

Transporte público de mercancías por carretera. La licitud de los precios por debajo de costes y la reciente normativa sobre la cadena de transporte

Fernando José Cascales Moreno

*Abogado
Académico Del Cuerpo Técnico de Inspección del Transporte Terrestre
Ex Director General de FFCC y Transportes por Carretera, y del INTA
Ex Presidente del Consejo Superior de Obras Públicas y de INSA
Ex Inspector General de Servicios Ministerio Transportes, Turismo y Comunicaciones*

FICHA TÉCNICA

Resumen: *Se examina la materia de la licitud de los precios por debajo de costes, en relación con la nueva normativa sobre la cadena de transporte de mercancías por carretera.*

Palabras clave: Transporte mercancías por carretera, precios y costes transporte por carretera, libertad de precios en el transporte por carretera, cadena de transporte de mercancías por carretera.

Abstract: *The legality of below-cost prices is examined in relation to the new regulations on the road freight transport chain.*

Keywords: Road freight transport, road transport prices and costs, freedom to set prices in road transport, road freight transport chain.

Colaboración dedicada a D. Marco Antonio Rabanal Costilla

Socio director de la línea de Estrategia Tecnológica y Arquitectura Deloitte Consulting SL

Ya en el nº 272, del pasado mes de mayo, se examinó en esta misma Revista especializada, en su Sección Transporte, la materia relativa a los requisitos de acceso al transporte público pesado de mercancías por carretera, su historicidad y la cuestión relativa a la atomización de este mercado. Igualmente, se analizó la materia de la licitud de precios por debajo de costes e ilicitud de tarifas

obligatorias o costes de referencia que se conviertan en precios mínimos obligatorios, a la luz de los Informes de la CNMC.

En 1996 la situación del transporte pesado de mercancías era muy lamentable, puesto que, dentro de un sector muy atomizado, para acceder al mercado se precisaba comprar las entonces denominadas tarjetas de transporte (a precios desorbitados), así como para crecer dentro del mismo (régimen de contingentación), rigiendo un régimen de tarifas mínimas obligatorias, negándose así todo principio de una economía de libre mercado, lo que era incompatible con la política común de transportes y sobre la competencia emanada de la UE.

Es por ello que durante el **periodo 1996-1999, se desarrolló el «Plan de Modernización del Transporte Terrestre 1996-1999»**, eliminándose las tarifas obligatorias y los sistemas de compra-venta de tarjetas para el acceso al mercado y desarrollo dentro del mismo, pasándose del régimen de autorización al vehículo al de autorización a la empresa. A la vez, se estableció un nuevo sistema de acceso al mercado con la imposición del requisito de un mínimo de flota (3 camiones), sistema que mejoró notablemente la problemática de la atomización del mercado, y que hasta la promulgación del Reglamento UE 1071/2009 fue totalmente legal.

Ha de concretarse, con carácter previo, que la materia que se examina relativa a las tarifas obligatorias en el transporte público por carretera, solamente tiene relevancia respecto de aquella clase de servicios sobre los que no existe un régimen de tarifas obligatorias (transporte discrecional), quedando fuera de toda posibilidad de precios ilícitos respecto de los servicios prestados por taxis, y regulares permanentes de viajeros de uso general, cuyas tarifas han de ajustarse a las establecidas por la Administración competente.

Es respecto a esta materia de la «cadena de transportes», que en mi colaboración para la Revista especializada Nexotrans, de fecha 11 de enero del presente año, sobre los retos a los que habría de enfrentarse el MITMA en este ejercicio, señalé la necesidad de realizar un **«Estudio para analizar la viabilidad de aplicar en el Sector del transporte de mercancías por carretera los principios recogidos en la Ley de la Cadena Alimentaria en relación con sus costes de producción. Esta es una materia muy compleja, de difícil o imposible solución, ya que en todos los sectores productivos las cadenas de suministros son muy extensas en sus distintos niveles de contratación, provocando que los precios de origen sean infinitamente menores de los que finalmente ha de pagar el consumidor. Ciertamente es que el transporte es un sector de servicios, lo que en alguna medida puede favorecer la adopción de medidas. No obstante, y como vengo resaltando desde hace más de una década, a mi juicio debe de regularse y controlarse de forma más rigurosa la subcontratación en origen del transporte, ya que son demasiadas las empresas de transportes que, disponiendo de un reducido número de camiones, «mueven» a diario cientos de ellos, lo que a mi entender constituye una distorsión del mercado. Esta medida ha sido especialmente reclamada por la IRU. En todo caso, no cabe sino apreciar que limitar la cadena de subcontratación constituye un reto de difícil solución»**.

Puede afirmarse que **la conducta de realizar los servicios de transporte de mercancías por carretera por debajo de costes, no se encuentra tipificada de forma genérica como ilícita**, ni en el Título del Tratado Funcionamiento UE relativo a «Transportes», en su versión consolidada (Título VI), ni en el Título relativo a las reglas de «Competencia» (Título VII), ni en toda la normativa derivada, por cuanto que no nos encontramos ante una conducta que pueda genéricamente estimarse, ni como una práctica o acuerdo concertado que tenga los efectos ilícitos prevenidos en tal normativa. Tampoco existe ninguna normativa derivada que prescriba la obligatoriedad genérica de que las tarifas o precios ofertados deban obligatoriamente de cubrir los costes, e incluso permitir un beneficio razonable, ya que la regla general es la libertad de toda clase de precios de acuerdo con las normas generales de la competencia (Título VII Tratado FUE) y especiales de aplicación al transporte.

Por lo que en concreto se refiere a los precios por debajo de costes, ya en el **Informe de la CNMC 052/2019, de 14 de mayo** (tramitado a instancias del propio Ministerio, tras una consulta del Comité Nacional de Transporte por Carretera – Sección de Mercancías), sobre **«los costes relativos a la prestación de servicios de transporte de mercancías por carretera»**, se dictaminó:

a) partiendo de que la normativa sectorial establece la libertad de concertación de precios (*arts. 17 y 18 LOTT*), se afirma que la prohibición de prestar los servicios por debajo de costes supone una restricción a esta libertad, siendo, por tanto, una limitación a la competencia en el mercado contraria a lo establecido en el art. 38 de la Constitución (de forma que *«cualquier regulación que establezca una restricción a la competencia, tan solo podría ser admisible si respeta los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, de forma que, partiendo de la existencia de fallos de mercado —como la presencia de externalidades, información asimétrica y otros—, se persigan razones imperiosas de interés general que deban prevalecer sobre cualesquiera otras consideraciones»*). En otro caso, no se puede apreciar que se trate del ilícito que contempla la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia*, que tipifica, entre las conductas sancionables, como abuso de posición de dominio, la fijación de precios por debajo de costes (precios predatorios).

b) se afirma, también, que separarse de los datos del Observatorio de Costes (oficial del MITMA), en modo alguno puede ponderarse como una «competencia desleal», puesto que en caso contrario *« se estaría impidiendo la libre competencia en uno de sus factores más relevantes (precio); podría haber transportistas interesados en proporcionar el servicio a un precio menor que el fijado por el Observatorio y, al mismo tiempo, cargadores u otros demandantes del servicio, interesados en contratarlo en esas condiciones económicas»*.

c) además, la CNMC motiva como conclusión, que *«en cualquier caso, debe resaltarse que los operadores de transporte, como los de cualquier otro sector, también pueden competir utilizando otros factores diferentes al precio, pero igualmente relevantes (innovación, calidad, servicio postventa...) para la prestación final del servicio»*. *«Los precios por debajo de costes pueden reputarse desleales únicamente en los supuestos fijados por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, sin que pueda considerarse, con la información ofrecida, que dichos supuestos se producen en el caso en cuestión»*.

Así, los enunciados preceptos de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT), prescriben:

Artículo 17.1 LOTT: «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».

Artículo 18 LOTT: «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 *art. 4.3 LOTT*, prescribe: *«En el marco del principio de unidad de mercado, los poderes públicos buscarán la armonización de las condiciones de competencia entre los diferentes modos y empresas de transporte, tenderán a evitar situaciones de competencia desleal, y protegerán el derecho de libre elección del usuario, y la libertad de gestión empresarial, que únicamente podrán ser limitadas por razones inherentes a la necesidad de promover el máximo aprovechamiento de los recursos y la eficaz prestación de los servicios»*.

También debemos de referirnos al **Informe de la CNMC de junio de 2008, sobre la fijación de tarifas mínimas en el transporte de mercancías por carretera**, que examina en profundidad la jurisprudencia del TJUE sobre la materia. En este Informe se afirma: *«Teniendo en cuenta la evolución tanto de la normativa comunitaria como de la nacional, se puede afirmar que la fijación de tarifas por Ley sólo está justificada en el supuesto de la prestación de servicios públicos, en la acepción tradicional del término. Y esa interpretación tiene engarce en el artículo 38 de la Constitución, en el sentido de que el principio de libertad de empresa obliga a limitar al máximo la intervención de los poderes públicos en la economía»* (esto es, aquellos servicios en los que rige la «publicatio», siendo la Administración su titular; servicios regulares de transporte público de viajeros). En este Informe se declara que *«una norma que estableciera tarifas sería igualmente contraria a los artículos 3, 10 y 81 del Tratado CE, así como que:*

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

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

C. *El establecimiento de una tarifa mínima es inequitativo.*

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

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

Así pues, tanto desde la perspectiva de la legislación nacional (Art. 38 de la Constitución Española y Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia) como desde el punto de vista del derecho comunitario, la CNMC considera que «la fijación de tarifas para el transporte de mercancías por carretera no resulta posible legalmente ya que, o bien, constituye directamente una infracción sancionable por las autoridades de competencia o, en el caso de adoptarse mediante un precepto normativo, una norma jurídica susceptible de anulación o inaplicación».

En estos dos Informes de la CNMC (cuyos fundamentos están plenamente vigentes) se expone ampliamente, respecto del transporte de mercancías por carretera, la doctrina de nuestro T. Supremo, así como del Tribunal de Justicia UE, sobre la inviabilidad jurídica de prohibir, con carácter general, los precios por debajo de costes, así como de aprobar tarifas obligatorias, ya directamente, ya indirectamente a través de la remisión a los Observatorios de costes o tarifas de referencia. Sobre esta Jurisprudencia, que es clara y contundente, y al objeto de no hacer más extensa la presente colaboración, nos remitimos al contenido de estos dos Informes.

Sobre la cuestión concreta de «la venta a pérdida» o prestación de los servicios por debajo de costes, este mismo **Informe de junio de 2008, afirma:**

«En la actual coyuntura económica desfavorable, los pequeños y medianos transportistas vienen denunciando la existencia de prácticas desleales de otros transportistas que estarían vendiendo bajo costes o a pérdidas. Sin embargo, la CNMC entiende que las informaciones publicadas a lo largo del conflicto indican que esta conducta, de ser cierta, no ha sido realizada precisamente por los transportistas con mayor poder de mercado sino, más bien al contrario, por los transportistas con menor poder económico. Y que estos últimos tratan de subsistir y se enfrentan a la imposibilidad de repercutir en precios la elevación de sus costes por el alza de los carburantes. En consecuencia, puede decirse que de los datos existentes no se puede afirmar que existan los presupuestos necesarios para la actuación de la CNMC para perseguir las conductas de posible venta a pérdida en el sector del transporte de mercancías por carretera».

Por lo que se refiere a nuestra jurisprudencia sobre la materia, referida concretamente al transporte de mercancías por carretera, ésta viene a prescribir que **se considera contrario al art. 16, aptdo. 2, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal**, si se acredita que «existen imposiciones derivadas de una desigualdad de posiciones que resulte excesiva para el normal funcionamiento del sistema concurrencial», considerándose que «se deteriora dicho funcionamiento (posición de dominio) la obtención de un operador de ventajas que no lograría si no fuera por la falta de posibilidades de elección que ha de soportar quien se encuentre en una correlativa posición de dependencia». Este tipo del art.16, aptdo.2, de la Ley 3/1991, «no requiere para su comisión que los efectos del acto desleal alcancen una especial gravedad o trascendencia sobre el funcionamiento del mercado» (lo que exige el art. 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia), sino que «basta con que se demuestre el comportamiento abusivo de un participante en aquel en su relación con otro que se halle en situación de dependencia económica y carezca de alternativas semejantes» (STS, Sala de lo Civil, nº 75/2012, de 29 de febrero, recurso nº 575/2009). Por lo tanto, del Ordenamiento jurídico vigente (interno o nacional y comunitario, especial sectorial y general regulador del derecho de la competencia), se infiere que es preciso analizar cada caso concreto, para así poder entender si nos encontramos o no ante una práctica que pueda ser ponderada como ilícita. Como se verá más adelante, la nueva normativa contenida en el RD Ley 14/2022, establece un concepto de «asimetría», de forma que, si el precio de transporte está por debajo de coste, y se dan las circunstancias de dicho concepto, se pondere que existe posición de abuso dominante, régimen que como se señalará, además de censurable,

podría no adecuarse a Derecho. **En todo caso, resulta evidente que los preceptos examinados de la Ley de Competencia desleal, y correlativa Jurisprudencia, no son compatibles con el concepto de «asimetría» o posición de abuso dominante, que establece el Real Decreto Ley 14/2022.**

Como ya indicamos en el nº 109, del pasado mes de junio, en la Revista Transporte y Movilidad del Economista, **la venta de bienes y servicios por debajo de costes, es una problemática de muy difícil solución, máxime en un mercado tan atomizado como el del transporte de mercancías por carretera, que afecta, dentro del principio de libertad de empresa, y economía de mercado, a numerosos sectores. Es por esta razón que, desde hace más de una década, abogamos por regular la materia de la subcontratación en el sector (entre la empresa de transportes que contrata con el cargador y a su vez subcontrata a otras empresas de transportes), limitándola**, ya que es en este orden donde más y mejor se puede actuar para mejorar la situación, impidiendo abusos. Esta medida es la que esencialmente debe ser objeto de regulación, ya que contribuiría a la mejora de la estructura del sector, lo que a su vez provocaría que se mejorase en que los precios se adecuaran a los costes. En esta colaboración, también resumimos la posición de la CNMC vertida en los enunciados Informes, así como la doctrina jurisprudencial, concluyendo que **es la ley de la oferta y la demanda la que debe de ordenar el sector, sin intervencionismos que sostengan artificialmente a empresas que no están preparadas para competir con márgenes de rentabilidad.**

Es dentro de este contexto, que como es sobradamente conocido, se produjo el reciente conflicto de cierre patronal, en el que se reivindicó que se aprobara una normativa que prohibiera prestar los servicios por debajo de costes. Así, y tras los últimos meses de negociaciones entre el MITMA y las patronales (CETM, ASTIC, etc), se ha dictado el **Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural.** Para una mejor comprensión de la materia, a continuación, se insertan los preceptos de este RD Ley que son de interés:

- Artículo 1. Modificación la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías

La Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías queda modificada en los siguientes términos:

Uno. Se introduce un artículo 10 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 10 bis.

Carta de porte en los contratos celebrados con el porteador efectivo.

En los contratos celebrados con el porteador efectivo deberá formalizarse una carta de porte, con efectos probatorios, por cada envío siempre que el precio del transporte sea superior a ciento cincuenta euros, que incluirá las siguientes menciones obligatorias:

- a)** Nombre o denominación social, NIF y dirección del cargador y, en su caso, del expedidor.
- b)** Nombre o denominación social y NIF del transportista efectivo.
- c)** Lugar, fecha y, en su caso, hora de la recepción de la mercancía por el porteador efectivo.
- d)** Lugar, fecha y, en su caso, hora prevista de entrega de la mercancía en destino.
- e)** Nombre y dirección del destinatario
- f)** Naturaleza y masa de las mercancías. En los supuestos en que, por razón de las circunstancias en que se produzca la carga del vehículo, resulte de difícil determinación la masa exacta de la mercancía que se va a transportar, se buscará otro tipo de magnitud para determinarla.
- g)** Precio convenido del transporte, así como el importe de los gastos relacionados con el transporte previstos en el artículo 20, salvo que consten en otro documento

contractual por escrito. El precio y los gastos relacionados con el transporte deberán cubrir el total de costes efectivos individuales incurridos o asumidos por el porteador para su prestación.

La determinación del coste efectivo podrá realizarse tomando la referencia temporal que mejor se ajuste a las previsiones y estrategia empresarial del porteador.

1. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en el supuesto de los transportes por carretera en los que no sea exigible el documento de control administrativo regulado en la normativa de transporte, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 10 de esta ley.

2. Será de aplicación en los supuestos incluidos en este artículo lo previsto en los apartados 2, 3,4 y 5 del artículo anterior.

3. Cuando la parte contratante requerida a formalizar la carta de porte se negase a ello, la otra podrá considerarla desistida del contrato, con los efectos que, en su caso, correspondan de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18.2 y 19.1 de esta ley, y en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

4. El eventual incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 1.g) de este artículo sólo producirá los efectos que, en su caso, establezca expresamente la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

5. El cargador contractual y el porteador efectivo responderán de los gastos y perjuicios que se deriven de la inexactitud o insuficiencia de los datos que les corresponda incluir en la carta de porte, que deberán conservar durante el plazo de un año.»

Dos. El artículo 13 queda redactado como sigue:

«Artículo 13.

Irregularidad o inexistencia de la carta de porte.

1. La ausencia o irregularidad de la carta de porte prevista en el artículo 10 bis no producirá la inexistencia o la nulidad del contrato.

2. La omisión de alguna de las menciones previstas en el artículo 10.1 y 10 bis.1 no privará de eficacia a la carta de porte en cuanto a las incluidas.»

Tres. El artículo 16 queda redactado como sigue:

«Artículo 16. Formalización de los contratos de transporte continuado.

1. El contrato de transporte continuado se formalizará por escrito, con efectos probatorios, y deberá reflejar el precio como mención obligatoria.

La ausencia de formalización por escrito o la no inclusión del precio no producirá la inexistencia o la nulidad del contrato.

2. Este contrato servirá de marco a las cartas de porte que hayan de emitirse para concretar los términos y condiciones de cada uno de los envíos a que diera lugar.

3. Cuando la parte contratante requerida a formalizar por escrito el contrato se negase a ello, la otra podrá considerarla desistida de este, con los efectos que, en su caso, correspondan de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18.2 y 19.1 de esta ley, y con lo dispuesto en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

4. A los efectos de lo dispuesto en la normativa reguladora del trabajo autónomo, el contrato de transporte continuado celebrado con un trabajador autónomo económicamente dependiente deberá celebrarse por escrito y de conformidad con dicha normativa.»

Cuatro. Se añade una disposición adicional novena con la siguiente redacción:

«Disposición adicional novena. Determinación del coste efectivo individual de prestación del transporte por el porteador efectivo.

A efectos del cálculo del coste efectivo individual de prestación del transporte recogido en el artículo 10 bis.1.g) de esta ley, será válida la estructura de partidas de costes del observatorio de costes del transporte de mercancías por carretera elaborado por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.»

- Artículo 2. Modificación de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres

La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, queda modificada como sigue:

Uno. Se introduce un nuevo apartado 42 en el artículo 140 con la siguiente redacción:

«42. En los contratos referidos a un único envío, el pago al transportista efectivo de un precio inferior al total de costes efectivos individuales incurridos o asumidos por él, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, siempre que exista una asimetría entre las partes en el contrato de transporte.

Se considerará, en todo caso, que existe la indicada asimetría cuando el cargador contractual sea titular de una autorización de operador de transporte y no lo sea el transportista efectivo, en el supuesto en que el cargador contractual no tenga la condición de Pyme y la tenga el transportista efectivo o cuando el cargador contractual no tenga la condición de pequeña empresa o microempresa y el transportista efectivo sea una microempresa.

El responsable de esta infracción será el cargador contractual, pero el transportista efectivo deberá probar que el precio pagado es inferior a sus costes efectivos individuales de prestación del servicio.»

Dos. El apartado 17 del artículo 141 queda modificado como sigue:

«17. La carencia, falta de diligenciado o falta de datos esenciales de la documentación de control, estadística o contable cuya cumplimentación resulte obligatoria.

Incurrirán en esta infracción aquellas empresas que no velen debidamente porque los conductores dispongan en formato papel o electrónico de la documentación que resulte obligatoria en los controles en carretera.

Asimismo, serán constitutivas de dicha infracción la ocultación o falta de conservación de dicha documentación, así como su falta de comunicación a la Administración o la demora injustificada en dicha comunicación, incumpliendo lo que al efecto se determine reglamentariamente.

En idéntica infracción incurrirán aquellas empresas que carezcan del documento o sistema informático en que preceptivamente hayan de formularse las reclamaciones de los usuarios, que nieguen u obstaculicen su uso o que oculten su contenido o retrasen injustificadamente su comunicación a los Servicios de Inspección del Transporte Terrestre que en cada caso resulten competentes.

No se apreciará la infracción tipificada en este punto cuando los hechos comprobados deban reputarse infracción muy grave de conformidad con lo dispuesto en los puntos 12, 21, 22 o 35 del artículo 140 o calificarse conforme a lo señalado en los puntos 9 o 10 de este artículo.»

Tres. Se introduce un nuevo apartado 28 en el artículo 141, en los siguientes términos:

«28. La no formalización de la carta de porte o del contrato de transporte continuado por escrito, en los supuestos en los que fuera obligatorio, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.

Se presume que el cargador contractual y el transportista efectivo son los responsables de esta infracción, salvo que prueben lo contrario.»

Cuatro. Se introduce un nuevo apartado 29 en el artículo 141, en los siguientes términos:

«29. La no inclusión del precio en la carta de porte u otros documentos contractuales en los supuestos en los que fuera obligatorio, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 15/2009 de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.

Se presume que el cargador contractual y el transportista efectivo son los responsables de esta infracción, salvo que prueben lo contrario.»

Cinco. Se introduce un nuevo apartado 30 en el artículo, en los siguientes términos:

«30. La no inclusión de las menciones obligatorias que como mínimo debe contener la carta de porte, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 141.29.

Se presume que el cargador contractual es el responsable del cumplimiento de esta infracción, salvo que pruebe lo contrario.»

Seis. Se modifica el apartado 1 del artículo 143, que queda redactado como sigue:

«1. Las sanciones por las infracciones tipificadas en los artículos anteriores se graduarán de acuerdo con la repercusión social del hecho infractor y su intencionalidad; con la naturaleza de los perjuicios causados, con especial atención a los que afecten a las condiciones de competencia o a la seguridad; con la magnitud del beneficio ilícitamente obtenido, y con la reincidencia o habitualidad en la conducta infractora, conforme a las reglas y dentro de las horquillas siguientes:

a) Se sancionarán con multa de 100 a 200 euros las infracciones previstas en los puntos 13, 14, 15, 16, 17, 18 del artículo 142.

b) Se sancionarán con multa de 201 a 300 euros las infracciones previstas en los puntos 8, 9, 10, 11 y 12 del artículo 142.

c) Se sancionarán con multa de 301 a 400 euros las infracciones previstas en los puntos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 142.

d) Se sancionarán con multa de 401 a 600 euros las infracciones previstas en los puntos 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 30 y 26 del artículo 141 cuando el precio del transporte, para esta última infracción sea inferior a 1.000 euros.

e) Se sancionarán con multa de 601 a 800 euros las infracciones previstas en los puntos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 26 y 29 del artículo 141 cuando el precio del transporte, para esta última infracción esté comprendido entre 1.000 y 1.500 euros.

f) Se sancionarán con multa de 801 a 1.000 euros las infracciones previstas en los puntos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 27 y 28 del artículo 141 y, cuando el precio del transporte esté comprendido entre 1.501 a 3.000 euros, la infracción prevista en el punto 26 del artículo 141.

g) Se sancionarán con multa de 1.001 a 2.000 euros las infracciones previstas en los puntos 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37.3 a 37.9, 38, y 39 del artículo 140 y, cuando el precio del transporte esté comprendido entre 3.001 a 4.000 euros, la infracción prevista en el punto 40 del artículo 140.

h) Se sancionarán con multa de 2.001 a 4.000 euros las infracciones previstas en los puntos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 37.10, 37.11 y 42 del artículo 140 y, cuando el precio del transporte esté comprendido entre 4.001 a 6.000 euros, la infracción prevista en el punto 40 del artículo 140.

i) Se sancionarán con multa de 4.001 a 6.000 euros las infracciones previstas en los puntos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 37.1, 37.2 y 41 del artículo 140 y, cuando el precio del transporte sea superior a 6.000 euros, la infracción prevista en el punto 40 del artículo 140.

j) Se sancionarán con multa de 6.001 a 18.000 euros las infracciones reseñadas en el apartado i) y con multa de 2.001 a 6.000 euros las infracciones del apartado g) reseñadas en el artículo 140.39, cuando el responsable de las mismas ya hubiera sido sancionado, mediante resolución que ponga fin a la vía administrativa, por la comisión de cualquier otra infracción muy grave de las previstas en esta Ley en los 12 meses anteriores, pudiendo ascender a 30.000 euros el importe de la multa cuando se trate de infracciones contenidas en el apartado 40 del artículo 140 y se considere que la conducta afecta significativamente a la capacidad y a la solvencia económica del acreedor o se haya superado en más de 120 días el plazo máximo legal de pago previsto en dicho precepto.

k) Cuando fuera de aplicación lo previsto en los artículos 141.25 y 142.19, la cuantía de la sanción que en su caso corresponda imponer estará comprendida, respectivamente, dentro de los límites establecidos en los apartados d), e) y f) y a), b) y c).»

Siete. Se modifica la letra e) del apartado 1 de la disposición adicional decimotercera, que queda redactada como sigue:

«e) Transporte de carga fraccionada entre el centro de distribución y el punto de venta, servicios de paquetería y cualesquiera otros similares que impliquen la recogida o reparto de envíos de mercancías consistentes en un reducido número de bultos que puedan ser fácilmente manipulados por una persona.

A efectos de esta letra, se entenderá por transporte de carga fraccionada aquél en el que resulten necesarias operaciones previas de manipulación, grupaje, clasificación, u otras similares.

Un conductor podrá participar en la descarga de los transportes de carga fraccionada entre un centro de distribución y el punto de venta siempre que dicha actividad no afecte a su periodo de descanso diario o, en su caso, siempre que se lleve a cabo dentro de su jornada laboral diaria y siempre que ello le permita regresar al centro operativo habitual de trabajo o a su lugar de residencia.

No obstante, podrá participar en la carga y descarga de los transportes de carga fraccionada entre un centro de distribución y el punto de venta, o entre el punto de venta y un centro de distribución siempre que, además de la condición anterior, dicha actividad se efectúe en el marco de un contrato de duración igual o superior a un año entre el cargador y el porteador.»

- Artículo 3. Modificación del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por al que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras

Se modifica el apartado 2 de la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, que queda redactado como sigue:

«2. El Código establecerá unos compromisos sobre los que han de fundamentarse las relaciones comerciales entre los diferentes operadores que intervienen en la cadena de contratación, con objeto de facilitar el desarrollo de sus relaciones contractuales, así como la observancia de las mejores prácticas en dichas relaciones. Dichos compromisos incluirán, en todo caso, el establecimiento de niveles máximos de subcontratación, así como el

establecimiento de compromisos aplicables a la contratación de transporte a través de intermediarios que presten servicios a través de la sociedad de la información.»

- Disposición final decimosexta. Límites a la subcontratación del transporte de mercancías por carretera

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, y previa evaluación de la efectividad inicial de las medidas implantadas, presentará a las Cortes Generales un proyecto de ley revisando el régimen de la subcontratación en el transporte de mercancías por carretera para incentivar su uso eficiente evitando la pérdida de valor no productiva en la cadena de subcontratación del transporte terrestre de mercancías por carretera.

En resumen, esta nueva normativa se basa en que la mayoría de los contratos, ya de un solo envío, ya de mayor duración (a partir de 150 €), tengan que formularse por escrito (carta de porte), con la fijación de un precio que ha de cubrir los costes. Esta carta de porte, que puede ser electrónica, ha de contener obligatoriamente los datos que se han indicado en la normativa expuesta anteriormente. El precio se ha de conformar de acuerdo con los costes que cada empresa de transportes considere (que, en caso de conflicto, habrá de acreditar), **pudiéndose utilizar subsidiariamente como referencia los datos del Observatorio de Costes que elabora y actualiza trimestralmente el MITMA.** Si es el cargador quien pretende abonar un precio inferior al coste mínimo del transportista efectivo, será éste quien deba demostrar cuáles son sus costes mínimos de prestación del servicio. **En segundo término, se modifica la LOTT también para tipificar un régimen sancionador (faltas graves y muy graves) por incumplimiento de esta normativa, pudiéndose sancionar, con hasta 4.000 €.** Por lo que concierne a la **subcontratación, esta materia se aplaza por seis meses, a efectos de poder ser estudiada con la debida profundidad, lo que deriva en una reforma incompleta, fruto de la urgencia por parar nuevos conflictos y por ende, de la improvisación.**

La postura del Comité Nacional de Transporte por Carretera-Mercancías, respecto de esta normativa, según su Comunicación de fecha 2 de agosto, es la siguiente:

«Este Real Decreto Ley de medidas de sostenibilidad, en la medida que nos afecta es fruto del continuo e intenso diálogo entre el Gobierno y este Comité Nacional de Transporte por Carretera (CNTC), y fruto de ellas los Acuerdos alcanzados a lo largo de los meses de diciembre de 2021, marzo de 2022, y finalmente en el mes de Julio de 2022. En el marco de esos acuerdos, en el RD Ley se formalizan nuevas ayudas directas al sector en línea con las aprobadas en el RD-Ley 6/2022, por importe en esta ocasión de 450 millones de euros; así mismo se define con mayor precisión el reglamento en cuanto al transporte de carga fraccionada en lo relativo a la prohibición de carga o descarga por parte del conductor, el cual no satisface las expectativas puestas al respecto por este Comité. De igual modo, al amparo de los acuerdo de marzo 2022, en el que se fijaba la fecha de 31 de Julio de 2022 para tener un proyecto de ley; se ha conseguido agilizar su emisión mediante este nuevo RD-Ley dando un primer paso en lo que a la Ley de Cadena de Transporte se refiere, cuyo objetivo es evitar que se trabaje de manera estructural por debajo de costes, y eliminar de manera eficaz los desequilibrios actuales en la contratación de los servicios de transporte, evitando con ello situaciones de abuso sobre la parte más débil de la cadena de suministro que son las empresas de transporte, autónomos y pymes en su mayoría. Sin embargo, para el CNTC es necesario desde ya hacer un seguimiento puntual de su aplicación efectiva, ya que el texto finalmente aprobado estimamos como no suficiente, ya que no contiene unos mínimos requisitos de seguridad jurídica que permita su aplicación real en el mercado. Deja de lado cuestiones nucleares como la limitación de la subcontratación para cuyo desarrollo dispondremos de un periodo de seis meses. En cualquier caso, el Comité espera que las diferencias no sean insalvables y, para ello, estamos dispuestos a seguir trabajando en los próximos meses, siendo conscientes de la complejidad que supone la puesta en marcha de esta normativa, cuya publicación consideramos como importante, pero cuyo contenido en

nuestra opinión deja sin resolver el objetivo para la que se acordó».

Como puede colegirse de esta comunicación del CNTC, lo que, en definitiva, a mi juicio trasluce, es una falta de confianza no solo en que las medidas tengan el efecto deseado, sino que incluso puedan no adecuarse a Derecho. La realidad es que las posiciones de los principales patronales, CETM, ASTIC y FENADISMER, no son coincidentes, ya que se apuesta tanto por una ordenación intervencionista que regule la contratación, como se entiende que la mejor forma de ordenar el sector es la aplicación de los principios constitucionales (CE y Tratado UE) que regulan la economía de mercado, si bien con ciertas reglas que dificulten los abusos existentes (lo que alude al tema, no regulado, de la subcontratación). Pero como siempre sucede cuando ha habido un conflicto, las patronales temen perder empresas afiliadas, lo que las mueve a mantener posiciones eclécticas, que no las comprometa excesivamente ante un posible resultado no positivo de las medidas.

Y es dentro de este orden de cuestiones, que **no cabe sino afirmar:**

a) si las medidas tienen el éxito esperado, es decir, se elevan notoriamente los precios del transporte, habrá un efecto llamada que incrementará la atomización del mercado (perjudicando la estructura del sector), incrementando las ineficiencias, y aumentando la inflación que tanto perjudica al resto de los sectores y a la Economía en general.

b) si estas medias no tienen el éxito perseguido, de forma que ningún cargador contrate a cierto nivel de costes-tarifas, lo que sucederá, además de confirmar que la economía de libre mercado no se puede ni debe intervenir, es que muchas pequeñas empresas, especialmente autónomos, serán expulsadas del sector, lo que es precisamente el efecto contrario al perseguido.

c) si estas medidas son anuladas por los Tribunales, la situación que se ha de crear es ciertamente preocupante tanto para las patronales como para el MITMA.

Puede pues afirmarse, que **estas medias serán negativas en cualquier caso, no siendo apropiado en un ámbito de libertad de mercado, dentro de la globalización que impera, y en el entorno de la UE, decretar medidas tan limitativas de la competencia y de la economía de mercado como las que se examinan, que con toda seguridad serian impensables en cualquier otro Estado de nuestro entorno.**

Por todo ello, **me preocupa sobremanera que la vía utilizada para mejorar las problemáticas de un sector tan estratégico, sean de este tono tan intervencionista y limitativo de los principios de libertad de empresa y de contratación que rigen nuestra CE y el Tratado UE, ya que entre otros muchos efectos negativos, fomentan un mercado del transporte público de mercancías por carretera ineficiente, en el que se ha de percibir, independientemente de la mejor o peor gestión empresarial (penalizando a las empresas cuya gestión sea mejor), un precio mínimo obligatorio en función de unos costes publicitados por el MITMA.**

Sobre esta normativa, a mi juicio, **cabe trasladar, además, toda una serie de dudas y puntualizaciones, y así:**

— Una intervención sobre el mecanismo de establecimiento de los precios en un mercado libre en el que operan empresas —no consumidores finales— es una materia enormemente compleja, como igualmente lo es la intervención en el mercado de subcontrataciones.

— **No existen realmente una gran cantidad, hoy día, de elementos en esa cadena de subcontrataciones que no añadan valor, porque el mercado ha eliminado a la inmensa mayoría de los que pudieran incurrir en ese supuesto**, máxime teniendo en cuenta los bajos márgenes con los que se opera y lo altamente competitivo que es el sector.

— La intervención sobre el mecanismo de establecimiento de los precios, se justifica sobre el supuesto, comúnmente aceptado, de que **existe asimetría en la negociación que hacen que los precios, en ciertas ocasiones, sean una imposición y no sean fruto del acuerdo libre entre uno que intenta comprar el servicio lo más barato posible y otro, el que lo vende, que pretende cobrarlo lo más caro que pueda.** De este modo se ha justificado que hay que «equilibrar» por vía normativa (y con sanciones) el terreno de juego también en tema precios, como ya se ha hecho con plazos de pago, acción directa, carga y descarga, etc. Y es en este orden de cuestiones que, **a tenor de la Jurisprudencia**

(conforme con la normativa sobre competencia desleal, indicada más atrás), un precio por debajo de costes puede ser ponderado de ilícito, si el transportista no tiene otra alterativa y el precio que le ofrecen está por debajo de la media, caso en el que de acuerdo con la normativa sobre la competencia, puede existir abuso de posición dominante (ST T. Supremo – Sala de lo Civil; nº 75/2012, de 29 de febrero, recurso nº 575/2009, ya enunciada más atrás). En definitiva, cada caso habrá de ser examinado, a efectos de poder concluir que existe posición de abuso dominante, supuesto en el que el precio por debajo de coste sería ilícito. La normativa dictada introduce un nuevo apartado (nº 42) en el art.140 de la LOTT, de forma que, en definitiva, tipifica como «abuso de posición dominante» el concepto de «asimetría» entre las partes que introduce, concepto genérico que no responde a un estudio concreto de cada caso, cuya adecuación a Derecho es dudosa. En efecto, por el hecho de que se dé la relación «asimétrica» que conceptúa este nuevo precepto, no puede en modo alguno derivarse que dentro de una media de precios general para un transporte similar exista una posición de abuso dominante, máxime si para el transportista efectivo pueden existir otras alternativas. Es más, fuera de los casos en los que no se dé tal concepto de «asimetría», pueden darse situaciones de posición de abuso dominante, ya que el volumen de empresa nunca puede ser determinante de que exista una posición de dominio (que puede existir respecto de un cargador con una gran empresa a la que tiene vinculada la mayoría de su flota).

– Hay dos elementos de muy difícil concreción en este sector: la determinación de los costes efectivos y la definición de la desproporción entre contratantes que pueda ser estimada como causa de «imposición» de uno sobre otro (lo que también en otros sectores sucede). En el sector del transporte de mercancías por carretera, la casuística puede resultar tan variada y cambiante, que no haya forma de encorsetarla en un texto legal que pueda ser aplicado por los afectados de modo «sencillo» y vigilado por la autoridad también de forma efectiva y con la correspondiente seguridad jurídica para todas las partes.

– En definitiva, **la verdadera asimetría se encuentra en la propia de los flujos de mercancías que entran y salen de cada nodo.** Cuando entren a descargar cien camiones en Madrid procedentes de Valencia, por ejemplo, pero sólo haya cargas de retorno para la mitad de los mismos ¿cuáles son los costes efectivos de ese viaje de vuelta? ¿En qué medida no es la propia competencia entre esos transportistas la que hace descender los precios sin que deba existir en absoluto una posición de dominio de quien tiene esas cargas?... En todo caso sería sancionable quien, a toda costa y «en perjuicio» de sus otros colegas que también quieren retornar a Valencia se decide a aceptar cualquier nivel de precios con tal de estar listo en su plaza para el siguiente porte que le encargue quien de veras es su cliente habitual, en Valencia.

– Entrando en las asimetrías que se han establecido en esta nueva normativa (sin el acuerdo con el CNTC), que se basan en que esa diferencia de tamaño empresarial implica forzosamente que uno, el más grande, puede obligar al otro, el pequeño, a admitir el precio que se le imponga, **no puede ignorarse que, en general, se acepte el transporte porque le interesa aunque esté por debajo de su coste, y una vez realizado el mismo pueda plantear una denuncia,** que conlleva, por cierto, sólo sanción para el cargador contractual, nunca resarcimiento para el supuestamente perjudicado.

– **Está mucho más «forzado», por grande que una empresa sea, aquella que tiene comprometida con su cliente una parte importante de su facturación anual, que cualquiera, por pequeño y microempresa que sea, que únicamente acepta esporádicamente un porte y no depende para nada de quien le contrata por no tener con él una relación habitual de cliente/prestador de servicio.** Por ello, el concepto de abuso de posición dominante o «asimetría» que se establece, a mi juicio no se sostiene jurídicamente. Es decir, si no le cuadra el precio está perfectamente capacitado para no aceptarlo (sin temor a las consecuencias) y, si lo hace, por tanto, no se puede achacar que incurre en el supuesto que la ley pretende combatir.

– **En numerosos supuestos, y al objeto de no regresar en vacío, se acepta un precio del transporte que no estaría dentro de los costes de la empresa porteadora,**

pero que claramente suponen un beneficio frente a circular en vacío para regresar al punto de origen.

— Es una conducta extendida que la empresa transportista (que denomino «principal») que ha contratado con el cargador, ya directamente, ya a través de un operador logístico, a su vez subcontrate parte de los viajes a realizar con otras empresas porteadoras (normalmente «autónomos» o de pequeño volumen), que claramente han de «presentar» unos costes menores, ya que en otro caso la empresa de transportes «principal» no tendría beneficio. A mi entender, es en este orden donde debía de haberse regulado, lo que no se ha hecho, existiendo un vacío legal que, en la práctica, deja sin el debido valor la normativa dictada.

— Pero, en definitiva, lo que va a ocurrir es que ningún cargador contratará con aquellas empresas que presenten unos costes que originen un precio del transporte que no sea competitivo, lo que igualmente será de aplicación a las subcontrataciones que las empresas porteadoras formalizan con otras empresas de transportes. Es por ello que, en definitiva, esta normativa pudiera no tener una efectiva aplicación práctica, razón por la que se ha de afirmar que mientras existan empresas que presten sus servicios por debajo de costes (lo que continuará existiendo), la problemática no se va a resolver. De otro lado, como para que se pueda iniciar un expediente sancionador, ha de formularse por el transportista una denuncia, no pondero que esta clase de denuncias sean numerosas, ya que claramente la denunciante se arriesga a que no le contrate ninguna empresa. Y respecto al que una empresa de transportes, que ha acordado un precio con arreglo a los costes que presenta, pueda después denunciar, claramente esta posibilidad constituye una aberración jurídica, que tendría poco o nulo recorrido, y que incluso podría volverse en su contra al motivar que se vio coaccionada o forzada a suscribir el acuerdo.

— El transporte internacional de mercancías por carretera es un segmento muy importante en España, no pudiéndose omitir que, en consecuencia, no solo son cargadores y/u operadores logísticos españoles los que contratan a transportistas españoles, sino que también de otros Estados europeos, lo que plantea que puedan ser igualmente sancionados conforme a estos nuevos preceptos nacionales. Ello dibuja un sinfín de problemas, tales como el fuero o competencia sancionadora, y también la posibilidad de que estas empresas cargadoras o logísticas no nacionales, planteen impugnaciones ante posibles procedimientos sancionadores. Esta cuestión, referida al transporte internacional, que está específica y ampliamente regulado por la UE, y no puede ser objeto de medidas nacionales que lo restrinjan, pondero que no ha sido valorada, y ha de crear problemas. No se puede descartar, pues, que la Comisión UE, ante cualquier denuncia sobre la compatibilidad de esta normativa con el Ordenamiento jurídico comunitario, abra un expediente, con las consecuencias que de ello derivan. En todo caso, lo que pudiera suceder es que un cargador no nacional, si es objeto de un expediente sancionador, por ser el fuero la normativa española, se retraiga de volver a contratar con una empresa española.

Por cuanto se viene exponiendo, mantengo que:

a) Las nuevas obligaciones documentales que se regulan, y su relación con el Observatorio de costes, a mi juicio, no solo no van a resolver y/o mejorar la problemática, sino que por el contrario suponen **una carga burocrática o administrativa.**

b) Esta normativa no resulta compatible con los preceptos de la LOTT citados más atrás, que propugnan la libertad de precios (que por ello deberían de haber sido modificados, de forma que, admitiendo esta libertad, se impusiera el límite referido a los costes).

c) Dada la redacción de estos nuevos preceptos, **podría suceder que esta normativa fuera causa de que muchas empresas pequeñas, especialmente «autónomos», fueran echadas del sector,** ya que: — solamente las que presenten unos «costes aceptables» serian objeto de contratación». — aquellas empresas que estén dentro del concepto de «asimetría» que establece la normativa, respecto del cargador o empresa contratante, podrían tener

dificultades para contratar.

d) La referencia al Observatorio de costes, como forma subsidiaria de acreditación, tal y como se dispone en el texto legal, podría ser estimada como un fraude de ley, en el sentido de que, por este medio indirecto, lo que se implanta es un régimen de tarifas o precios de referencia que se convierte en obligatorio, bajo pena de sanción si es incumplido. Ciertamente, en los casos, que serán los mayoritarios, en los que una empresa de transportes refiera su tarifa al Observatorio de costes, teniendo en cuenta que la normativa examinada valida este coste, resulta indubitado que lo que se ha establecido es un régimen de costes de referencia que se convierten en tarifas o precios de referencia obligatorios, en la medida de que la cuantía no puede estar por debajo de dicho «coste» o «precio».

e) Como se ha expuesto más atrás, la nueva normativa dictada introduce un nuevo apartado (nº 42) en el art.140 de la LOTT, que tipifica como «abuso de posición dominante» el concepto de «asimetría» entre las partes que introduce, concepto genérico que no responde a un estudio concreto de cada caso, cuya adecuación a Derecho es también dudosa (contraría la normativa vista más atrás, sobre competencia desleal).

f) La normativa examinada, en virtud de cuanto se ha expuesto y fundamentado, ofrece numerosas dudas sobre su adecuación a Derecho (preceptos enunciados de nuestra Constitución y del Tratado de Funcionamiento de la UE, y normativa interna y comunitaria reguladora de la competencia y sectorial, así como la correspondiente Jurisprudencia), por lo que será la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la que haya de pronunciarse al respecto, no descartándose que se tramite alguna cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE.

g) El régimen sancionador, que proclama un sistema de responsabilidad objetiva, adolece de multitud de omisiones y deficiencias, como entre otras: — la no tipificación como falta del falseamiento de los costes (cuestión imprescindible), y responsabilidad de toda la cadena de empresas de transportes en los casos en que el porteador «principal» subcontrate a otras empresas de transportes; — la posibilidad de denuncia una vez acordado un precio.

h) Será la aplicación de esta nueva normativa la que despeje dudas y constate omisiones legales, de forma que, transcurrido un tiempo, se pueda regular la materia de forma más conveniente. No obstante, y como se ha señalado, habrá que estar muy atento a las decisiones de los Tribunales de justicia, ya que, sin duda, ante la imposición de sanciones, se interpondrán los correspondientes recursos contencioso-administrativos.

Como ya se expuso más atrás, la materia principal de esta problemática, esto es, **la limitación de la subcontratación, que es lo que puede mejorar la estructura del sector, no queda regulada, previniéndose que se hará en un plazo de 6 meses. Cuando me refiero a la subcontratación, no me estoy concretando a la cadena de intermediación, que como se ha señalado en este sector no es ni numerosa ni negativa. Me refiero al supuesto, muy practicado en el sector, consistente en que una empresa de transportes, que contrata con el cargador, a su vez contrata parcialmente el transporte efectivo con otras empresas porteadoras (autónomos o de pequeño volumen), resultando que «mueven» un número de camiones que es desproporcionado en función del número de camiones con el que cuenta esta empresa de transportes que denomino «principal.» Es aquí donde se produce una gran parte del posible «abuso», y de que muchas de estas empresas porteadoras subcontratadas presten el servicio por debajo de costes. Es por ello que, como vengo publicando en distintas colaboraciones desde hace más de una década, es preciso limitar esta práctica de modo que esta «subcontratación» no pueda formalizarse salvo en casos excepcionales de un incremento no esperado de la demanda con un cliente, avería de un vehículo de la flota, u otros supuestos similares. Estas empresas, que así actúan en el sector, más que operar como transportistas, lo hacen como intermediarias, obteniendo un beneficio (por el que nada arriesgan) al contratar con el cargador en un precio y subcontratarlo a un precio menor con otras empresas porteadoras. En cambio, siendo esta la cuestión que a mi juicio es más esencial, ya que su regulación acertada contribuiría a la mejora de la**

estructura del sector, y a impedir ciertos abusos (y prestar los servicios por debajo de costes), no ha sido regulada.

En definitiva, **esta normativa limita el principio civil y mercantil, y constitucional, de libertad de pactos entre las partes y libertad de empresa, lo que es muy complejo y plantea, dado su contenido, razonables dudas de adecuación a Derecho.** A mi entender, **la Administración no debió, como modo de resolver el conflicto habido (*lock out* – cierre empresarial), acceder a intervenir la libre economía de mercado, que es la mejor forma de estructurar un mercado eficiente y sostenible.** Además, es indubitado que, **de tener esta normativa un cierto éxito en que los precios del transporte de mercancías por carretera se incrementen y estén asegurados en una cuantía de rentabilidad, independientemente de la eficiencia y gestión empresarial, lo que provocará, además de un efecto inflacionista (en un momento en que la lucha contra la inflación ha de ser la prioridad), es que se incorporen al sector más empresas minúsculas (efecto llamada), con el resultado negativo que ello tiene (atomización del mercado).** Cada empresa tiene sus costes, que pueden variar enormemente, **y dentro de ello, cada transporte tiene un coste diferente en función de toda una serie de parámetros** (regresos en vacío, cercanía con la base de operaciones, material móvil amortizado, etc.). **Y admitir que, para el caso de que una empresa no pueda acreditar sus costes, se puedan imponer, a los efectos de la normativa y de régimen sancionador, los datos del Observatorio de costes (que se convierten en precio obligatorio), como hemos indicado, no solo nos parece de dudosa legalidad, sino un contrasentido con la propia normativa.** Igualmente nos parece de dudosa adecuación a Derecho el concepto de abuso de posición dominante que se hace, a través de la definición de «asimetría» entre las partes que se describe. Pondero, por tanto, que **esta normativa no solo no va a tener los efectos deseados, sino que va a perjudicar al sector globalmente considerado, razón por la que no comparto, aunque respeto, la posición de algunas patronales.** En todo caso, habrá de estarse a la experiencia en la aplicación de la normativa, y también a las decisiones judiciales que, con toda seguridad, habrá ante la interposición de contenciosos derivados de la aplicación de la normativa, y especialmente de su régimen sancionador.

Ha de reiterarse que **no afirmo taxativamente que esta normativa sea contraria a Derecho, sino que mantengo razonables dudas en función de lo que se ha fundamentado (costes-tarifas de referencia que se convierten en obligatorios y concepto de «asimetría», así como aplicación de la normativa en el transporte internacional), no siendo objeto de esta colaboración convertirla en un Dictamen (de fácil redacción) sobre esta esencial cuestión, sino simplemente trasladar al lector el contenido de la normativa, enunciando las cuestiones o preceptos que se nos ofrecen más dudosos.** Por todo ello, y como se ha manifestado, **será el poder judicial el que determine si las restricciones a la economía de mercado que se introducen en la meritada normativa son o no compatibles con el Ordenamiento jurídico que es de aplicación (normativa interna o nacional y comunitaria).** Por otra parte, sería muy beneficioso que la CNMC manifestara su autorizada opinión sobre la normativa examinada, lo que debería de hacer de oficio con la mayor urgencia posible.

En cierta medida, **esta normativa se acerca al nocivo sistema que al principio de la presente colaboración indicamos que regía en 1996, de tarifas de referencia obligatorias, lo que nos parece un retroceso que va a perjudicar al sector.** La forma de mejorar la estructura y rentabilidad de todo sector, y del de mercancías por carretera en particular, **no es a través de ordenaciones intervencionistas, que no priman la eficiencia y gestión empresarial, lo cual no obsta que no se actúe contra abusos, para lo cual ya existe una normativa al efecto (de Defensa de la competencia y competencia desleal), cuya aplicación y doctrina jurisprudencial (resumida en esta colaboración y ampliamente expuesta en los dos examinados Informes de la CNMC) está consolidada.** Es por ello que se reitera que es precisamente lo que había que regular (excesos en la subcontratación de empresas de transportes con otras empresas porteadoras, normalmente de pequeño volumen o autónomos), lo que no se ha hecho, razón por la cual no se comparte esta

nueva ordenación normativa, claramente improvisada y de muy difícil encaje en nuestro Ordenamiento jurídico interno y comunitario.

Reiterar aquí lo ya expuesto por el dicente en el último número de la Revista (julio de 2022) de la patronal del transporte público de viajeros por carretera (CONFEBUS), en el sentido de que **también en este sector existe la problemática de prestar los servicios por debajo de costes** (servicios discrecionales y turísticos, que son de contratación privada). Es por ello que no cabe sino afirmar que esta discriminación no tiene justificación alguna. Por otra parte, y como se expuso también en dicha colaboración, **la Administración, con los debidos matices, debería también de aplicar los mismos principios a sus contratos públicos**, en el sentido de que no sean deficitarios, impidiendo que se licite por debajo de costes, ya que muchos son los concursos de servicios de líneas regulares de autobús cuyos pliegos establecen unas tarifas deficitarias, que incluso se bajan más mediante ofertas desproporcionadas o temerarias que son aceptadas, y que en modo alguno se ajustan al Observatorio de costes. Lo mismo ha de indicarse respecto de los concursos públicos relativos al transporte escolar, cuyas tarifas claramente acostumbran a estar por debajo de costes.

Ahora bien, a pesar de cuanto se ha expuesto y fundamentado, ha de resaltarse que cuanto se disponga en orden a una mayor transparencia, y posible control de posiciones de abuso dominante, es positivo. Es en este orden de cuestiones que, estando la normativa objeto de la presente colaboración, inspiradas en la Ley 16/2021, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, en la actualidad se **encuentra pendiente de aprobación un proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Registro de los Contratos alimentarios, que acaba de ser informado por la CNMC (IPN/CNMC/026/22, de 26 de julio)**. Este proyecto, cuyo contenido incrementa el intervencionismo, constituye un elemento para el control de posibles conductas de abuso dominante, y no sería de extrañar que una norma similar se decretara para el transporte público de mercancías por carretera.