización del aparcamiento dentro del recinto portuario en 2005 (folios 1451-1456), que obligó a que las nuevas solicitudes fueran realizadas a título individual, “La Suelta” tramitó las mismas en nombre de sus asociados, siendo las autorizaciones otorgadas a ellos (folio 1405).

Según informa la DC ninguna de las empresas consignatarias, estibadoras o transportistas consultadas aportó información sobre los datos de contacto actuales de “La Suelta” (folios 668, 726, 736, 739, 779, 805, 828 y 1172), si bien algunas empresas aportaron diversos datos relativos a la caseta de obra en el puerto puesta a disposición de la asociación³ y a la actividad de sus miembros, que seguirían estando cada día a las 8:00 de la mañana en el recinto portuario esperando a ser contratados. Tampoco fue facilitada la identidad de los directivos de la asociación, si bien se identificó en alguna ocasión como presidente a D. [BBB] y como vicepresidente D. [AAA], identificado como responsable de la asociación también por COBASA (folio 838). Asimismo D. [AAA] ha sido identificado como el titular o persona que gestiona la dirección de correo electrónico de Hotmail.com a la que se remitían correos dirigidos a “La Suelta”.

Consultado al respecto, D. [AAA], en la respuesta al requerimiento de información de la DC (folios 2022-2025), declaró que hacía tiempo que no pertenecía a la asociación y que ésta podría no tener actividad en la actualidad,

³ TRANSPORTE INTERMODAL DEL NORTE, S.L. (folio 736), CARGAS Y DESCARGAS VELASCO, S.A. (folio 739), TRANSPORTES MARQUEZ-FADRIQUE-PEÑALVA, S.L. (folio 724) y COBASA GRUPO LOGÍSTICO (en lo sucesivo COBASA) (folio 838)

si bien reconoció en su escrito haber actuado como interlocutor de “La Suelta” en alguna reunión en la que defendió los intereses de la asociación.

En el caso de D. [CCC] , también acreditado como representante de “La Suelta” en una reunión celebrada en 2012, ha sido su empresa, TRANSPORTES MUÑIZHER, S.L., quien ha negado su pertenencia actual a la asociación (folios 1738 y 2022).

Por su parte tanto COBASA como la APS han aportado una relación de posibles miembros de “La Suelta”.

- Según la APS (folio 1405), *“de las diversas comunicaciones realizadas por la Asociación a la Autoridad Portuaria sobre autorizaciones de aparcamiento, consta que han pertenecido o pertenecen a dicha asociación”* 24 integrantes, bien autónomos o bien sociedades mercantiles, entre las que se cita expresamente a TRANSPORTES MUNIZHER S.L. y TRANSPORTES J.L. LIAÑO.
- Por su parte COBASA (folio 836) identifica a trece integrantes de la asociación, también divididos entre autónomos y sociedades mercantiles, sin poder precisar todas las empresas que pertenecen a la misma.

1.4 Asamblea de Transportistas de Camiones Basculantes del Puerto de Santander.

Consta también en el expediente determinada información sobre la entidad denominada “Asamblea de Transportistas de Camiones Basculantes del Puerto de Santander”, en concreto sendos Acuerdos de 20 de noviembre de 2004 y de 2 de junio de 2007 en los que se determinaban las tarifas para el transporte en camiones basculantes que tengan su origen en el Puerto de Santander y cuyo destino no sea superior a los 200 km (folios 172-177).

Consultada la APS, así como otras empresas y entidades con actividad en el Puerto de Santander⁴, ninguna de ellas afirma conocer a la citada Asamblea (folios 657, 660, 724, 736, 745, 839, 1406 y 1739).

2. FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO. TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS

⁴ DITRANSCO, S.L., SERVICIOS LOGÍSTICOS GONZALEZ Y MAZORRA, S.L., D. [HHH], D. [JJJ], TRANSPORTES MARQUEZ-FADRIQUE-PEÑALVA, S.L., TRANSBANOR, S.L., TRANSPORTE INTERMODAL DEL NORTE, S.L., COBASA GRUPO LOGÍSTICO y TRANSPORTES MUÑIZHER, S.L.

El sector analizado en el presente expediente es el transporte de mercancías por carretera con origen o destino en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Como caso particular debe prestarse especial atención al transporte con origen o destino en el Puerto de Santander así como a aquel desarrollado dentro del recinto portuario, denominado transporte intraportuario.

En lo que se refiere al transporte de mercancías por carretera, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres establece en sus artículos 17 y 18 que *“las empresas transportistas o de actividades auxiliares o complementarias del transporte llevarán a cabo su actividad con plena autonomía económica, gestionándola a su riesgo y ventura”* y que *“el precio de los transportes discrecionales de viajeros y mercancías y el de las actividades auxiliares y complementarias de transporte, será libremente fijado por las partes contratantes”*.

Por su parte, el transporte de mercancías por carretera con origen o destino en el Puerto de Santander se refiere al servicio prestado desde los almacenes portuarios a su punto de destino, en el caso de la mercancía que ha sido entregada en el Puerto, o desde un origen hasta los almacenes, en el caso de mercancía que deba ser embarcada.

Por último, el servicio de transporte intraportuario es incluido en el proceso de estiba y desestiba y hace referencia al transporte dentro del Puerto de Santander de las cargas, para trasladarlas desde los almacenes al buque o viceversa, y por tanto se ciñe al transporte necesario para la carga o descarga del buque. En el Puerto de Santander, a los efectos del presente expediente, intervienen tres tipos de agentes: los consignatarios, los estibadores y los transportistas.

- a) Un consignatario es aquella persona física o jurídica que actúa en nombre y representación del naviero o del propietario del buque, según establece el Reglamento sobre Despacho de Buques, aprobado por Orden de 18 de enero de 2000. Representa al armador ante las autoridades portuarias, en este caso, del Puerto de Santander, y subcontrata, en su nombre, todos los servicios necesarios durante la escala en el puerto, incluida la carga y descarga de los buques. La contratación del transporte no es, en el Puerto de Santander, una práctica que las empresas consignatarias realicen con normalidad. Algunas de ellas declaran no realizar ningún transporte por carretera (folios 601, 686, 725 y 740) y otras esporádicamente realizan transporte de mercancías para algunos de sus clientes (folios 666, 699, 774, 827 y 1169).
- b) La función de las empresas estibadoras es la carga y descarga de buques. En sus funciones se incluyen los servicios de transporte intraportuario

(según la empresa CADEVESA, folio 738, el traslado de la mercancía es una pequeña parte del servicio de carga y descarga del buque), ya sea con medios propios o subcontratados (folios 737, 800, 1228).

Tres de las empresas, o grupos de empresas, con actividad en el Puerto de Santander llevan a cabo simultáneamente labores de consignación y estiba: ANGEL YLLERA, S.A. (folio 1228), BERGÉ MARÍTIMA (folio 1169) y COBASA GRUPO LOGÍSTICO (folio 831).

- c) Respecto a las empresas transportistas, la prestación de servicios de transporte en el Puerto de Santander se realiza en régimen concurrencial sin la expedición de autorización administrativa previa alguna (folio 1403).

3. CONDUCTAS INVESTIGADAS

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente y la descrita por la DC en los apartados (30) a (55) del PCH, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC considera acreditados los siguientes hechos:

3.1. Conductas en relación con el transporte de mercancías por carretera y con destino u origen en el puerto de Santander.

A la hora de fijar las relaciones de servicio en el transporte de mercancías por carretera, los transportistas consultados en el expediente afirman que no existe ninguna negociación del precio. El cliente oferta un servicio a un determinado precio y el transportista, según su criterio, lo acepta o no (folios 611-612, 656, 659, 1192 y 1737-1737). Los criterios empleados para fijar el precio del servicio son los kilómetros recorridos y las toneladas transportadas (folios 571, 609-610, 666-667, 669, 723, 734-735, 743 y 1220).

No obstante, consta en el expediente determinada documentación que acredita al existencia de conductas dirigidas a la fijación colectiva del precio del transporte de mercancías por carretera (y también con destino en el Puerto de Santander), así como el reparto en la prestación de tráfico y clientes en este tipo de servicios.

a) Tarifarios de precios para el transporte de mercancías por carretera

En la inspección realizada en la sede de la asociación de empresas de transporte ASEMTRASAN el 8 de mayo de 2013 se recabó diversa documentación relativa a los precios de diversos tipos de transporte de mercancías por carretera que debían aplicarse en distintas fechas y años. En

concreto, la documentación, que abarca distintos tarifarios y listas de precios desde 2000 a 2011, es la siguiente:

- Tarifarios para trabajos de obras y movimiento de tierras en recorridos íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria (folios 197-206) válidos a partir del 1 de diciembre de 2000, 1 de febrero de 2003, 2004, 2005 y 2011. Los tarifarios consignan los importes mínimos a facturar fijados por kilómetro y tonelada para distancias inferiores a 200 kilómetros ida y vuelta, tarifas mínimas por horas de trabajo según el tipo de camión empleado y una serie de condiciones de aplicación de la tarifa en las que se establecen o se definen las horas a disposición, la jornada mínima, el traslado de obra, el precio mínimo, la carga de retorno, los trabajos penosos, de escollera por distancia y por horas y la forma de cobro.
- Tarifario para destinos fijos válido desde el 1 de octubre de 2002 (folio 210) en el que figura una tabla bajo el título “precios concertados a destinos fijos” con los precios del transporte para poblaciones, como, por ejemplo, Cenicero, Olite, Logroño o Rentería.
- Precios de referencia para el transporte de contenedores según la distancia al punto de destino, en vigor desde el 1 de octubre de 2002. En concreto, se fijaban precios para los servicios según horquillas de diez kilómetros hasta los 250 km. y un importe por kilómetro adicional para distancias mayores de 250 km. (folio 214).
- Tarifario para el transporte de madera para el año 2004 (folio 211), definiendo los precios a tres destinos, Miranda de Ebro, Zaragoza y Hernani, desde una serie de orígenes, El Haya – Cicero, Gama – Pamanes, Penagos – Cabezón y Treceño – Unquera.
- Relación de precios para el transporte de fertilizantes a ciertas localidades (folio 216). Según la empresa COBASA, dicha relación de precios se correspondería con un tarifario elaborado por ASEMTRASAN para el obligado cumplimiento de sus socios a partir del 1 de octubre de 2012 (folio 1038).

Igualmente, en la inspección domiciliaria realizada en la sede de ASEMTRASAN se obtuvo, en formato electrónico, un documento en formato Word situado en una carpeta llamada “AÑO 2012” de nombre “*propuesta consignatarios.doc*” en el que se recogían precios por horas y por toneladas y kilómetros (folio 215).

Durante la instrucción del expediente distintas empresas como TRANSPORTES MARQUEZ-FADRIQUE-PEÑALVA, S.L. y COBASA han declarado que ASEMTRASAN elaboraba listas de precios que eran comunicadas a los socios y también, según una de ellas, a los cargadores (folios 724 y 838).

Por su parte ASEMTRASAN, al ser cuestionada en relación a los tarifarios para trabajos de obras y movimiento de tierras, ha afirmado que los precios incluidos en los mismos son precios de referencia elaborados en función de los datos incluidos en los Observatorios de Costes del Ministerio de Fomento o del Gobierno de Cantabria (folio 1685). En relación a los precios de referencia para el transporte de contenedores, según ASEMTRASAN, éstos habrían sido fijados por los transportistas que se ofrecieron a realizar ese servicio, sin que la Asociación tuviera ninguna participación (folio 1685). Por último, la relación de precios para el transporte de fertilizantes es, de acuerdo con la documentación aportada por ASEMTRASAN, la lista de precios mínimos que su actual presidente desde el 21 de julio de 2012 (folio 291), D. [DDD], emplea para valorar si acepta o no un servicio atendiendo al precio ofertado y el precio mínimo fijado en la lista de precios (folio 1685-1686).

b) Acuerdos sobre precios de transporte en camiones basculantes con origen en el Puerto de Santander

Por otro lado, constan en el expediente dos acuerdos de la “Asamblea de Transportistas de Camiones Basculantes del Puerto de Santander”, de 20 de noviembre de 2004 y 2 de junio de 2007, en los que se determinaban las tarifas para el transporte en camiones basculantes con origen en el Puerto de Santander y destino no superior a 200 km de distancia (folios 172-177). En función de esta distancia se determina un coste por tonelada transportada. Adicionalmente, se acordaban los siguientes aspectos:

- las tarifas se aplicarán de acuerdo con la capacidad de carga del vehículo que se trate, el cual deberá tener una M.M.A.(masa máxima autorizada) igual o superior a 20 Tm;
- en ningún caso se facturarán menos de 23,5 Tm;
- las tarifas corresponden al supuesto de pago al contado y de acuerdo con la normativa vigente, en caso de aplazamiento en el pago, los gastos derivados del mismo serán por cuenta de la parte que requiera el aplazamiento;
- cuando así lo requieran determinados trabajos del Puerto (principalmente aquellos servicios en los que no sea necesario salir del

recinto portuario o bien que su destino sean los almacenes situados en la periferia del mismo), se podrán aplicar unas tarifas por horas.

Como se ha advertido consultadas las empresas y entidades con actividad en el Puerto de Santander, ninguna de ellas afirma conocer a la Asamblea de Transportistas de Camiones Basculantes del Puerto de Santander (folios 657, 660, 724, 736, 745, 839, 1406 y 1739).

c) Otras actuaciones de ASEMTRASAN relacionadas con la fijación de precios

De acuerdo con la documentación obtenida en la inspección domiciliaria realizada en la sede de ASEMTRASAN, desde 2004 a la Asociación habría llevado a cabo una serie de actuaciones en relación con los precios a cobrar por asociados en los servicios de transporte prestados

- Con fecha 18 de noviembre de 2004 se habría elaborado una carta para ser firmada por el Presidente de la Asociación con objeto de remitir a los socios una relación de precios recomendados por la Asociación, obtenidos a partir de los datos del Observatorio de Costes del Ministerio de Fomento, y acordados en la última Asamblea (folio 183). En dicha carta se comunicaba que estos precios recomendados también habían sido transmitidos a las principales empresas cargadoras de Cantabria.
- Con fecha de 1 de diciembre de 2004, se habría redactado una nueva carta para ser firmada por el presidente de ASEMTRASAN, que precisaba el nuevo precio a aplicar tras el incremento del coste del gasóleo. De acuerdo con el texto de la misma, la actualización se había realizado aplicando el Observatorio de Costes del Ministerio de Fomento (folio 217). Por otro lado, en documentación sin fechar también obtenida en la inspección, se establece el modo en el que se debe realizar la revisión del precio del transporte debida al alza o baja del precio del gasóleo (folio 218-220).
- Con fecha 10 de febrero de 2007, la Junta Directiva de ASEMTRASAN, acordó el envío de una nueva carta a las principales empresas cargadoras en las que se proponía un alza en el coste del transporte en el entorno del 5% (folio 188).
- Con fecha 14 de marzo de 2009 -y según consta en el Acta de la Asamblea General de ASEMTRASAN de dicha fecha- se habría propuesto, como posible solución a la crisis, celebrar una reunión con las principales agencias de transporte para establecer acuerdos mínimos

para mantener los precios en Cantabria y contratar preferentemente a los transportistas de esa Comunidad Autónoma (folio 195).

Consultada la Asociación en relación a estas actuaciones, ésta manifestó que tras el envío de la carta, acordado en la Junta Directiva del 10 de septiembre de 2007, no se ha producido ningún otro envío de cartas a empresas cargadoras con nuevas propuestas de alzas de precios (folio 1686). Del mismo modo, ASEMTRASAN afirmó que la reunión con las principales agencias de transporte no se llegó a producir y que tampoco se convocó con posterioridad ninguna otra (folio 1687).

Igualmente, documentación integrada en el expediente acredita que durante 2005 y 2006 ASEMTRASAN actuó, o se propuso, como interlocutora entre clientes con una demanda regular de servicios de transporte y los oferentes de dichos servicios:

- Reuniones con GLOBAL STEEL WIRE, S.A. (GSW): durante 2005 y 2006 ASEMTRASAN celebró varias reuniones con la empresa GSW para tratar distintos conflictos de sus asociados con la empresa.

GSW, según la información publicada en su página web, es la empresa del Grupo Celsa que se dedica a la fabricación de alambroón (producto siderúrgico macizo que se obtiene mediante laminación en caliente con una sección circular de entre 5,5 y 55 milímetros de diámetro). GSW no realiza servicios de transporte para sus cargas, sino que contrata dichos servicios con terceras empresas. GSW contrata directamente con autónomos y con empresas transportistas, con el fin de conseguir mejores condiciones para garantizar el servicio y no todos los precios que pacta con sus proveedores son iguales (folios 1260-1261).

Consultada GSW acerca de su relación con ASEMTRASAN, ésta empresa declaró que ha sido muy escasa, únicamente en alguna ocasión por algún incidente con alguno de sus asociados. Por otro lado, GSW afirmó no llevar a cabo ninguna negociación de tarifas con ninguna asociación ni ningún pacto (folio 1262). GSW contrata sus transportes a quien entiende mejor puede prestar el servicio en cada momento (folios 1733-1734) y fija una tarifa aplicable a todos los transportistas autónomos (folio 1733). Con el fin de fijar estos precios, GSW ha confirmado reuniones con seis personas, siendo dos de ellas asociados de ASEMTRASAN. La empresa ha contratado desde el año 2004 con 65 transportistas autónomos, siendo 19 de ellos asociados de ASEMTRASAN (folio 1735) y actualmente contrata con 35 autónomos, de ellos 17 son socios de ASEMTRASAN (folio 1735). En relación al transporte de producto acabado desde las instalaciones de GSW al

Puerto de Santander, GSW trabaja con 33 empresas de transporte, de las cuales doce son socias de ASEMTRASAN (folio 1736).

d) Reparto en la prestación de servicios, tráfico y clientes en el transporte de mercancías por carretera:

En la documentación incorporada el expediente se han documentado las siguientes reuniones y actuaciones de ASEMTRASAN en relación a la negociación con distintas empresas para el reparto de servicios de transporte y clientes entre sus asociados:

Durante los años 2005 y 2006 ASEMTRASAN celebró distintas reuniones con la empresa GSW con objeto de acordar y planificar el sistema de reparto de cargas de dicha empresa entre las empresas de transporte asociadas a ASEMTRASAN:

- Con fecha 27 de abril de 2005 ASEMTRASAN convocó a GSW a una reunión (folio 221). En el acta de la reunión se consignó como conclusión que GSW no estaba cumpliendo lo pactado y que en una futura reunión se trataría con su responsable de logística cómo reducir la incertidumbre con las empresas de transporte.
- Una nueva reunión se programó para el 3 de mayo de 2005, contando ASEMTRASAN con una lista de temas a tratar (folio 222), entre los cuales se contaba la revisión del sistema de reparto de cargas por GSW y la sustitución de la persona que hasta ese momento venía realizando diariamente dicho reparto, así como la exclusión como proveedores de transporte de GSW de ciertas empresas. Igualmente se pretendía abordar en la reunión la instauración de un sistema de control de documentaciones de los vehículos en la báscula, la contratación de quince transportistas autónomos que en su momento habían sido seleccionados para la realización de transporte nacional, y la discusión de lo tratado en conversaciones anteriores acerca del transporte internacional, dado que lo acordado no se había cumplido.
- El 14 de marzo de 2006 se celebra una nueva reunión ASEMTRASAN - GSW con la intención de mediar con la empresa y evitar que algunos socios sean sancionados por no haber cumplido con los acuerdos de adhesión en su día pactados en cuanto al cumplimiento del porcentaje de viajes mensuales que tienen la obligación de realizar (folio 232). La Asociación logró que se levantara la penalización.

Asimismo, durante 2009 ASEMTRASAN realizó diversas actuaciones en relación con la distribución entre sus asociados de los servicios de transporte del carbón de la central térmica de Velilla.

- en el acta de la Junta Directiva de ASEMTRASAN de 17 de enero de 2009 (folio 243-244) se recoge que la empresa que tiene el tráfico del carbón de la central térmica de Velilla (E.A. Collado) ha cancelado su relación con uno de sus proveedores de servicios de transporte. Según el acta, esta cancelación no impedirá que E.A. Collado siga contratando este servicio de transporte con los socios de ASEMTRASAN que venían realizándolo. Con el fin de aclarar la situación la Junta Directiva de ASEMTRASAN propone que sea la propia asociación quien se encargue del reparto de cargas, para ejercer más fácilmente un control sobre la distribución de las mismas, si bien la decisión se pospone para recabar más información.
- Posteriormente, en la Asamblea General de ASEMTRASAN de 14 de marzo de 2009 se afirma que el cambio del operador de transporte no va a afectar a los transportistas de ASEMTRASAN que venían realizando este servicio y que los interesados podían presentar su documentación en la Asociación (folios 195-196).

En relación a estos hechos ASEMTRASAN afirma que su papel en relación con la central de Velilla fue el de mero intermediario, facilitando al transportista principal la documentación que un grupo de transportistas había dejado en las oficinas de la Asociación (folios 1686-1687).

3.2 Conductas en relación con el transporte intraportuario

En el caso del transporte intraportuario, según las empresas y entidades consultadas, al ser desplazamientos cortos en los que ni el tonelaje ni las distancias son variables relevantes a la hora de fijar el precio el principal criterio para fijar el mismo son las horas o jornadas empleadas (folios 604, 734, 738, 774, 800, 834, 1170 y 1229). No obstante, COBASA expone que negocia en función del destino y las toneladas transportadas (folio 834).

El coste del transporte queda incluido en el precio que el cliente paga a las empresas consignatarias o estibadoras por la gestión de la carga del buque, no siendo desglosado, en la práctica totalidad de los casos, en la facturación que se realiza al cliente final (folios 603, 737, 774, 800, 1170 y 1229).

Como en el caso del transporte de mercancías por carretera, consta en el expediente determinada documentación que acredita la existencia de conductas dirigidas a la recomendación o fijación colectiva del precio del transporte intraportuario, así como el reparto en la prestación de tráfico y clientes en este tipo de servicios.

a) Tarifarios de precios para el transporte intraportuario

Durante la inspección realizada en las instalaciones de ASCOESANT la extinta DI localizó dos ejemplares de los tarifarios de precios para el transporte intraportuario en vigor desde el 1 de enero de 2007 y de 2009 (folios 107-108). Ambos tarifarios recogen el precio del transporte desglosado por mercancía general o peligrosa. El precio a pagar es función de las horas dedicadas al transporte, distinguiéndose entre horas normales y horas extra. Adicionalmente, en los mismos tarifarios se consignaba el importe a pagar por cada hora en la que el camión haya quedado parado por causa de la lluvia o el viento.

El primer tarifario es un documento con el membrete de ASCOESANT y título “Tarifas de la Asociación de Empresarios de Transporte en Camiones del Puerto de Santander Año 2007” (“La suelta”) mientras que el segundo es una carta con fecha 19 de enero de 2009 firmada por la Asociación de Empresarios del Transporte en Camiones del Puerto de Santander en la que se comunica la nueva tarifa aplicable desde el 1 de enero de 2009.

Asimismo, como ya se ha advertido anteriormente, en la inspección domiciliaria realizada en la sede de ASEMTRASAN se obtuvo, en formato electrónico, un documento en formato Word situado en una carpeta llamada “AÑO 2012” de nombre “propuesta consignatarios.doc” en el que se recogían precios por horas y por toneladas y kilómetros (folio 215).

Junto a la existencia de los citados tarifarios ha quedado acreditado en el expediente que ASCOESANT durante los años 2007, 2008 y 2009 mantuvo contactos y reuniones con “La Suelta”, con el fin de acordar las tarifas a aplicar en el transporte intraportuario:

- D. [EEE], presidente de ASCOESANT, envió el 27 de diciembre de 2007 un correo electrónico cuyo asunto era “Reunión Asociación Consignatarios/Estibadores - Asociación Transportistas del Puerto de Santander” a empresas consignatarias y estibadoras. En dicho correo se hacía mención a una reunión celebrada el día anterior entre D. [FFF]⁵ y

⁵ De acuerdo con la página web del Puerto de Santander, D. [FFF] es la persona de contacto de la empresa Cargas y Descargas Velasco, S.A. (CADEVESA).

D. [EEE] en representación de los consignatarios y estibadores y D. [AAA] en representación de “La Suelta” (folio 109). En esa reunión los transportistas propusieron una subida del 5,3% para el precio del transporte y los consignatarios valores por debajo del IPC, entre un 3,5% y 3,8%. Si bien en la reunión citada no se llegó a ningún acuerdo, se programaron nuevos contactos para la segunda semana de enero de 2008.

- Mediante correo electrónico de fecha 22 de enero de 2008, el Presidente de ASCOESANT informó a las empresas consignatarias y estibadoras de una próxima reunión entre la Directiva, las empresas estibadoras y “La Suelta” proyectada para el 25 de enero de 2008, con el fin de intentar lograr un acuerdo en el incremento de las tarifas de transporte portuario (folio 110). En el citado correo se propone celebrar una reunión previa entre los asociados a ASCOESANT con el fin de unificar criterios.
- Con fecha 28 de enero de 2008 “La Suelta” comunicó a ASCOESANT un incremento del 4% sobre las tarifas del 2007 (folio 111).
- Con fecha 2 de enero de 2009 “La Suelta” comunicó a ASCOESANT que el incremento de sus tarifas para el año 2009 sería calculado de acuerdo al IPC (folio 118). El mismo día ASCOESANT solicitó una rebaja. Los transportistas declararon que consideraban justas sus tarifas (folio 118). El rechazo por parte de los transportistas a la bajada se formalizó el 3 de febrero de 2009 (folio 119).

Por otra parte, según informa COBASA en su respuesta al requerimiento de información de la DI de 10 de septiembre de 2013 (folio 839), las actuaciones de “La Suelta” requerían el consentimiento de ASEMTRASAN. En diversos correos electrónicos incorporados al expediente y dirigidos por COBASA a la dirección de hotmail asociada a “La Suelta” (gestionada por D. [AAA], figura en copia una dirección de ASEMTRASAN:

- o Así en el correo electrónico de 9 de mayo de 2012 (folios 934-935) en relación a una solicitud de camiones para desplazar mercancía a los almacenes de COBASA, los destinatarios son tanto la dirección de ASEMTRASAN (asemtrasan@asemtrasan.es), como la dirección de correo electrónico de hotmail vinculada a “La Suelta” [CONFIDENCIAL].
- o Asimismo en el correo electrónico del 10 de diciembre de 2012, dirigido por COBASA a la dirección de hotmail asociada a “La Suelta” que solicitaba respuesta a su petición de seis camiones, figura en copia la dirección asemtrasan@asemtrasan.es (folio 1098).

Adicionalmente, según COBASA, su filial TRANSPORTES RAOS (folio 831), fue dada de baja de ASEMTRASAN a principios de 2005 de forma unilateral al defender, junto con COBASA, que la fijación de precios no debía ser impuesta por ASEMTRASAN (folio 837). Por su parte, COBASA ha manifestado (folio 837) que abandonó ASCOESANT el 26 de abril de 2012 (folios 915-916) debido a que, según su opinión, la asociación de consignatarios pretendía perpetuar la práctica de la contratación de “La Suelta”, en contra del derecho a la libre contratación.

Por otro lado, D. [AAA] niega la capacidad de “La Suelta” para acordar precios, aunque reconoce la existencia de listados de precios de referencia.

b) Reparto de tráfico y clientes en el transporte intraportuario:

Desde 2006 ASEMTRASAN y ASCOESANT han participado en reuniones en las cuales se negociaba y discutía el **reparto de la prestación de servicios** de transporte en el Puerto de Santander:

- En el acta de la Junta Directiva de ASEMTRASAN de 11 de febrero de 2006 se consigna el funcionamiento del sistema de contratación del transporte intraportuario que se expuso a la empresa GSW en presencia de dos representantes de “La Suelta”, en el que este grupo de transportistas realizan los portes desde cualquier nave de un consignatario hasta cualquier punto del recinto portuario. Del mismo modo, se comunica a la empresa que, en lo sucesivo, ellos deberían tener acceso a efectuar estos transportes (folios 234-235).
- En el acta de la Junta Directiva de ASEMTRASAN de 17 de marzo de 2012 (folios 250-251) se afirma que existe un sistema de contratación instaurado entre los transportistas de la Asociación del Puerto de Santander (“La Suelta”) y los consignatarios. Tal y como se detalla en el acta, ante el riesgo, manifestado por ASCOESANT, de un posible expediente sancionador por parte de la extinta CNC, ASCOESANT, AETRAC (Agrupación Empresarial de Transportes de Cantabria) y ASEMTRASAN mantuvieron una reunión en la que ASCOESANT afirmó que seguiría contando preferentemente con los transportistas de “La Suelta” pero insistía en que el sistema de contratación debía ser modificado de modo que se garantice la libertad de contratación. Por su parte ASEMTRASAN ofreció su ayuda a los transportistas del Puerto de Santander (“La Suelta”) si estos la consideran oportuna.
- El 20 de noviembre de 2012 “La Suelta” remitió una carta firmada por su presidente por burofax a la empresa CISNA (folio 1061-1062), integrante

de COBASA GRUPO LOGÍSTICO, en la que se le solicita que *“respete el criterio acordado en orden a los llamamientos de camiones para la actividad de transporte de mercancías del Puerto de Santander”*.

Posteriormente, el 10 de diciembre de 2012, COBASA GRUPO LOGÍSTICO envió un correo electrónico a una dirección de Hotmail asociada con “La Suelta” [CONFIDENCIAL] consultando por qué no había recibido respuesta a su solicitud de seis camiones de “La Suelta” para el transporte de fertilizante desde el Puerto de Santander a los almacenes de la empresa en el polígono de Raos.

- Los días 26 de noviembre y 15 de diciembre de 2012 y 25 de enero de 2013 (folios 266, 316 y 317) se celebraron sendas reuniones entre el Director General de Transportes del Gobierno de Cantabria, y las asociaciones ASCOESANT, ASEMTRASAN, AETRAC y “La Suelta” (representada por D. [AAA] y D. [CCC]). En las actas de la Junta Directiva de ASEMTRASAN de 27 de octubre (folio 257-259) y 15 de diciembre de 2012 (folios 261-263) así como en las actas de las citadas reuniones (folios 266, 316 y 317) se describe el sistema de transporte intraportuario según el cual los transportistas de “La Suelta” *“tienen preferencia respecto de otros transportistas ajenos a [esta] organización”* (folio 258). Asimismo se consigna el hecho de que ASCOESANT desea *“el establecimiento de un sistema de libre contratación que contemple unos precios de transporte basados exclusivamente en la oferta y la demanda”* (folio 258)⁶.
- Por todo ello el 26 de noviembre de 2012 se propone un periodo transitorio de dos meses en los que se alternarán los transportistas de “La Suelta” con otros no asociados (folio 316). Dos personas, uno en representación de los transportistas y otro por los consignatarios respectivamente, son comisionados para realizar el seguimiento de este compromiso (folio 316). Según lo establecido en el acta de la reunión del 15 de diciembre de 2012, las empresas consignatarias pasaron a contratar a otros transportistas no pertenecientes a “La Suelta” (folio 262), lo que queda corroborado en el acta de la reunión del 25 de enero de 2013 citada anteriormente (folio 266).

En el acta del 14 de diciembre de 2012 de la Junta Directiva de ASCOESANT también se consigna que la asociación desea abandonar el sistema vigente de contratación de los servicios de transporte intraportuario por la posible posición contraria de la CNC (folio 128). El

⁶ Ante el riesgo de que la situación se prolongara en el tiempo en exceso, la Junta Directiva de ASEMTRASAN plantea reunir una asamblea de socios con camiones basculantes para ver qué soluciones se pueden aportar para resolver el conflicto.

literal del acta es *“Lío de transportes con ASEMTRASAN: acuerdo y que arbitrasen dos personas, de un lado [FFF]. Pidió la mediación [GGG] el Director de Transportes. Se ha intentado normalizar se les ha dicho que no pueden ser exclusivos por la CNC”*.

D. [AAA] afirma que la contratación en el Puerto de Santander es libre y que el transporte realizado por “La Suelta” no es el principal al tener las empresas estibadoras sus propios transportistas. Una vez que una empresa contrataba a “La Suelta” para la realización de un transporte, éste se repartía entre los miembros presentes en el Puerto según un turno establecido, siendo este el sistema “de toda la vida”.

Asimismo consta en el expediente que ASEMTRASAN acordó llevar a cabo un reparto del tráfico de contenedores entre sus miembros. En el acta de la Junta Directiva de ASEMTRASAN del 27 de febrero de 2010 se detalla el procedimiento que se va a seguir para repartir el tráfico de contenedores en el Puerto de Santander. En este sentido, se dio un plazo, que caducaba el 5 de marzo de 2010, para que los socios se apuntaran a ese trabajo. Ante la previsión de que hubiera más solicitantes que puestos a cubrir, se realizaría un sorteo (folio 247). El sorteo finalmente no se realizó al cancelarse la llegada de los contenedores (folio 1687).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los*

procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

El Consejo en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen las siguientes infracciones:

- una conducta prohibida por los artículos 1 de la LDC de 1989 (desde el año 2000 hasta el 1 de septiembre de 2007) y de la LDC de 2007 (desde el 1 de septiembre de 2007 hasta al menos 2012), así como por el artículo 101 TFUE, por parte de ASEMTRASAN consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia del transporte de mercancías por carretera con origen o destino la Comunidad Autónoma de Cantabria, el reparto de clientes y la fijación de condiciones del servicio.
- una conducta prohibida por los artículos 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (desde el año 1983 hasta el 18 de julio de 1989), de la LDC de 1989 (desde el 18 de julio de 1989 hasta el 1 de septiembre de 2007) y de la LDC de 2007, (desde el 1 de septiembre de 2007 hasta al menos noviembre de 2012), así como por el artículo 101 TFUE, por parte de ASCOESANT consistente en una recomendación colectiva de los precios y en el reparto de los servicios de transporte en el Puerto de Santander.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, el presente expediente analiza prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC, y ambas leyes prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, y en su letra c), el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Así pues, como se ha señalado en ocasiones anteriores, resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal debiendo optarse por una de las dos leyes si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992), deberá ser aquélla que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de las citadas Leyes sea idéntica, de acuerdo con los precedentes de la extinta CNC, también en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989, a excepción del régimen aplicable al cálculo de la sanción a imponer a las Asociaciones, por cuanto el previsto en la norma anterior resulte más favorable que el de la Ley 15/2007.

Esta aplicación más favorable de la Ley 15/2007 ha sido reconocida en anteriores ocasiones por el Consejo de la CNC⁷ y por la Audiencia Nacional, que en su Sentencia de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. Y L'OREAL S.A.)⁸, ha señalado lo siguiente:

“En el siguiente motivo afirma la actora que la CNC ha realizado una indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007. Frente a ello conviene destacar que la conducta imputada se habría iniciado el 8 de febrero de 1989, se habría prolongado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, hasta el 28 de febrero de 2008.

Puesto que la incoación del expediente se produjo el 16 de junio de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta, sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que “Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.”

⁷ Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal; de 21 de enero de 2010, Expte. S/0085/08, Fabricantes de Gel; de 12 de abril de 2010, Expte. S/0059/08 ANAGRUAL; de 17 de mayo de 2010, Expte. S/0106/08 Almacenes de Hierro; de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, Vinos Finos de Jerez; de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08, Transitarios; de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, Peluquería Profesional; de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, Bombas de Fluidos; de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09 Asfaltos; de 10 de noviembre de 2011, Expte. S/024/10 Navieras Ceuta-2; de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10, NAVIERAS BALEARES y de 15 de octubre de 2012, Expte. S/0318/10, Exportación de sobres.

⁸ En términos parecidos se pronuncia también la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2014 (recurso 572/2010, de RHENUS IHG IBERICA, S.A.).

Pero en cuanto al derecho material, debe señalarse que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.

Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua". (Subrayado añadido)

En atención a ello, la Ley 15/2007 es, con carácter general, la norma aplicable al presente procedimiento sancionador, sin perjuicio de la aplicación a ASCOESANT Y ASEMTRASAN de la Ley 16/1989 únicamente para el cálculo de la multa en caso de que esta Sala decida sancionar a las asociaciones en la presente resolución, y ello, en atención a que en la medida en que las asociaciones son operadores económicos sin cifra de negocios, la multa que pudiera imponérselos no podría superar la cuantía de 901.518,16 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, previsión que no consta en la vigente Ley 15/2007, por lo que la primera resulta más favorable a las entidades asociativas, tal como ha señalado en anteriores ocasiones la extinta CNC y la actual Sala de Competencia de la CNMC.

Por otro lado, esta Sala también confirma la aplicación al expediente del artículo 101 del TFUE, por cuanto de la naturaleza y características de las conductas analizadas, así como de las empresas que han participado en las mismas, se deriva la existencia de unas prácticas susceptibles de tener afectación sobre el comercio intracomunitario, a tenor de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal –y como ya indicaban las anteriores Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE)-, como se expondrá al analizar las alegaciones al respecto.

TERCERO. -VALORACIÓN JURÍDICA DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Finalizada la instrucción del expediente, en base al artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia ha propuesto a la Sala de Competencia lo siguiente:

Primero. Que se declare la existencia de una conducta prohibida por los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, desde el año 2000 hasta el 1 de septiembre de 2007 y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, desde el 1 de septiembre de 2007 hasta al menos 2012, así como por el artículo 101 TFUE, por parte de ASEMTRASAN consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia del transporte de mercancías por carretera con origen o destino la Comunidad Autónoma de Cantabria, el reparto de clientes y la fijación de condiciones del servicio.

Segundo. Que se declare responsable de dicha infracción a la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DISCRECIONALES DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE SANTANDER Y CANTABRIA (ASEMTRASAN).

Tercero. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave según lo previsto en el artículo 62.4.a) de la LDC.

Cuarto. Que se declare la existencia de una conducta prohibida por los artículos 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, desde el año 1983 hasta el 18 de julio de 1989, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, desde el 18 de julio de 1989 hasta el 1 de septiembre de 2007 y de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, desde el 1 de septiembre de 2007 hasta al menos noviembre de 2012, así como por el artículo 101 TFUE, por parte de ASCOESANT consistente en una recomendación colectiva de los precios y en el reparto de los servicios de transporte en el Puerto de Santander.

Quinto. Que se declare responsable de dicha infracción a la ASOCIACIÓN DE CONSIGNATARIOS Y ESTIBADORES DE BUQUES DEL PUERTO DE SANTANDER (ASCOESANT).

Sexto. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave según lo previsto en el artículo 62.4.a) de la LDC”.

La DC, a la vista de los hechos acreditados, considera que ASEMTRASAN ha incurrido en una infracción tipificada en el artículo 1 de las Leyes 16/1989 y 15/2007 consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia para distintos tipos de transporte y su difusión a empresas cargadoras, entre las que se encontrarían las empresas estibadoras del Puerto de Santander; la fijación de incrementos de precios; el reparto de las cargas entre los transportistas y la recomendación colectiva de aspectos que deberían quedar en el ámbito de la relación proveedor-cliente, como son el establecimiento o definición de las

horas a disposición, la jornada mínima, el traslado de obra, el precio mínimo, la carga de retorno, los trabajos penosos, de escollera por distancia y por horas y la forma de cobro en los trabajos de obras y movimiento de tierras.

Del mismo modo, la DC considera que ASCOESANT ha incurrido en una infracción tipificada en el artículo 1 de las Leyes 110/1963, 16/1989 y 15/2007 ya que ha pretendido desde su constitución en 1983 homogeneizar los precios del transporte intraportuario, en lugar de permitir la libre fijación de precios por parte de cada uno de sus socios individualmente, tal y como se recoge en sus estatutos actualmente en vigor, materializándose esta conducta en la recomendación a sus socios de los precios del transporte intraportuario a contratar. Adicionalmente, ha participado en el reparto de aquellos transportes en el Puerto de Santander que sus transportistas de referencia no podían prestar.

Las conductas descritas no sólo suponen una violación de la legislación nacional de competencia, sino también del artículo 101 del TFUE, puesto que extendieron o pudieron extender sus efectos más allá de la Comunidad Autónoma de Cantabria y, en general, de España.

Añade además, en el PCH, punto 58 y 59, que “A la vista de la información recabada en la inspección domiciliaria practicada en la sede de AETRAC, así como a lo largo de la investigación, no se deducen indicios racionales de infracción de la LDC por parte de dicha asociación. Por ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas contra la AGRUPACION EMPRESARIAL DE TRANSPORTES DE CANTABRIA. En cuanto a la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTE EN CAMIONES DEL PUERTO DE SANTANDER, conocida como “La Suelta”, a la vista de la información recabada y de las actuaciones realizadas, entre las que se encuentran los requerimientos de información a las empresas y autónomos transportistas, empresas estibadoras y consignatarias con actividad en el Puerto de Santander y la APS, no ha resultado acreditada formalmente su existencia y en consecuencia no ha sido posible incoar expediente sancionador alguno contra ella a pesar de los indicios de infracción existentes. Del mismo modo, no ha sido posible obtener una relación contrastado de asociados ni acreditar la realización de ninguna conducta anticompetitiva por parte de los mismos (...)”.

CUARTO.- ALEGACIONES PRESENTADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Las dos asociaciones imputadas, ASEMTRASAN y ASCOESANT han presentado alegaciones, tanto en la fase de instrucción (AH 11) como una vez cerrada ésta, a la Propuesta de Resolución (PR) de la DC (AH 13). Igualmente, con fecha 19 de septiembre de 2013 ASCOESANT presentó alegaciones al Acuerdo de incoación (AH 8, folios 602-607)

La DC ha dado cumplida respuesta a las alegaciones presentadas por las partes al PCH en el apartado IV de la PR. No obstante a continuación se da respuesta a las alegaciones de las partes a la Propuesta de Resolución de la DC, que se analizan conjuntamente con las realizadas al PCH, por remisión directa de los imputados o al ser en numerosos casos reproducción de las mismas.

Asimismo ASEMTRASAN ha solicitado la práctica de prueba. Por su parte, ASCOESANT solicita la admisión de la prueba documental que presente adjunta a su escrito de alegaciones a la PR

4.1 Prescripción de las infracciones imputadas:

Tanto ASEMTRASÁN en sus alegaciones al PCH (folios 2106-2110) como ASCOESANT en sus alegaciones a la PR (folios 2278-2300) consideran que todos los hechos que se consideran acreditados fechados cuatro años antes del inicio del expediente deben considerarse prescritos y no pueden ser tenidos en cuenta en el presente expediente.

Así considera ASCOESANT a los tarifarios relativos a “La Suelta” de 2007 y 2009 y ASEMTRASAN a todos los documentos y reuniones anteriores a la entrada en vigor de la LDC en 2007 o posteriores pero anteriores en cuatro años al inicio del expediente o la primera actuación administrativa relacionada con el mismo.

Respuesta de la Sala de Competencia

Como destaca la DC en su PR las alegaciones de prescripción expuestas no pueden ser atendidas. Ambas asociaciones pretenden la prescripción de determinados hechos asilándolos e individualizándolos con respecto a hechos posteriores que también han sido acreditados en el expediente. Sin embargo, como destaca la DC, lo que se reprocha a cada una de las asociaciones no es una relación de hechos aislados sino una infracción única y continuada a la normativa de competencia, de naturaleza compleja e integrada por diversos hechos que deben valorarse en su conjunto, por lo que no cabe hablar de prescripción de la infracción.

De acuerdo con esta valoración, a ASEMTRASAN y a ASCOESANT no se les imputan tantas infracciones como hechos anticompetitivos fueron acreditados,

sino una única infracción continuada a cada una de las asociaciones, consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia del transporte (de mercancías en la Comunidad Autónoma o intraportuario, respectivamente), el reparto de clientes y la fijación de condiciones del servicio.

Ambas asociaciones han desarrollado un conjunto de acciones que guardan unidad de propósito y que son contrarias al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE. De este modo, cada una de las acciones descritas forman parte de una misma práctica, inscribiéndose en un plan conjunto orientado a restringir la competencia en la prestación de servicios de transporte descritos.

Así lo han señalado tanto el Consejo de la extinta CNC, como la actual Sala de Competencia de la CNMC al valorar este tipo de infracciones. Así, en su Resolución del Expediente S/0287/10, Postensado y Geotecnia, mencionando la doctrina establecida por la Audiencia Nacional, SAN 6 de noviembre de 2009 en el Asunto Cajas Vascas: *“De la descripción de estas acciones resulta que se han desarrollado por la recurrente en connivencia con sus competidoras más directas un conjunto de acciones que guardan una unidad de propósito, que son contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989⁹ tanto aisladamente consideradas como valoradas en su conjunto, pero este conjunto aúna en un todo y en una única infracción continuada las concretadas y aisladas acciones probadas. Por la tanto, la infracción del artículo 1 ha tenido una consumación progresiva y correlativa a la ejecución de los actos que conforman ese conjunto”*. El Consejo prosiguió en su Resolución: *“Esta tipificación en única infracción de conductas diferenciadas y autónomas entre si debe predicarse, no solo en cuanto al carácter continuado de las mismas, sino en cuanto a su consideración como infracción global”*.

Asimismo, la Resolución de 17 de Mayo de 2010 del Expediente Sancionador S/0106/08, Almacenes Hierro, confirmada por la Audiencia Nacional de 19 de Febrero de 2013, dispone que *“los Tribunales comunitarios tienen señalado que una infracción de la prohibición de acuerdos restrictivos puede ser el resultado <de una serie de actos separados en el tiempo e incluso de un comportamiento continuado> siempre que las diferentes acciones se inscriban dentro de un plan conjunto debido a su objeto idéntico o único, que no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia. Una interpretación –la existencia de una única infracción continuada en el tiempo– que no quedará desvirtuada por el hecho de que, uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado, puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción del mismo precepto. Como tampoco lo será porque no exista prueba directa de la persistencia de la infracción continuada durante periodos de tiempo <más o menos largos en el marco de una infracción que dura varios años>, siempre que existan pruebas de hechos suficientemente próximos en el*

⁹ Ley vigente en las fechas relevantes.

tiempo y conectados entre sí, de modo que pueda inferirse razonablemente en Derecho que la infracción prosiguió de forma ininterrumpida entre dos fechas concretas. Una interpretación que se fundamenta en que las empresas suelen ser conscientes del carácter anticompetitivo de sus conductas y, por ello, es habitual que la autoridad de competencia se encuentre con documentación de carácter fraccionario y dispersa, de modo que normalmente es preciso inferir la existencia y duración de la infracción de ciertas coincidencias e indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción única y continuada”.

Por todo lo anterior, la Sala considera que todos los hechos imputados a ASEMTRASAN y ASCOESANT constituyen dos infracciones únicas, consistentes en la elaboración de tarifarios o precios de referencia, el reparto de clientes y la fijación de condiciones de servicio, la cual está tipificada como una infracción muy grave, de acuerdo al artículo 62.4 de la LDC.

Dado que el artículo 68 de la LDC establece que las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años y la extinta DI inició actuaciones en relación a ASEMTRASAN el 8 mayo del año 2013 y las prácticas imputadas a ambas asociaciones se extienden de manera continuada hasta al menos diciembre de 2012, las infracciones imputadas a ASEMTRASAN y ASCOESANT no pueden considerarse prescritas.

4.2. Inexistencia de las infracciones imputadas y falta de acreditación de las mismas

Tanto ASEMTRASAN como ASCOESANT consideran que las infracciones imputadas por la DC en el PCH son inexistentes o no han sido acreditadas y la imputación, por tanto, es infundada y errónea.

Respecto a la documentación encontrada en sus instalaciones ASEMTRASAN señala que no puede ser considerada responsable de toda la documentación que obre en las mismas y que el resto de la argumentación desarrollada por la DC son sólo “*cábalas, deducciones, presunciones contra reo y falta de prueba que redundan en perjuicio del presunto infractor*”.

Por su parte ASCOESANT rechaza tanto la imputación por recomendación colectiva de precios como por el reparto de servicios de transporte intraportuario en el Puerto de Santander.

Respecto a la primera de ellas ASCOESANT alega que la imputación “*es errónea e infundada ya que la presunta conducta anticompetitiva no ha sido probada de manera suficiente en la PR (...)*”, rechazando la posible aplicación al caso de la prueba de presunciones.

ASCOESANT rechaza en todo caso, como ya lo hizo en sus anteriores alegaciones, el valor probatorio para dicha infracción de los cuatro documentos

incorporados al expediente sobre los que la DC basa su imputación: los estatutos de ASCOESANT de 1983, los tarifarios de 2007 y 2009 y el documento Word de 2012.

- En relación con los Estatutos de ASCOESANT de 1983 y, en particular, su cláusula 2.d) la asociación considera que la cláusula citada por la DC con la referencia a *“estudiar y coordinar tarifas diversas de las actividades de sus asociados”* no evidencia una intención o deseo de infringir la normativa de competencia ni tampoco una infracción real de la misma, ya que no se refiere a precios aplicados por sus socios sino a tarifas, tasas y cargas impuestas por la Autoridad Portuaria sobre los que la normativa reguladora de los puertos permitía la posible negociación entre Administración y operadores del puerto. Considera asimismo posible *“coordinar”* estas tarifas sin efectuar ninguna recomendación. En todo caso ASCOESANT no considera posible la imputación de una infracción por la mera existencia de dicha declaración de intenciones en sus estatutos sociales.
- Con respecto a la copia de un tarifario relativo a "La Suelta" de 2007 con membrete de ASCOESANT, la asociación alega que dicho documento no prueba que haya efectuado recomendación alguna en relación con los precios del transporte de "La Suelta" indicados en él. Para ASCOESANT, el mero hecho de que el tarifario se haya copiado en papel con el membrete de ASCOESANT no demuestra que esta asociación haya recomendado a sus socios las tarifas que contenía si bien reconoce que *“ASCOESANT pudo circular el documento a sus socios a efectos informativos”* y que *“el membrete serviría para transmitir que éstas eran las tarifas recibidas por ASCOESANT, sin que ello signifique que ASCOESANT haya realizado recomendación alguna al respecto”*.
- En lo que concierne al segundo tarifario relativo a "La Suelta" de 2009 en una carta firmada de ASEMTRASAN encontrado en la inspección realizada en la sede de ASCOESANT, la asociación considera que no puede atribírsele en modo alguno su autoría ni existe prueba en el expediente de que dicho tarifario fuera notificado a sus socios o que fuera una recomendación de precios efectuada por ASCOESANT.
- Por último respecto al documento Word situado en una carpeta llamada "AÑO 2012", de nombre *“propuesta consignatarios.doc”*, obtenido en la inspección en la sede de ASEMTRASAN, ASCOESANT considera que, *“ni de su contenido ni del contexto en el cual ha sido encontrado puede derivarse que ASCOESANT haya siquiera recibido copia de este documento ni menos aún que lo haya comunicado a sus socios ni que haya realizado recomendación alguna relativa a él”*.

A la vista de la insuficiencia de los documentos comentados ASCOESANT considera que no existe en el expediente administrativo ninguna prueba que demuestre la existencia de las supuestas recomendaciones colectivas. En

concreto y con respecto a la reunión que describe en el PCH en el apartado 51 (a) entre ASCOESANT y ASEMTRASAN, la DC concluye en que *"en la reunión citada no se obtuvo ningún acuerdo"*. En el resto de reuniones que se citan en el apartado 51 del PCH, solo existen dos correos electrónicos donde se hace referencia a una posible reunión pero sin que se haya constatado de ninguna manera la existencia de un pacto, siquiera verbal, por parte de ASCOESANT. Se mencionan igualmente en este apartado del PCH comunicaciones de "La Suelta" a ASCOESANT relativas a incrementos de precios, pero sin referencia alguna a una aceptación por ASCOESANT.

En su alegación segunda ASCOESANT rechaza también la imputación que realiza el PCH y la PR de su participación en un acuerdo de reparto de servicios de transporte intraportuario en el Puerto de Santander, considerándola errónea e infundada.

Según ASCOESANT la PR se remite al PCH para intentar probar, sobre la base de varios documentos de cuya autoría no es responsable ASCOESANT, que esta última habría participado desde 2006 y hasta noviembre de 2012 en un sistema de preferencia de los transportistas de "La Suelta". Sin embargo para ASCOESANT la mera lectura de tales documentos demuestra que *"lejos de aceptar o acordar una preferencia, siempre indicó que el sistema de contratación debía modificarse para garantizar la libertad de contratación"* y añade que *"ASCOESANT nunca expresó un deseo de que se "abandonase" el sistema sino al contrario. Lo que indicó el documento referido por la CNMC es que se había intentado "normalizar" la situación"*.

Asimismo ASCOESANT subraya que la asociación nunca expresó un deseo de que se "abandonase" el sistema sino que indicó que se había intentado "normalizar" la situación. ASCOESANT defiende que "normalizar" una situación no tiene el mismo significado que "abandonar" un sistema y una referencia a "normalizar una situación" para nada es prueba suficiente de que ASCOESANT había contribuido a la misma.

Por otro lado ASCOESANT considera que la PR no ha probado su participación en un reparto de los servicios de transporte intraportuario en el Puerto de Santander.

Respuesta de la Sala de Competencia

En relación con estas consideraciones, que ya fueron en gran parte puestas de manifiesto tanto por ASCOESANT como por ASEMTRASAN en sus alegaciones al PCH, esta Sala de Competencia comparte los argumentos expuestos por la DC y reflejados en los apartados (39) a (42) y (52) y (53) de la PR, sin que las alegaciones ahora presentadas a la misma hayan conseguido

desvirtuarlos. Así, esta Sala considera que los datos obrantes en el expediente -como la existencia de correos electrónicos, reuniones con los transportistas y documentos de la asociación con tarifarios – son abundantes y demuestran las infracciones imputadas a ambas asociaciones, ya que acreditan la existencia de tarifarios utilizados para la recomendación colectiva de precios con la pretensión de homogeneizar los precios tanto del transporte intraportuario como del transporte de mercancías en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Igualmente la documentación incorporada al expediente permite acreditar la existencia de reuniones para el reparto de los servicios de transportes tanto en el interior del Puerto de Santander como en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Por tanto, la Sala considera que existe prueba suficiente de la infracción única y continuada en el tiempo que se imputa a cada asociación.

No obstante, la Sala considera que debe aceptar la alegación de ASCOESANT referida a la ausencia de prueba para determinar que la conducta imputada comienza en el año 1983, en virtud de la cláusula 2.d) de sus Estatutos de ASCOESANT y la referencia a *“estudiar y coordinar tarifas diversas de las actividades de sus asociados”*. La Asociación alega que dicha mención no se refiere a coordinar los precios aplicados por sus socios sino a estudiar las tarifas, tasas y cargas impuestas por la Autoridad Portuaria sobre los que la normativa reguladora de los puertos permitía cierta negociación entre Administración y operadores del puerto. Si bien la Sala considera que la redacción de los Estatutos debe modificarse para impedir cualquier interpretación de los mismos contraria a la normativa de competencia, la estipulación recogida en la cláusula 2.d) resulta confusa y queda aislada por un largo lapso de 17 años con el siguiente hecho probado, lo que impide reconocerla, por sí sola, como inicio de la infracción imputada.

Por el contrario, la Sala no puede asumir ni aceptar en ningún caso las alegaciones de ambas asociaciones respecto a la falta de valor probatorio de la documentación (especialmente tarifarios) encontrada en sus instalaciones durante las inspecciones de mayo de 2013, al no haber quedado acreditada, según las asociaciones, su autoría. Cuando una documentación como la cuestionada se inserta en una secuencia de hechos acreditados como la expuesta fehacientemente en el presente expediente e, incluso (como es el caso de ASCOESANT) se reconoce que el logo de la asociación ha quedado incorporada a la misma y se ha circulado entre sus asociados (*“ASCOESANT pudo circular el documento a sus socios a efectos informativos”*), no puede desvirtuarse el valor probatorio de su uso con propósito anticompetitivo por parte de las asociaciones, con meras alegaciones referidas al total desconocimiento de su existencia y de la presencia de dicha documentación en sus instalaciones, así como de su origen y su propósito.

4.3 Ausencia de efectos que las conductas han ocasionado en el mercado

En la tercera de sus alegaciones, ASCOESANT argumenta que las conductas imputadas carecen de efectos ya que el expediente no recoge ninguna prueba relativa a los hipotéticos efectos de las supuestas prácticas y destaca que *“el impacto sobre la competencia de una conducta preferencial que hubiese podido realizarse sobre los transportistas de "La Suelta" sería irrelevante ya que, en la práctica, estos últimos son los únicos transportistas que estarían disponibles para la realización de esos transportes adicionales que las empresas no serían capaces de realizar con sus transportistas de referencia (...).”*

Señala además la limitada dimensión de las actividades afectadas y aporta un cuadro estimativo de las toneladas susceptibles de transporte intraportuario, deduciendo de este cuadro que solo el 21,1% de la mercancía transportada a través del Puerto de Santander es susceptible de transporte intraportuario. Considera a su vez que *“el verdadero "mercado" hipotéticamente afectado por las imputaciones de la PR sería el mercado específico del transporte intraportuario llevado a cabo de forma puntual por los autónomos en el Puerto de Santander referidos en la PR como "La Suelta".*

Por último ASCOESANT destaca de nuevo la ausencia de todo vínculo de las prácticas imputadas a su asociación con las otras supuestas prácticas imputadas en la PR a ASEMTRASAN.

Respuesta de la Sala de Competencia

Para dar respuesta a esta alegación, se debe partir de la consideración de que los efectos que las conductas hayan podido provocar en el mercado en nada altera la calificación jurídica que esta Sala debe realizar en relación con las mismas, por cuanto nos encontramos ante una infracción única y continuada, cuyo objeto es anticompetitivo, tal como ha sido acreditado por la DC en la propuesta de resolución al analizarlas individualmente, y por tanto, ello es suficiente para determinar las responsabilidades y sancionar las conductas investigadas objeto de la presente resolución.

Como ha señalado las autoridades españolas de competencia en anteriores ocasiones, en la valoración de conductas colusorias de esta índole no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que éstas son restrictivas por su objeto (Véase, la Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010 (Expte. S/0120/10, Transitarios).

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que¹⁰:

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) Caso Expedia Inc.contra Autorité de la concurrence y otros. Sentencia de 13 diciembre 2012. TJCE 2012\383.

“procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011 [TJCE 2011, 399] , KME Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 65, y KME Germany y otros/Comisión, [TJCE 2011, 400] C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia”.

Y finalmente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de diciembre de 2007, en sentido análogo, ha afirmado que:

"En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar dos cosas. En primer lugar que la sanción de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos".

A modo de conclusión, a los efectos de valorar las conductas previstas en el artículo 1 de la LDC, lo relevante es la aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia, dado que el tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga o no éxito la misma¹¹.

¹¹ Resolución del Consejo de la CNC de 27 de marzo de 2012, Expte, S/0237/10 MOTOCICLETAS.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala considera que la DC ha acreditado durante la instrucción del procedimiento que las conductas llevadas a cabo por ASCOESANT, además de tener un objeto contrario a la competencia, también han causado una afectación restrictiva de la competencia.

En lo que se refiere al acuerdo de tarifas a aplicar en el transporte intraportuario, la ejecución de los acuerdos alcanzados en las reuniones se deduce de la documentación obtenida en la inspección practicada en la sede de ASCOESANT. Ejemplo de ello lo constituye el comunicado de “La Suelta” a ASCOESANT el 28 de enero de 2008, en el cual le informa del incremento del 4% sobre las tarifas del 2007 (folio 111).

En atención a lo anterior, esta Sala desestima la alegación presentada sobre la inexistencia de efectos que las conductas colusorias han provocado en el mercado.

4.4 Sobre la definición del mercado y la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE

ASCOESANT continúa reiterando que el mercado afectado en su caso no sería el transporte por carretera, sino el transporte intraportuario, no pudiendo de esta manera afectar la conducta imputada al transporte de mercancías por carretera con origen o destino la Comunidad Autónoma de Cantabria.

En su alegación cuarta, ASCOESANT manifiesta la inaplicabilidad del art. 101 TFUE, puesto que *“incluso de acreditar la existencia de una infracción que habría producido efectos en el mercado, dichos efectos en ningún caso podrían tener un impacto en el comercio intracomunitario, ya que afectaría a menos del 1% del coste de transporte de las mercancías en un Puerto que representa solo el 1% de las mercancías que pasan por los Puertos españoles”.*

Respuesta de la Sala de Competencia

Frente a lo alegado por ASCOESANT, el hecho de que las conductas se realicen en el mercado del transporte de mercancías y que dichas mercancías deben ser llevadas o sacadas del mismo en medios de transporte por carretera hace que los efectos de dichas conductas afecten a todas las mercancías que entran y salen del Puerto de Santander. Por tanto, afecta a las condiciones de competencia del Puerto de Santander y de las mercancías que por él transitan, tanto nacionales como del exterior, no limitándose los efectos derivados de dichas conductas únicamente al transporte intraportuario como pretende ASCOESANT, puesto que inciden en las condiciones y precios del transporte por carretera con el consiguiente efecto sobre las empresas generadoras de cargas ubicadas dentro o fuera de Cantabria.

Por ello dichas conductas no solo afectan a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Cantabria, sino que afectan a los intercambios comunitarios, y tal como dispone en su artículo 3 el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, cuando las Autoridades de Competencia de los Estados miembros apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas del artículo 101 del TFUE.

Además, como ya argumentó la DC en su Propuesta de Resolución, las mercancías que se transportan desde el Puerto de Santander, pueden ser transportadas tanto por empresas nacionales como extranjeras y ser el destino de las mercancías la propia Comunidad Autónoma de Cantabria u otro cualquiera. Las prácticas realizadas por ASCOESANT tuvieron efectos directos sobre el Puerto de Santander y sobre su capacidad de competir con otros puertos nacionales o internacionales.

Por tanto es necesario analizar si se da la anterior premisa de posibilidad de afectación de los intercambios comunitarios y para analizar si se cumple, nos apoyaremos en las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), que dice se deben tener en cuenta tres elementos: a) el concepto de *“comercio entre los Estados miembros”*; b) la noción de *“pueda afectar”* y c) el concepto de *“apreciabilidad”*.

La Comunicación recuerda que el comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en el caso de que el mercado pertinente sea nacional o sub-nacional.

En el caso que nos ocupa como se deduce del contenido del expediente, tanto la posible afectación del comercio intracomunitario como la apreciabilidad, está fuera de toda duda. La conducta descrita no solo supone una violación de la LDC sino también del TFUE puesto que extendieron o pudieron extender sus efectos más allá de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y en general de España. Esto es así por varios motivos: en primer lugar porque las mercancías en tránsito por la Comunidad Autónoma de Cantabria pueden ser transportadas por cualquier empresa, nacional o extranjera, y su destino puede ser la propia Comunidad Autónoma o cualquier otro, nacional o extranjero. En segundo lugar, porque las conductas analizadas inciden sobre las condiciones y precios del transporte por carretera, por lo que además pudieron tener efecto sobre las empresas generadoras de carga ubicadas dentro o fuera de Cantabria, que dependiendo de las condiciones de transporte, pudieron modificar su cadena logística.

Por último, todas estas prácticas incidieron directamente sobre la competitividad del Puerto de Santander y, por lo tanto, sobre su capacidad de competir con otros puertos nacionales o internacionales.

La Sala de Competencia coincide con el análisis de la DC sobre la afectación de los intercambios comunitarios de la conducta analizada y en la obligación, por tanto, de aplicar el artículo 101 del TFUE como por otra parte se ha hecho en expedientes similares, a saber, la última, Resolución del Consejo de 10 de enero de 2013, (S/0293/10 TRANSCONT).

4.5 Sobre la Ley aplicable.

En relación a la normativa aplicable al expediente ASCOESANT *“considera que la Ley que le es más favorable es la Ley 16/1989, de 15 de julio, de Defensa de la Competencia”*.

Respuesta de la Sala de Competencia

Como ya se ha advertido anteriormente, las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC de 2007 son idénticas y, de acuerdo con los precedentes de la extinta CNC y de la actual Sala de Competencia de la CNMC, el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989, con excepción del régimen aplicable al cálculo de la sanción a imponer a las Asociaciones, por cuanto el previsto en la Ley de 1989 resulta más favorable que el de la Ley 15/2007.

Por lo tanto, si bien la Ley 15/2007 es, con carácter general, la norma aplicable al presente procedimiento sancionador, procede aplicar a ASCOESANT (y también a ASEMTRASAN) la Ley 16/1989 en relación con el cálculo de la multa, como se detalla en el Fundamento de Derecho Sexto, y ello en atención a que en la medida en que las Asociaciones son operadores económicos sin cifra de negocios, la Ley 16/1989 resulta más favorable a los efectos de determinar la cuantía de la multa.

4.6 Sobre la práctica de la prueba

ASEMTRASAN se reitera en la petición de la práctica de la prueba solicitada en las alegaciones presentadas al PCH y que le fue denegada. Con la solicitud de interrogatorio a determinadas empresas (COBASA y TRANSPORTES MARQUEZ-FADRIQUE-PEÑALVA, S.L.), ASEMTRASAN pretende acreditar la existencia de un conflicto entre estas dos empresas con otros transportistas respecto al trabajo en el Puerto de Santander. Solicita además la celebración de vista.

Respuesta de la Sala de Competencia

Para dar respuesta a esta alegación, procede acudir a varios preceptos del ordenamiento jurídico aplicables al procedimiento del que trae causa la presente resolución.

Así, en el marco del régimen del procedimiento administrativo general, el artículo 80 de la Ley 30/1992, señala que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho, si bien el instructor del procedimiento podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

Por otro lado, el artículo 137.4 de la Ley 30/1992, relativo a la presunción de inocencia de los presuntos responsables en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, señala que:

“4. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades.

Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable”.

Finalmente, ya en el ámbito específico del procedimiento sancionador previsto en las normas de competencia, procede acudir al Reglamento de la LDC, cuyo artículo 32 otorga a los interesados el derecho a presentar alegaciones y proponer la práctica de prueba que consideren oportunas, pero también la potestad a la DC de resolver sobre la admisibilidad o no de la práctica de las pruebas propuestas.

“2. Los interesados podrán, en cualquier momento de la instrucción del procedimiento sancionador aducir las alegaciones y proponer la práctica de las pruebas que consideren relevantes para la defensa de sus intereses. La Dirección de Investigación deberá resolver sobre la práctica de la prueba de forma motivada. Contra la denegación de práctica de prueba no cabrá recurso alguno”.

En este mismo sentido, el artículo 34.1 del Reglamento establece que *“la propuesta de resolución, que incluirá las alegaciones aducidas por los interesados a lo largo de la instrucción y las pruebas propuestas por éstos, indicando si se practicaron o no, será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes.”*

De la interpretación conjunta y literal de los preceptos transcritos, se extrae sin mayor complejidad que el órgano instructor únicamente viene obligado a

admitir y a llevar a cabo la práctica de aquellas pruebas que considere que van a ser necesarias para esclarecer y arrojar luz a los hechos investigados, pero en ningún caso, viene obligado a admitir aquellas pruebas que no van a ser imprescindibles para la determinación de los hechos y de las responsabilidades en el procedimiento.

En este sentido, el TC en su sentencia de 9 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7974), señala que de los propios términos del artículo *“resulta que sólo habrá de practicarse cuando sea preciso esclarecerlos (se refiere a los hechos), no cuando queden suficientemente acreditados por el resultado de lo actuado, porque lo contrario implicaría una actividad meramente reiterativa y por tanto inútil y contraria al principio de economía procesal por dilatoria”*.

En el mismo sentido, el TS señala que *“Del propio tenor literal del artículo (se refiere al artículo 80) se desprende la supeditación del período probatorio, como es obvio y palmario, a la existencia de puntos de duda que haya que esclarecer, siendo lógico que sea la Administración quien valore si tales dudas o lagunas concurren y si es precisa la prueba para disiparla. En los términos en que se plantea la cuestión por el actor es menester rechazar el alegato, pues lo que viene a pedir es que se reconozca la obligatoriedad del trámite de prueba, con independencia del grado de conocimiento que se tenga sobre el acaecimiento que se enjuicia. Otra cosa es si en el presente caso la prueba resultante de lo actuado es suficiente para dar por acreditado el hecho merecedor de sanción, lo que en todo caso debe ser analizado como primordial cuestión de fondo”*.

En consecuencia, la administración podrá rechazar aquellas pruebas que considere irrelevantes para la resolución del procedimiento, con el único requisito de la debida motivación de la decisión de inadmisibilidad de éstas, requisito que, a tenor de los criterios jurisprudenciales¹², se ha cumplido por la DC en la propuesta de resolución, en cuyo apartado IV.2 resuelve sobre la admisibilidad o rechazo de las pruebas propuestas por los interesados y justifica adecuadamente los motivos por los que, en su caso, ha decidido no llevar a cabo la práctica de prueba propuesta por éstos.

Por otro lado, en lo que se refiere a la prueba testifical solicitada por ASEMTRASAN ya fue rechazada expresamente por la DC en la propuesta de resolución (apartado 55, página 30; apartado 56 página 31), por lo siguientes motivos:

55) *“De acuerdo a lo alegado por ASEMTRASAN, ambas empresas han declarado que recibieron un listado de precios para el transporte de fertilizantes desde la asociación, siendo esto un elemento insuficiente para imputar a ASEMTRASAN una infracción de la LDC. Ahora bien, cabe subrayar que con independencia de que ese listado fuera o no*

¹² Véanse, las STS de 12 de diciembre de 1990, RJ 1990/9918 y STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819.

facilitado por la asociación, la acreditación de las prácticas anticompetitivas imputadas a ASEMTRASAN se basa en la elaboración de tarifarios o precios de referencia para distintos tipos de transporte, la fijación de incrementos de precios, el reparto de las cargas entre los transportistas y la recomendación colectiva de aspectos que deberían quedar en el ámbito de la relación proveedor-cliente, como son el establecimiento o definición de las horas a disposición, la jornada mínima, el traslado de obra, el precio mínimo, la carga de retorno, los trabajos penosos, de escollera por distancia y por horas y la forma de cobro en los trabajos de obras y movimiento de tierras y no únicamente en el tarifario para el transporte de fertilizantes.

56) Por lo tanto, el resultado del interrogatorio no afectaría la valoración efectuada en el Pliego de Concreción de Hechos, ya que son un conjunto de elementos los que constituyen la infracción. De este modo, se deniega su práctica”.

Por lo que esta Sala considera suficientemente justificada por la DC la denegación de las pruebas propuestas por las partes en el procedimiento, por ser innecesarias, irrelevantes o no aportar un valor añadido a las pruebas contenidas en el expediente de referencia y ello, se ajusta a las potestades conferidas al órgano sancionador en la normativa antes citada.

4.7 Sobre el cálculo de la sanción

En lo que respecta al cálculo de la sanción, ASCOESANT realiza varias alegaciones diferenciadas en su escrito de alegaciones que reitera posteriormente en su respuesta de 2 de diciembre de 2014 al requerimiento de información de 17 de noviembre del mismo año.

En primer lugar ASCOESANT alude a necesaria aplicación al caso de la sentencia de la Audiencia Naciones de 21 de abril de 2014, que estimó parcialmente el recurso 283/2013 promovido por la Asociación Provincial de Agencias de Viajes de Santa Cruz de Tenerife contra la resolución de la extinta CNC de 24 de abril de 2013 (expte. SACAN/0017/11 GUÍAS TURÍSTICOS TENERIFE). En dicha sentencia la AN consideró desproporcionada la multa de 400.000 euros impuesta a dicha Asociación.

Según ASCOESANT el volumen de negocios de sus asociadas solo podría tenerse en cuenta en el caso de que se pruebe la concertación entre las empresas asociadas, algo que no ha ocurrido en el presente expediente, como se desprende claramente no solo de la PR, sino del hecho de que la CNMC no ha siquiera imputado a los asociados de ASCOESANT. De cara a la imposición

de la multa ASCOESANT considera que la CNMC debe tener en cuenta los recursos económicos de la Asociación que son extremadamente limitados que cifra en [CONFIDENCIAL]€ en 2013 (ingresos totales), según detalla en el Anexo 3 de sus alegaciones.

En segundo lugar, ASCOESANT considera que, en un hipotético escenario de imposición de una multa, el volumen de negocio a tener en cuenta solo deberían incluir las ventas en el mercado de transporte intraportuario en el Puerto de Santander en aplicación de las múltiples sentencias recientes de la Audiencia Nacional al respecto (cita expresamente las sentencias en los recursos 535/2010, 540/2010 y 674/2010. Por ello argumenta que el límite del 10% para la sanción, deberá aplicarse en relación con el mercado de transporte intraportuario en el Puerto de Santander, *“con estimaciones de los ingresos totales de los transportistas autónomos que operan en el transporte intraportuario en el Puerto de Santander, los ingresos totales de dichos operadores en 2012 se estiman en tan solo 374.000 €”*.

En tercer lugar, ASCOESANT señala la muy limitada duración de la infracción que sólo se habría producido durante uno o dos años a lo sumo: desde 2007 (tarifario relativo a “La Suelta”) hasta la nueva comunicación del tarifario en 2009.

Por último ASCOESANT solicita la aplicación de varios atenuantes como la reducida dimensión del mercado afectado y la ausencia de efectos (reconocidos por la propia PR y aplicados también por la citada sentencia de la AN de 24 de abril de 2014 para la referida Asociación de Guías Turísticos), el abandono de la supuesta práctica anticompetitiva (también reconocido por la PR), la ausencia de dolo (en referencia a la publicación de sus estatutos) y la ausencia de enriquecimiento ilícito.

Respuesta de la Sala de Competencia

Las alegaciones anteriores referidas a las atenuantes a aplicar serán contestadas en el apartado referido a la determinación de la multa, para su debida estimación o rechazo. Igualmente será tomada en consideración allí y contestada la alegación referida a la valoración de los recursos económicos de la Asociación con objeto de la determinación de la sanción.

Por el contrario pueden ser desestimadas de antemano las alegaciones de ASCOESANT referidas a la limitada duración de la infracción y a la aplicación del límite del 10 % previsto para la sanción en el artículo 63.1 c) de la LDC.

Respecto a la limitada duración de la infracción, que ASCOESANT considera existente únicamente entre uno o dos años a lo sumo: desde 2007 (tarifario

relativo a “La Suelta”) hasta la nueva comunicación del tarifario en 2009. Como puede observarse se trata de una reiteración de las alegaciones referidas a la prescripción de estos mismos hechos. Como se ha advertido anteriormente dicha alegación (al igual que la presente) no puede ser estimada ya que la DC no imputa a ASCOESANT estos hechos aislados sucedidos en 2007 y 2009 sino un conjunto de acciones que guardan unidad de propósito y que son contrarias al artículo 1 de la LDC y al artículo 101 del TFUE y que se prolongan hasta, al menos, 2012, a través de una sucesión de recomendaciones de precios, tarifarios que recogen los mismos, negociaciones y reuniones para el reparto de clientes y servicios, etc. De este modo, cada una de las acciones descritas forma parte de una misma práctica, inscribiéndose en un plan conjunto orientado a restringir la competencia en la prestación de servicios de transporte descritos.

Con respecto al volumen de negocio a considerar para aplicar el límite del 10 % previsto en el artículo en el artículo 63.1 c) de la LDC, ASCOESANT considera que debe aplicarse dicho límite al volumen de negocio en el mercado afectado por la infracción, siguiendo la doctrina expuesta en múltiples sentencias por la Audiencia Nacional. En el presente expediente, según señala ASCOESANT, el mercado afectado por la infracción imputada a dicha asociación corresponde al transporte intraportuario en el Puerto de Santander.

La Sala considera que no resulta posible estimar la citada alegación ya que el Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 29 de enero de 2013 (recurso 2872 / 2013) ha considerado que *“cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción”*.

4.8 Sobre la petición de información relativa a volumen de negocios

ASEMTRASAN alega la imposibilidad de aportar la documentación solicitada en la PR en lo referente al volumen de negocios total en España antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados entre los años 2000 y 2013, ambos incluidos, desglosado por años, de sus asociados.

Argumenta que dicha documentación no obra en su poder y añade *“Esta parte, bajo ningún concepto está negando información a esa Comisión. Pero no puede dar lo que no tiene ni responsabilizarse de realizar las gestiones para las que no está capacitada; no entiende ni que se le pide ni puede hacerlo ni puede pagarlo y además tampoco hay fundamento para la petición”*.

Por otro lado, en la última de sus alegaciones, *“ASCOESANT considera que esta solicitud de información es desproporcionada y que no guarda relación alguna ni con el propio contenido de la Propuesta de Resolución ni tampoco con la práctica habitual de esta Dirección de Competencia, en aplicación de la normativa pertinente, en asuntos similares”*.

Respuesta de la Sala de Competencia

En primer lugar cabe señalar que el requerimiento realizado por la DC en su PR respecto al volumen de negocios total en España de sus asociados, viene siendo práctica habitual de la Dirección de Competencia, en tanto en cuanto dicho dato se considera esencial para la resolución del expediente y determinación de la multa a aplicar.

Según lo recogido en el artículo 63.1 de la LDC *“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”*.

En segundo lugar, esta Sala de Competencia, tras analizar las características del presente expediente y dado que la Ley aplicable en este caso es la Ley 16/1989, no considera necesario conocer el volumen de negocios requerido para determinar el importe de la sanción. Por lo tanto se admite la falta de presentación de la documentación solicitada a ASEMTRASAN.

QUINTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la Sala del Consejo considera que ha quedado acreditado que las asociaciones a las que hace referencia la presente resolución llevaron a cabo, respectivamente, las siguientes infracciones únicas y continuadas, prohibidas en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE:

- una conducta prohibida por los artículos 1 de la LDC de 1989 (desde el año 2000 hasta el 1 de septiembre de 2007) y de la LDC de 2007, (desde el 1 de septiembre de 2007 hasta al menos 2012), así como por el artículo 101 TFUE, por parte de ASEMTRASAN consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia del transporte de

mercancías por carretera que tenían como origen o destino la Comunidad Autónoma de Cantabria, el reparto de clientes y la fijación de condiciones del servicio.

- una conducta prohibida por los artículos 1 de la LDC de 1989 (desde enero de 2007 hasta el 1 de septiembre de 2007) y de la LDC de 2007, (desde el 1 de septiembre de 2007 hasta al menos noviembre de 2012), así como por el artículo 101 TFUE, por parte de ASCOESANT consistente en una recomendación colectiva de los precios y en el reparto de los servicios de transporte en el Puerto de Santander.

La responsabilidad de las asociaciones derivada de dicha infracción y los términos de la implicación de cada una de las Asociaciones imputadas en este expediente son las siguientes:

- ASEMTRASAN ha llevado a cabo una serie de actuaciones anticompetitivas, como son la elaboración de tarifarios o precios de referencia para distintos tipos de transporte –la propia Asociación así lo reconoce para ciertos tipos de transporte–, y su difusión a empresas cargadoras, entre las que se encontrarían las empresas estibadoras del Puerto de Santander; la fijación de incrementos de precios; el reparto de las cargas entre los transportistas y la recomendación colectiva de aspectos que deberían quedar en el ámbito de la relación proveedor-cliente, como son el establecimiento o definición de las horas a disposición, la jornada mínima, el traslado de obra, el precio mínimo, la carga de retorno, los trabajos penosos, de escollera por distancia y por horas, y la forma de cobro en los trabajos de obras y movimiento de tierras.

Se tiene conocimiento de dichas actuaciones desde el año 2000 hasta al menos 2012.

- ASCOESANT ha recomendado a sus socios los precios del transporte intraportuario a contratar en los años 2007, 2009 y 2012, y al menos hasta noviembre de 2012 ha participado en el reparto de aquellos transportes en el Puerto de Santander que sus transportistas de referencia no podían prestar.

Las Asociaciones imputadas en este expediente han cometido una infracción muy grave de las normas de competencia (artículo 1 de la LDC) al haber distorsionado el normal funcionamiento de la oferta y la demanda de los servicios de transporte, fijando los precios y las condiciones comerciales, así como otras condiciones de competencia como son el reparto de las cargas entre los transportistas, recomendaciones colectivas de jornadas mínimas, etc.

Cabe recordar que las recomendaciones de precio son, por su naturaleza, una de las prácticas más perjudiciales para el mantenimiento de la competencia en el mercado, ya que tienen un objeto claramente anticompetitivo al limitar la posibilidad de que los operadores compitan entre sí, con el consiguiente perjuicio para el consumidor final debido al riesgo de que los precios aplicados por las empresas sean más altos de lo que estaría justificado atendiendo a la situación del mercado.

Por lo tanto, las conductas de ASCOESANT y ASEMTRASAN constituyen una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, de naturaleza muy grave, de conformidad con el artículo 62.4.a) de la LDC, que considera infracciones muy graves el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la LDC que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

De los hechos acreditados, y visto el relato de los mismos, la Sala del Consejo no puede más que concluir que en el Puerto de Santander, durante el periodo que va desde 2007 a 2012, y en la Comunidad Autónoma de Cantabria, desde 2000 a 2012, la competencia en el transporte y su distribución entre empresas cargadoras ha estado limitada por la acción infractora de una serie de sujetos que durante ese periodo y mediante distintas actuaciones, han estado distorsionando la competencia en los términos prohibidos por el artículo 1 de la LDC.

SEXTO.- CÁLCULO DE LA SANCIÓN.

6.1.- Responsabilidad de las asociaciones.

La responsabilidad de las empresas a las que hace referencia el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución resulta, a juicio de este Consejo, incuestionable, a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto, por lo que esta Sala se muestra conforme con la imputación de responsabilidad realizada por la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución con la excepción de la duración de la conducta imputada a ASCOESANT, que ha quedado limitada al periodo 2007 a 2012, conforme lo argumentado en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto de esta resolución.

De conformidad con el artículo 61 y 63.1 de la LDC, las asociaciones también son sujetos infractores y sancionables por las normas de competencia. Existen

multitud de antecedentes en los que tanto el TDC como la CNC, así como la propia CNMC, han considerado sujetos responsables a las asociaciones¹³.

6.2.- Criterios para la determinación de la multa y ley aplicable.

El artículo 63 de la Ley 15/2007, dispone que, *“los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo previsto en la presente Ley, las siguientes sanciones”*, que en el caso de infracciones muy graves pueden llegar hasta el 10% del volumen de negocios total de la entidad infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

De acuerdo con el artículo 62.4 de la LDC, una infracción como la descrita en los Fundamentos de Derecho TERCERO y QUINTO anteriores, debe ser calificada de muy grave y acreedora de una sanción que puede llegar hasta el 10% del volumen de negocios total de la entidad infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

No obstante, para el cálculo de la multa se aplicaría a ASCOESANT y ASEMTRASAN la Ley 16/1989, ya que, como se ha señalado reiteradamente en la presente resolución, en la medida en que las asociaciones son operadores económicos sin cifra de negocios, la multa que pudiera imponérsele no podría superar la cuantía de 901.518,16 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 16/1989, límite que no consta en la vigente Ley 15/2007 (cfr. Art. 63, 1 *in fine*), por lo que la primera resulta más favorable a las entidades asociativas.

A la hora de modular la cuantía dentro de dicho límite, el artículo 10 de la Ley 16/1989 (al igual que el artículo 64 de la LDC) se remite a los criterios de dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance y duración de la infracción, los efectos sobre los competidores y consumidores y usuarios, y, en su caso, las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas.

Además de los criterios de la LDC, esta Sala tiene en cuenta asimismo la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de marzo de 2003, según la cual la autoridad de competencia la hora de fijar la multa ha de tener, *“...como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas”*.

¹³ Resoluciones del TDC de 13 de febrero de 2004, Expte. 556/03, Empresas Cárnicas y de 16 de febrero de 2005, Expte. 582/2004, Autoescuelas de Extremadura y Resolución del Consejo de la CNC de 1 de abril de 2007, Expte. 623/07, Transportes de Barcelona, Resolución del Consejo de la CNC de 24 de junio de 2011, Expte s/0185/09 Bombas de fluidos y de 28 de febrero de 2013, Expte 342/11 Espuma de Poliuretano.

Para fijar el importe de la multa la Sala ha tenido en cuenta las características de la infracción y las del mercado afectado, además de los siguientes elementos, de acuerdo con ambas normas (artículo 10.2 de la Ley 16/1989 y artículo 64 de la Ley 15/2007):

- Las conductas imputadas se producen en el sector del transporte de mercancías por carretera en la Comunidad de Cantabria y en el de transporte intraportuario en el Puerto de Santander.
 - La Comunidad Autónoma de Cantabria, según el *Observatorio del Transporte de Mercancías por Carretera. Oferta y Demanda*, versión de enero de 2014, del Ministerio de Fomento¹⁴, expidió un total de 3.117 miles de toneladas-kilómetro, sobre un total de 169.285 para todo el Estado, y recibió 2.498 miles de toneladas-kilómetro, sobre un total de 157.520 para todo el Estado.
 - Por su parte, el Puerto de Santander es uno de los 46 puertos españoles declarados de interés general y mueve un total de unos 5,1 millones de toneladas de mercancías al año, sobre un total de 461 millones de toneladas en el conjunto de Puertos de interés general¹⁵.
- Las conductas imputadas abarcan la política de precios de los asociados y otras condiciones de servicio, pudiendo provocar de este modo una homogeneización de la oferta de servicios de transporte.
- Las conductas imputadas se desarrollaron desde el año 2007 hasta, al menos, el año 2012, en el caso de ASCOESANT, y desde el año 2000 hasta al menos el año 2012, en el caso de ASEMTRASAN, por lo que su duración habría sido de al menos 6 y 13 años, respectivamente.
- Si bien no han podido acreditarse los efectos de las conductas imputadas en el mercado, ya que la práctica totalidad de los agentes consultados han declarado fijar sus precios de acuerdo a criterios de mercado y seleccionar libremente los servicios de transporte, dichos efectos no pueden descartarse y se han acreditado en algunos casos concretos, como en el incremento del 4% sobre las tarifas del 2007 comunicado por “La Suelta” a ASCOESANT el 28 de enero de 2008.

En relación con la alegación de ausencia de acreditación de efectos, como reiteradamente ha dicho este Consejo, el artículo 1 de la LDC y el 101 del TFUE no castiga ni pretende erradicar exclusivamente las actuaciones con efectos ciertos, sino aquellos que potencialmente fueran

¹⁴ http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/CD6BCD8F-0642-40D0-A6FC-B47C2C1E88FD/123383/Observatorio_Mercanc%C3%ADas_Enero_2014.pdf

¹⁵

http://www.puertos.es/sites/default/files/anuario_estadistico2012/archivos_internos/contenidos/03/030102.html

susceptibles de afectarla. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado lo siguiente: *“En primer lugar es preciso recordar que las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia son aquellas que pueden producir efectos anticompetitivos, sin que sea preciso -como hemos reiterado en constante jurisprudencia- que dichos efectos se hayan producido de manera efectiva.”* (STS CA-3ª 12 septiembre 2013, Recurso 6932/2010).

La distorsión de la competencia en el Puerto de Santander con medidas equivalentes a las investigadas, que en este expediente se acreditan desde 2007, parece más bien que viene produciéndose desde épocas más alejadas, lo que hace prácticamente imposible la comparación con un funcionamiento competitivo. De todas formas, es indudable la incidencia que estas conductas han podido tener sobre el coste de las mercancías transportadas y, por tanto, sobre la competitividad de los sectores que deben utilizar este puerto para entrar o salir del territorio nacional. Máxime cuando se ha comprobado que estas conductas anticompetitivas tienden a ser emuladas en otros lugares, y que es sabido que otros puertos españoles, como el de Barcelona, también han mantenido conductas anticompetitivas (Resolución de 1 de abril de 2008, Expte. 623/07, Transportes Barcelona, y RCNC de 1º de enero de 2013, EXPTE. S/0293/10 TRANSCONT).

Fijados los parámetros básicos sobre los que debe cuantificarse la sanción sobre la base de los criterios mencionados, para fijar la multa final es necesario aplicar las circunstancias atenuantes o agravantes que concurren en cada uno de los sancionados. En el presente caso, la DC propone aplicar como atenuante el hecho de que ASCOESANT haya manifestado públicamente su voluntad de abandonar la práctica imputada y haya dejado de contratar preferentemente a los transportistas de “La Suelta”.

La Sala considera que puede aceptarse como circunstancia atenuante a tomar en consideración el hecho de que ASCOESANT haya abandonado públicamente la práctica imputada, si bien esta circunstancia sólo puede aplicarse al periodo de su manifestación fáctica y no a toda la extensión de la infracción imputada.

Por el contrario, la Sala no acepta la aplicación del resto de las circunstancias atenuantes solicitadas por ASCOESANT referidas a la reducida dimensión del mercado afectado y la ausencia de efectos, la ausencia de dolo (en referencia a la publicación de sus estatutos) y la ausencia de enriquecimiento ilícito.

La dimensión del mercado afectado y los efectos producidos por la misma son criterios que la Ley ya ordena que sean tenidos en consideración a los efectos de calcular la sanción, por lo que su consideración como atenuantes implicaría una doble consideración de los mismos.

Respecto a la ausencia de dolo (en referencia a la publicación de sus estatutos), la Sala no considera que ASCOESANT haya probado su existencia respecto a la infracción finalmente imputada, dado que la imputación por la cláusula incluida en sus estatutos de 1983 no ha sido finalmente incluida en la infracción declarada. Además, en este caso la Sala considera que ASCOESANT (y también ASEMTRASAN) tenía indicios suficientes sobre la prohibición de las conductas imputadas, dadas las anteriores actuaciones y resoluciones de las autoridades de competencia, entre otras las Resoluciones del Consejo de la CNC de 1 de abril de 2008 (Expte. 623/07, Transportes de Barcelona) o de 26 de octubre de 2011 (S/0060/08 SINTRABI).

Finalmente, y respecto a algunas alegaciones sobre la situación de crisis del sector, la Sala, como anteriormente el Consejo de la CNC, ya se ha pronunciado reiteradamente que la misma no exime del cumplimiento de las normas de competencia ni debe ser considerada para la determinación de la sanción cuando se infringen.

Límite de la sanción

El artículo 10 de la Ley 16/1989, aplicable a las imputadas en virtud de lo señalado, señala como límite general a las sanciones a imponer a las asociaciones sin volumen de negocios, la cifra de 901.518,16 €.

Así, siendo esta Sala consciente del límite cuantitativo configurado por la Ley de 1989 y, en atención a la conducta llevada a cabo por ASCOESANT y ASEMTRASAN, la estructura y características del mercado en la cual se desarrollan las mismas, su duración y la aplicación de los atenuantes referidos se ha considerado adecuado al principio de proporcionalidad la imposición de una multa de 60.000 euros a ASEMTRASAN y de 30.000 euros a ASCOESANT.

SÉPTIMO. SOLICITUDES DE CONFIDENCIALIDAD DE INFORMACIÓN APORTADA EN FASE DE CONSEJO.

Por último, de conformidad con lo requerido al notificar la propuesta de resolución por la Dirección de Competencia, o posteriormente en fase de Consejo (acuerdo de 13 de noviembre de 2014), las asociaciones han aportado información sobre la que, solicitan la declaración de confidencialidad de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la LDC. En la medida en que tales peticiones refieren a información relativa en el mercado afectado, se accede a declarar confidencial dicha información.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se han acreditados las siguientes infracciones, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución:

- una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, así como por el artículo 101 del TFUE, por parte de ASEMTRASAN consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia del transporte de mercancías por carretera con origen o destino la Comunidad Autónoma de Cantabria, el reparto de clientes y la fijación de condiciones del servicio.
- una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, así como por el artículo 101 del TFUE, por parte de ASCOESANT consistente en una recomendación colectiva de los precios y en el reparto de los servicios de transporte en el Puerto de Santander.

SEGUNDO.- Declarar responsables de dicha infracción a las siguientes asociaciones:

- la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE TRANSPORTES DISCRECIONALES DE MERCANCÍAS POR CARRETERA DE SANTANDER Y CANTABRIA (ASEMTRASAN) por su participación en una infracción única y continuada consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia del transporte de mercancías por carretera con origen o destino la Comunidad Autónoma de Cantabria, desde el año 2000 hasta al menos diciembre de 2012.
- la ASOCIACIÓN DE CONSIGNATARIOS Y ESTIBADORES DE BUQUES DEL PUERTO DE SANTANDER (ASCOESANT) por su participación en una infracción única y continuada consistente en una recomendación colectiva de los precios del transporte intraportuario y el reparto de los servicios de transporte en el Puerto de Santander, desde enero de 2007 hasta al menos noviembre de 2012.

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas:

- ASCOESANT: 30.000 euros.
- ASEMTRASAN: 60.000 euros.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

QUINTO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Séptimo.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la CNMC 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 la notificación.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución aprobada en el día de hoy 11 de Febrero del 2015, **por mayoría simple**, en el marco del Expediente Sancionador S/0464/13 PUERTO DE SANTANDER.

DISCREPANCIA con lo acordado y resuelto que concreto, desarrollo y fundamento en los siguientes **MOTIVOS**

PRIMERO.- PROEMIO.-

Este Expediente Sancionador fue turnado, en su día, a los Consejeros Don Benigno Valdés Díaz y Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, quienes llevaron una Propuesta de Resolución para ser debatida en el Pleno Ordinario de esta Sala de Competencia a celebrar el día **20 de Noviembre del 2014**.

La Ponencia fue vencida por tres votos a dos, **mayoría simple**, por consecuencia de los emitidos por el Presidente y las dos Consejeras. Y en consecuencia, el Expediente Sancionador S/0464/13 PUERTO DE SANTANDER fue nuevamente turnado, correspondiendo la Ponencia a la Consejera Sra. Ortiz.

Esta nueva Ponencia ha sido propuesta para deliberación y fallo en el Orden del Día a celebrar en la mañana del día de hoy 11 de Febrero del 2015, como Punto 2.1.

SEGUNDO.-ANTECEDENTES.-

En nuestra Ponencia (que fue vencida) establecíamos de forma clara, precisa y pormenorizada, de conformidad con lo prevenido en la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tres apartados: Antecedentes, Hechos Probados y Fundamentos de Derecho, necesarios para concluir en su Parte Dispositiva o Resuelve.

Al efecto, en la página 4 Antecedente Octavo, literalmente establecíamos:

“OCTAVO.- El día 6 de Junio del 2014, la Dirección de Competencia, de conformidad con lo prevenido en el Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio,

de Defensa de la Competencia, eleva a esta Sala de Competencia **INFORME PROPUESTA DE RESOLUCIÓN** del Expediente Sancionador S/0464/13 Puerto de Santander. Y al efecto propone:

Primero.- Que se declare la existencia de una conducta prohibida por los Artículos 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio desde el año 2000 hasta el 1 de Septiembre del 2007; y del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia desde el 1 de Septiembre del 2007 hasta al menos 2012; así como por el Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por parte de AEMTRASAN consistente en la elaboración de tarifarios o precios de referencia del transporte de mercancías por carretera con origen o destino en la Comunidad Autónoma de Cantabria, el reparto de clientes y la fijación de condiciones de servicio.

(...)

Cuarto.- Que se declare la existencia de una conducta prohibida por los (1) Artículos 1 de la Ley 110/1963 de 20 de Julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia desde el año 1983 hasta el 18 de Julio de 1989; (2) de la Ley 16/1989 de 17 de Julio desde el 18 de Julio de 1989 hasta el 1 de Septiembre del 2007; (3) y de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia desde el 1 de Septiembre del 2007 hasta al menos noviembre del 2012; (4) así como por el Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por parte de ASCOESANT consistente en una recomendación colectiva de los precios y en el reparto de los servicios de transporte en el Puerto de Santander”.

-----0-----

En la siguiente página 5 decíamos que “Previamente a ello, la Dirección de Competencia en el párrafo VII.- **Determinación del importe de la multa** (página 33) de su Informe Propuesta de Resolución establece:

*(71) No obstante, con independencia de la Ley que el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia considere preciso aplicar en este caso concreto, para la determinación del importe de la sanción **habría que tener en cuenta**, de acuerdo con ambas normas, Artículo 10.2 de la Ley 16/1989 y Artículo 64 de la Ley 15/2007, **los siguientes elementos:***

• Las conductas imputadas se producen en el sector del transporte de mercancías por carretera y en el transporte intraportuario en el Puerto de Santander, que SÓLO mueve el 1% del volumen de mercancías DE LOS PUERTOS ESPAÑOLES DECLARADOS DE INTERÉS GENERAL.

• Las conductas imputadas apenas han tenido efectos en el mercado, ya que la práctica totalidad de los agentes consultados han declarado fijar sus precios de acuerdo a criterios de mercado y seleccionar libremente los servicios de transporte.

- *La Dirección de Competencia considera como atenuante el hecho de que ASCOESANT haya manifestado públicamente su voluntad de abandonar la práctica imputada y haya dejado de contratar preferentemente a los transportistas de “la suelta”, tal y como se muestra en párrafo (53c) del Pliego de Concreción de Hechos.*

TERCERO.- CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA.-

El Artículo 5 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, dispone en su Artículo 5 que *“las prohibiciones recogidas en los Artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”*.

El Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, en su Artículo 1 desarrolla reglamentariamente que *“deben entenderse por conductas de menor importancia”* a lo largo de los apartados a), b), c) y d).

Ciertamente, ha quedado suficientemente probado en este Expediente que las empresas imputadas en este Expediente Sancionador *“sólo mueven el 1% del volumen de mercancías de los puertos españoles declarados de interés general”* y ello concretado *“al transporte intraportuario en el Puerto de Santander”*.

Lo que lleva necesariamente a declarar de aplicación lo prevenido en el Artículo 5 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en concordancia con lo reglamentariamente desarrollado en el Artículo 1 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

Y ello, independientemente de la ínfima sanción que la Resolución aprobada les impone. Es una cuestión de fuero.

Así, por este **MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, fecha ut supra.