

**Id. Cendoj:** 28079130032012100109

**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

**Sede:** Madrid

**Sección:** 3

**Nº de Resolución:**

**Fecha de Resolución:** 08/03/2012

**Nº de Recurso:** 1589/2009

**Jurisdicción:** Contencioso

**Ponente:** JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN

**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### **Resumen:**

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ARTÍCULO 1 DE LA LEY 16/1989, DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS (AEDAVE). CÚPULA ASOCIATIVA DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS (CAAVE). DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM. ARTÍCULO 25 CE. DOCTRINA CONSTITUCIONAL: 91/2008, DE 21 DE JULIO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

#### **Idioma:**

Español

---

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a ocho de Marzo de dos mil doce.

**VISTO** el recurso de casación, registrado bajo el número 1589/2009, interpuesto por la Procuradora Doña María Ángeles Gálvez de la Plaza, en representación de la mercantil ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS (AEDAVE), con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo 468/2006, seguido contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de julio de 2006, sobre sanción por la realización de prácticas prohibidas. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 468/2006, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 10 de diciembre de 2008 , cuyo fallo dice literalmente:

« Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por UNIO CATALANA D'AGENCIES DE VIATGES EMISSORES (UCAVE), AGENCIAS DE VIAJES UNIDAS SERVICIOS DE ASOCIACIÓN (AUSA) ASOCIACIÓN

*EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS (AEDAVE) y ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE AGENCIAS DE VIAJES DE LA COSTA DEL SOL (AEDAV) contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de julio de 2006, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos en los extremos objeto de este recurso, por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas .».*

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de las mercantiles UNIÓ CATALANA D'AGENCIES DE VIATGES EMISSORES (UCAVE), AGENCIAS DE VIAJES UNIDAS SERVICIOS DE ASOCIACIÓN (AUSA), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS (AEDAVE) y ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE AGENCIAS DE VIAJES DE LA COSTA DEL SOL (AEDAV) recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 6 de marzo de 2009 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de las mercantiles UNIÓ CATALANA D'AGENCIES DE VIATGES EMISSORES (UCAVE), AGENCIAS DE VIAJES UNIDAS SERVICIOS DE ASOCIACIÓN (AUSA), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS (AEDAVE) y ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE AGENCIAS DE VIAJES DE LA COSTA DEL SOL (AEDAV) recurrentes, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 29 de abril de 2009, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

« Que habiendo por presentado este escrito y sus copias, lo admita a trámite y en sus méritos me tenga por personada en la representación que ostento ante el Tribunal Supremo como parte recurrente y por interpuesto, en tiempo y legal forma, RECURSO DE CASACIÓN contra la *Sentencia dictada el día 10 de diciembre de 2008 por la Sala de lo Contencioso- Administrativa (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso nº 468/2006 , y en virtud de lo expuesto, tras los oportunos trámites, dicte Sentencia por la que:*

*(i) En todo caso, con estimación de los motivos del presente recurso de casación, ANULE la Sentencia, apreciando íntegramente las peticiones de nuestro escrito de demanda y, en consecuencia, anule íntegramente la Resolución del TDC dictada el 26 de julio de 2006 en el expediente 591/05 (Agencias de Viaje), que dio lugar al presente procedimiento contencioso- administrativo, incluida la sanción impuesta a esta parte.*

*(ii) Subsidiariamente, declare la NULIDAD parcial de la Sentencia de la Audiencia Nacional y, en consecuencia, anule una de las dos infracciones apreciadas por el TDC en el primer pronunciamiento, letras a) y b) de la Resolución impugnada por infracción del principio de non bis in idem, imponiendo a esta parte una sanción ajustada a Derecho y, en particular, acorde con lo establecido en el artículo 10 de la LDC .*

*(iii) Subsidiariamente a lo anterior, y para el hipotético caso de que este Tribunal considere que la Resolución impugnada no es contraria a Derecho, anule la sanción impuesta por infracción de los principios fundamentales de proporcionalidad, tipicidad y non bis in idem, acordando una reducción de la sanción impuesta a cada una de las ASOCIACIONES recurrentes. ».*

**CUARTO.-** La Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto con fecha 10 de diciembre de 2009 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

*« Declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Unió Catalana de Agéncies de Viatges Emisores (UCAVE), Agencias de Viajes Unidas Servicios de Asociación (AUSA), y la Asociación de Empresarios de Agencias de Viajes de la Costa del Sol (AEDAV), contra la *Sentencia de 10 de diciembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso número 468/2006* ; continuando exclusivamente por lo que respecta a la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE), y en cuanto a esta última se declara la inadmisión del "PRIMER" motivo del recurso. Y para su substanciación, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de conformidad con las reglas de reparto de asuntos . » .*

**QUINTO.-** Recibidas las actuaciones en la Sección Tercera, por providencia de fecha 9 de marzo de 2010, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado, en escrito presentado el día 26 de abril de 2010, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

*« Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenerle, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; seguir el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que, con desestimación del recurso se confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA. ».*

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 15 de diciembre de 2011, se acordó, de conformidad con el artículo 94.3 de la LJCA que no procede la celebración de vista solicitada, al no estimarse necesaria, atendiendo a la naturaleza de las pretensiones deducidas en el proceso de instancia, designándose Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y señalándose este recurso para votación y fallo el día 6 de marzo de 2012, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.**

El recurso de casación que enjuiciamos tiene por objeto la pretensión de que se revoque total o parcialmente la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2008 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la UNIÓ CATALANA D'AGENCIES DE VIATGES EMISSORES (UCAVE), AGENCIAS DE VIAJES UNIDAS SERVICIOS DE ASOCIACIÓN (AUSA), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS (AEDAVE) y ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE AGENCIAS DE VIAJES DE LA COSTA DEL SOL (AEDAV) contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de julio de 2006.

Para una adecuada comprensión del debate casacional procede transcribir el contenido dispositivo de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de julio de 2006, confirmada íntegramente por la Sala de instancia:

« Primero.- Declarar acreditada la comisión de tres conductas incursas en el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que son:*

*a) La conducta de los integrantes de la Cúpula Asociativa de Viajes Españolas (CAAVE) por su actuación consistente en pactar en el artículo 2 de su Reglamento Interior la transferencia de las decisiones del colectivo en las relaciones con los grandes proveedores de servicios, en este caso, las compañías aéreas, que han llevado a una negociación colectiva de los cargos por emisión de billetes. Por tanto son responsables la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV), la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE), la Asociación de Empresarios de Agencias de Viaje de la Costa del Sol (AEDAV), la Asociación Española de Turoporadores de Receptivo (AETOR), la Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas (AMAVE), las Agencias de Viajes Unidas Servicios de Asociación (AUSA), y la Unió Catalana d'Agències de Viatges Emisores (UCAVE).*

*b) Los acuerdos en relación a la fijación de los cargos por emisión de las compañías aéreas Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A, Spanair, S.A. y Air Europa, S.A con la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE), de los que son responsables dichas compañías y los miembros de CAAVE que son la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV), la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE), la Asociación de Empresarios de Agencias de Viaje de la Costa del Sol (AEDAV), la Asociación Española de Turoporadores de Receptivo (AETOR), la Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas (AMAVE), las Agencias de Viajes Unidas Servicios de Asociación (AUSA), y la Unió Catalana d'Agències de Viatges Emisores (UCAVE).*

*c) El acuerdo de reparto de mercado en relación con la contratación de billetes con las empresas entre Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A. y Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE) del que son responsables la compañía aérea y los miembros de CAAVE que son la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV), la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE), la Asociación de Empresarios de Agencias de Viaje de la Costa del Sol (AEDAV), la Asociación Española de Turoporadores de Receptivo (AETOR), la Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas (AMAVE), las Agencias de Viajes Unidas Servicios de Asociación (AUSA), y la Unió Catalana d'Agències de Viatges Emisores (UCAVE).*

*Segundo.- Imponer las siguientes multas:*

*- A Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A.: dos millones (2.000.000) de euros.*

*- A Spanair, S.A.: doscientos cincuenta mil (250.000) euros.*

*- A Air Europa, S.A.: trescientos mil (300.000) euros.*

*- A los miembros de CAAVE las siguientes:*

*A la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV): un millón seiscientos sesenta y un mil quinientos cuarenta y dos (1.661.542) euros.*

*A la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE): un millón cuatrocientos setenta y seis mil novecientos veintitrés (1.476.923) euros.*

*A la Asociación de Empresarios de Agencias de Viaje de la Costa del Sol (AEDAV): noventa y dos mil trescientos siete (92.307) euros.*

*A la Asociación Española de Turoperadores de Receptivo (AETOR): noventa y dos mil trescientos siete (92.307) euros.*

*A la Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas (AMAVE): noventa y dos mil trescientos siete (92.307) euros.*

*A Agencias de Viajes Unidas Servicios de Asociación (AUSA): noventa y dos mil trescientos siete (92.307) euros.*

*A Unió Catalana d'Agències de Viatges Emisores (UCAVE): noventa y dos mil trescientos siete (92.307) euros.*

*Tercero.- Intimar a las entidades imputadas para que cesen en las prácticas sancionadas.*

*Cuarto.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos diarios de ámbito nacional. En caso de incumplimiento se impondrá una multa coercitiva de seiscientos (600) euros por cada día de retraso en la publicación.*

*Quinto.- El cumplimiento de lo dispuesto sobre la publicación deberá justificarse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.*

*Sexto.- El Servicio de Defensa de la Competencia vigilará el cumplimiento de lo dispuesto en esta Resolución. ».*

## **SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.**

La Sala de instancia fundamenta la declaración de desestimación del recurso contencioso-administrativo con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] Los hechos declarados probados por el TDC y expresamente admitidos como tales por esta Sala son los siguientes:

La entrada en el mercado de compañías aéreas de “bajo coste” ha llevado a la búsqueda de economías por parte de las empresas que tradicionalmente operaban en el sector, que se han orientado en parte hacia la reducción de los costes de distribución. Esta estrategia que afecta muy directamente a las agencias de viaje, ha generalizado un nuevo sistema de remuneración a las mismas por los servicios de intermediación prestados en la venta de billetes de transporte aéreo, llamado cargo por emisión o service fee. Así, desde el 1 de enero de 2004, los consumidores finales cuando compran un billete pagan el servicio de transporte, esto es, la tarifa neta, más un cargo por la emisión, que es la contraprestación recibida por la gestión de venta (sea a través de Internet, agencia de viaje, o venta directa de la Compañía) y los impuestos.

1.- La entrada en el sector del tráfico aéreo de pasajeros de las compañías de bajo coste provocó la búsqueda por parte de los operadores tradicionales de medios de reducción de costes. Ello ha llevado a la generalización de un nuevo sistema de retribución a las agencias de viajes en los servicios de intermediación en la venta de billetes, llamado cargo por emisión o service fee. Así, desde el 1 de enero de 2004, los consumidores finales cuando compran un billete pagan el servicio de transporte, esto es, la tarifa neta, más un cargo por la emisión, que es la contraprestación recibida por la gestión de venta (sea a través de Internet, agencia de viaje, o venta directa).

2.- En una reunión celebrada el 7 de noviembre de 2000, una serie de Agencias de Viaje decidieron crear la Cúpula Asociativa de Agencias de Viaje Españolas, ahora denominada CAAVE (inicialmente CAAV), cuyos miembros en la fecha relevante eran FEAAV, AEDAVE, AEDAV, AETOR, AMAVE, AUSA y UCAVE.

El propósito de los firmantes del Acuerdo de creación era constituir una organización asociativa, lo que no se había producido en las fechas relevantes, en las cuales CAAVE carece de personalidad jurídica.

En el artículo 2 de su Reglamento Interior (folio 44 y 45) se establece lo siguiente:

*"Las organizaciones que integran la CAAV, mantendrán su plena soberanía como Asociaciones o Federación, en su caso. Ahora bien, acuerdan transferir a la CAAV las decisiones sobre las materias que se refieren a la defensa y representación de los intereses generales del sector de las Agencias de Viajes. Concretamente:*

- *Las relaciones con los Poderes Públicos.*
- *Relaciones con los grandes proveedores de servicios.*
- *Relaciones laborales.*
- *Relaciones con otras organizaciones.*
- *Actividades de imagen y defensa del sector (...).*
- *Relaciones internacionales (...).*

*La transferencia de las materias enunciadas en el párrafo anterior, no obstaculizará para que puedan ser tratadas, a efectos interiores, dentro de cada Asociación; obviamente, sin asumir decisiones, puesto que éstas corresponden a la CAAV".*

Se celebraron diversas reuniones entre las líneas aéreas (Iberia Líneas Aéreas, Spanair y Air Europa) y CAAVE (Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes española), que culminaron con un acuerdo sobre los cargos, iguales para las tres citadas líneas aéreas.

Las Agencias de Viaje cobraron a sus clientes cargos por emisión como forma de remuneración a sus servicios de intermediación de igual cuantía a los fijados por Iberia, Spanair y Air Europa en la venta de billetes aéreos a clientes particulares en tarifas no promocionales o especiales tanto en oficinas como a través de Internet.

Esta igualdad en el cargo se constató en investigaciones realizadas en oficinas de Viajes Marsans, Viajes El Corte Ingles, Viajes Halcón, Viajes Iberia, Carlson Wag onlit

Travel y Viajes Ecuador.

El mercado de referencia viene fijado por los servicios de intermediación en la venta de billetes de transporte aéreo.

La conclusión alcanzada es que existió intercambio de información entre Iberia, Spanair y Air Europa con CAAVE, acuerdo de las tres compañías aéreas en el cargo por la emisión de billetes que debía aplicarse y de Spanair y Air Europa de no competir con Iberia.

En el Acta de la reunión de la Comisión Mixta Comisión Iberia-CAAVE aprobada el 17 de diciembre de 2003 figura el siguiente compromiso:

*"RELACIÓN CON EMPRESAS:*

*El Sr. Alonso (representante de Iberia) reitera las claras instrucciones en cuanto a no visitar ninguna empresa sin conocimiento previo de la agencia. Únicamente pueden producirse si:*

- Iberia no conoce la Agencia de viajes con quien trabaja la empresa.*
- Cuando la propia empresa así lo manifiesta (por trabajar con varias agencias).*

*Añadiendo que, el objetivo de Iberia es que el cliente vuele con Iberia y no obtener la venta directa evitando la Agencia.*

*Se solicita por CAAVE que, en el nuevo marco de relaciones, se reiteren estas claras instrucciones".*

[...] El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, en su redacción dada por Ley 52/1999 de 28 de diciembre, dispone: *"1 Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: *"El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..."* - hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros-.

De los preceptos citados resulta: 1) La actividad tipificada en el tipo sancionador del artículo 1 lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o más sujetos a tal fin. 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 éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

2) En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa -claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente-, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

El TDC en la resolución impugnada consideró que los miembros de CAAVE y las compañías aéreas Iberia, Spanair y Air Europa han cometido las siguientes infracciones del artículo 1 de la LDC :

*"a) Han adoptado acuerdos anticompetitivos en relación a la fijación de los cargos por emisión.*

*b) El artículo 2 del Reglamento Interno adoptado en la constitución de CAAVE por el que acuerdan transferir a CAAVE las decisiones sobre las materias que se refieren a la defensa y representación de los intereses generales del sector de las agencias de viajes, implica una actuación colectiva que ha llevado a un acuerdo que vulnera el artículo 1 de la LDC , conducta de la que son responsables la Federación y las Asociaciones que la integran, que son FEAAV, AEDAVE, AEDAD, AETOR, AMAVE, AUSA, y UCAVE.*

*c) Iberia y CAAVE han acordado un reparto de mercado en relación a la contratación de venta de billetes con las empresas que supone una renuncia a competir y es contrario al artículo 1 de la LDC "*

[...] La actora señala que en las fechas relevantes tuvo lugar un cambio radical en los sistemas de retribución de los servicios de las agencias de viaje, basado en la ausencia de comisiones. El anuncio del cambio generó una reacción de CAAVE "que acordó con Iberia en noviembre de 2003 las líneas fundamentales de un sistema transitorio dirigido a proteger la viabilidad económico de los servicios de agencia y evitar el estrangulamiento de los márgenes comerciales de los agentes, pero en todo caso recordando por activa y por pasiva la libertad de todas las agencias de fijar los cargos por emisión que tuvieran por convenientes".

Señala en consecuencia que los contactos fueron legítimos, que las agencias mantienen libertad de fijar los cargos por emisión, y que la naturaleza de la relación económica entre agencias de viajes y compañías aéreas no es horizontal, puesto que por definición aquellas no compiten con estas en la venta de billetes de transporte

aéreo para los consumidores finales.

Con este fundamento la actora alega en primer lugar que la constitución de la CAAVE no tiene ni por objeto ni por efecto la restricción de la competencia, habiéndose aplicado incorrectamente el art. 1 LDC ; en segundo lugar, que la conexión entre las facultades conferidas a la CAAVE y la conducta imputada en el segundo cargo de la resolución recurrida suponen la infracción del principio ne bis in idem.

En lo que a las recurrentes en este litigio respecta, debe señalarse que el TDC consideró que *"la creación de CAAVE en tanto que las Asociaciones y Federaciones miembros mantienen su soberanía, pero en su Reglamento Interior acuerdan transferir a ésta las decisiones sobre las relaciones con los grandes proveedores de servicios, como son las compañías aéreas, de forma que las decisiones sobre estos temas corresponden a CAAVE, lo que supone que renuncian a negociar de forma individual con esas compañías y acuerdan las comisiones a percibir. Los responsables de este acuerdo son FEAAV, AEDAVE, AEDAV, AETOR, AMAVE, AUSA y UCAVE al ser las entidades que lo han pactado."*

La cuestión ha sido analizada en la sentencia dictada por esta Sala y Sección el pasado día 31 de octubre de 2008 en el recurso contencioso-administrativo num. 469/06 interpuesto por AMAVE en los siguientes términos:

Se trata de dos conductas distintas, la primera consistente en transferir las decisiones del colectivo, transferencia que en sí misma supone renunciar a la negociación libre y competitiva, la segunda en pactar los precios porque la transferencia por sí misma no supone necesariamente que después se llega a un acuerdo sobre los precios. No puede entenderse que hay un concurso medial porque la transferencia de las decisiones no es un medio necesario para el acuerdo sobre los precios, acuerdo que puede igualmente realizarse individualmente. Por lo tanto la primera actuación es constitutiva de una infracción distinta e independiente de la que es constitutiva la segunda actuación.

Como señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia 177/1999 de 11 de octubre de 1999 respecto del ne bis in idem:

*"dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues «semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisible reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado ( Sentencia 77/1983, de 3 de octubre , fundamento jurídico 4.)»."*

En el párrafo señalado más arriba ( *"la creación de CAAVE en tanto que las Asociaciones y Federaciones miembros mantienen su soberanía, pero en su Reglamento Interior acuerdan transferir a ésta las decisiones sobre las relaciones con los grandes proveedores de servicios ....."* ) se recogen unos hechos que son constitutivos de una conducta contraria a la Ley.

De estos otros hechos resulta otra conducta igualmente contraria a derecho:

- *"Se constata la existencia de intercambios de información con CAAVE y de negociaciones para la fijación de los cargos por emisión así como de un compromiso*

*para no cambiarlos sin previo aviso, siendo la cuantía del cargo por emisión fruto de un acuerdo tendente a garantizar unos ingresos a las agencias de viaje en determinadas condiciones (aunque Iberia no puede garantizarlos por la libertad que tienen las agencias para fijar su propio cargo por emisión de billetes) y la existencia de un acuerdo en relación con las empresas de reparto de mercado.*

*Por otra parte, aunque no de forma expresa en el nuevo modelo de contrato, Iberia en una comunicación se comprometía al mantenimiento del cobro de cargos por emisión en sus ventas directas cuando expirase el mismo, aunque supeditado a la continuidad del modelo."*

*-. "En síntesis, Spanair intercambió información y llevó a cabo negociaciones con CAAVE en relación con el nuevo sistema de remuneración basado en el cobro de cargos por emisión en su canal de venta directa, cuya cuantía fue acordada por ambas partes sobre la base del acuerdo previo con Iberia e iguales a los de ésta, modificándose así su propuesta inicial que contemplaba cargos por emisión diferentes. Además, la adopción de cargos por emisión iguales a los de Iberia implicaba una renuncia a competir con esta compañía y con las agencias de viaje . "*

*-. "Finalmente, Air Europa fijó cargos por emisión iguales a los de Iberia y Spanair y dado que se hicieron ciertas sugerencias se deduce que había un acuerdo previo.*

*Se constata así que hubo un intercambio de información y un acuerdo para el cobro de cargos por emisión iguales a los de las otras compañías con las que CAAVE había mantenido contactos. Además la adopción de cargos por emisión iguales a los de Iberia implicaba una renuncia a competir con esta compañía y con las agencias de viaje."*

*-. "Las Agencias de Viaje cobraron a sus clientes cargos por emisión como forma de remuneración a sus servicios de intermediación de igual cuantía a los fijados por las tres aerolíneas anteriores en la venta de billetes aéreos a clientes particulares en tarifas no promocionales o especiales tanto en oficinas como a través de Internet"*

Examinando los diferentes hechos y los razonamientos que sobre los mismos lleva a cabo la resolución impugnada, resulta a juicio de esta Sala, que no se aprecia la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento que justificaría la infracción del principio ne bis in idem alegado.

[...] La actora sostiene que no ha existido infracción del artículo 1 LDC , en primer lugar porque no queda claro si la resolución se refiere a la fijación de los cargos por emisión aplicados por las aerolíneas en su canal de venta directa o a la fijación de los cargos por emisión aplicados por las agencias de viaje, o a ambas conductas; en segundo lugar porque el objeto real de los acuerdos entre CAAVE y las aerolíneas era implementar el nuevo sistema, porque no existe un interés económico de CAAVE en alcanzar los supuestos acuerdos, y por la dimensión internacional de los cargos aplicados por las aerolíneas. Finalmente, por la ausencia de efectos anticompetitivos derivados de la supuesta concertación entre las agencias, la CAAVE y las aerolíneas.

Los hechos que son declarados probados y constitutivos de la infracción no son contradichos, aunque si las consecuencias extraídas por el TDC de la aplicación de los tipos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia.

Esta Sala ha establecido y lo ha confirmado el Tribunal Supremo que el tipo del artículo 1 contempla, tanto los acuerdos expresos como tácitos y las conductas

conscientemente paralelas. No impone la norma que el acuerdo de voluntades se produzca formalmente, sino que basta con acomodar la conducta de forma consciente al comportamiento seguido por otros operadores económicos. Tanto en derecho español como comunitario, son irrelevantes las características jurídico-formales del acuerdo: lo decisivo es su objeto o efecto anticompetitivo.

La coincidencia en las fijaciones de precios, realmente no puede explicarse razonablemente al margen de la convicción de la existencia de una práctica concertada: en el presente caso existió transferencia de información, y se aplicaron idénticos cargos en diferentes agencias de viajes por la emisión de billetes. Esta identidad no puede ser explicada por la mera operativa del mercado. Si las actoras conocen los cargos que aplicarán las líneas aéreas citadas, y aplican los mismos, es inevitable concluir que se ha producido o bien un acuerdo tácito o bien una conducta conscientemente paralela, en ambos casos, se acomoda el comportamiento para no competir en lo que a los precios por cargo de emisión de billete se refiere.

Como se señaló en la sentencia de 31 de octubre pasado citada:

*"No existe pues una vulneración de la presunción de inocencia, tampoco falta de prueba, lo que ocurre es que la recurrente no comparte las conclusiones extraídas de la prueba practicada. Pero ocurre, que la única forma de explicar la identidad en los precios, partiendo de la idea de que las compañías afectadas conocían la estrategia de las demás en la materia, es que conscientemente se fijaron precios idénticos. Para lo cual no es necesaria una presión o compulsión, ni un acuerdo expreso. Basta con que se actúe de forma igual a un competidor knowing su estrategia en materia de precios, para que ello suponga la infracción del artículo 1."*

Sobre si la resolución se refiere a la fijación de los cargos por emisión aplicados por las aerolíneas en su canal de venta directa o a la fijación de los cargos por emisión aplicados por las agencias de viaje, o a ambas conductas, resulta claro que contempla:

- *"El mercado de referencia donde se desarrollan las prácticas imputadas en el presente... es el de los servicios de intermediación en la venta de billetes de transporte aéreo. Las compañías aéreas tienen también una relación vertical con las agencias de viaje, siendo las primeras proveedores de los servicios de transporte aéreo de pasajeros y las agencias distribuidoras de sus billetes. ."*

- *"Las Agencias de Viaje cobraron a sus clientes cargos por emisión como forma de remuneración a sus servicios de intermediación de igual cuantía a los fijados por las tres aerolíneas anteriores en la venta de billetes aéreos a clientes particulares en tarifas no promocionales o especiales tanto en oficinas como a través de Internet"*

- *"intercambios de información de Iberia, Spanair y Air Europa con CAAVE en relación a los cargos por emisión a aplicar a partir del 1 de enero de 2004 y el momento en que se lleva a cabo".*

- *"acuerdos de Iberia, Spanair y Air Europa con CAAVE para fijar la cuantía del service fee".*

En cuanto al objeto real de los acuerdos entre CAAVE y las aerolíneas, esta Sala considera que los medios utilizados excedían con mucho tal pretensión, hasta el punto de sobrepasar tal pretendido objetivo y organizar un sistema de unificación de los cargos por emisión.».

### **TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.**

El recurso de casación interpuesto por la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS (AEDAVE), queda circunscrito al examen de los motivos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto articulados en el escrito de interposición, fundados todos ellos al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , al haberse acordado la inadmisión del primer motivo por Auto dictado por la Sección Primera de esta Sala jurisdiccional de 10 de diciembre de 2009 .

El segundo motivo de casación, que se fundamenta en la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , imputa a la Sala de instancia error manifiesto de apreciación de la naturaleza de la relación existente entre las agencias de viajes y las compañías aéreas, en referencia al mercado de intermediación de la venta de billetes para el transporte aéreo.

En el desarrollo argumental de este motivo de casación se aduce que la Sala de instancia incurre en error jurídico al desconocer los precedentes nacionales y comunitarios sobre la consideración de que las agencias de viajes prestan una gama de servicios distintos a los de las compañías aéreas, por lo que su relación es de carácter vertical, lo que deriva en que no puede ser sancionada por prácticas restrictivas de la competencia originadas por el acuerdo de fijación de precios de evidente naturaleza horizontal.

El tercer motivo de casación, basado en la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , denuncia que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que no concurren los requisitos para su aplicación, en la medida en que la información intercambiada sobre cargos de emisión de billetes de transporte aéreo era conocida por todos los operadores y los consumidores en general, por lo que el acuerdo en el que participó no tenía como objeto restringir la competencia.

El cuarto motivo de casación, por vulneración del derecho de asociación, garantizado en el artículo 22 de la Constitución , reprocha a la sentencia recurrida que haya sostenido que la creación de la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE) constituye un acto ilícito contrario a la normativa de competencia.

El quinto motivo de casación, por infracción del principio constitucional «non bis in idem», enunciado en el artículo 25 de la Constitución y en el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , censura que la sentencia base sus razonamientos en lo ya resuelto en un caso similar (sentencia AMAVE), sin analizar los argumentos esgrimidos por la Asociación empresarial recurrente. Se arguye que la Sala de instancia ha confirmado la legalidad de la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia, respecto del segundo cargo imputado, sin tener en cuenta que la conducta de fijación de cargos de emisión no es independiente de la constitución de la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE).

El sexto motivo de casación, por infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia , sobre proporcionalidad de las sanciones impuestas, reprocha a la sentencia recurrida que haya considerado suficiente la motivación de la sanción y que haya estimado adecuada la cuantía de la sanción, que fue fijada discrecionalmente, superando el límite máximo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia.

#### **CUARTO.- Sobre el segundo y el tercer motivos de casación: la alegación de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .**

El segundo y el tercer motivos de casación, fundados en la infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , no pueden ser acogidos, siguiendo los criterios jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2011 (RC 2868/2008 ), pues consideramos que la Sala de instancias no ha incurrido en error jurídico al concluir que ha quedado acreditado que se ha producido una conducta anticompetitiva, contraria a dicha disposición legal, imputable a los miembros de CAAVE y a las compañías aéreas participantes sancionadas, consistente en el acuerdo de implantación de un nuevo sistema de remuneración de las agencias de viajes por los servicios de intermediación en la venta de billetes de transporte aéreo, que supone la fijación de la cuantía de los cargos por emisión (service fee), aplicable en el ejercicio de 2004, resultado de la celebración de negociaciones, reuniones y contrastes entre la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas y las Compañías aéreas Iberia, Air Europa, S.A. y Spanair, S.A., que ha sido precedido de intercambio de información respecto de datos económicos.

En efecto, la tesis que propugna la Asociación recurrente, sustentada en el argumento de que el Tribunal de Defensa de la Competencia y, ulteriormente, la Sala de instancia, habían incurrido en error en la determinación de la calificación de la relación existente entre las Agencias de Viajes y las Compañías aéreas que imposibilitaría que pudieran ser sancionadas por infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , al no competir entre ellas en la venta de billetes de transporte aéreo, dado que la relación existente es de naturaleza vertical, no puede ser compartida. Cabe poner de relieve que el mercado de referencia donde se desarrollan las prácticas anticompetitivas analizadas es el mercado de servicios de intermediación en la venta de billetes aéreos a consumidores finales, en el que compiten entre sí las aerolíneas y las agencias de viajes, pues esta actividad comercial se efectúa a través de los canales de venta propios de las compañías aéreas, ordenadamente por internet, como por las ventas directas o telemáticas por las agencias de viajes. La circunstancia de que las compañías aéreas sean proveedores de servicios de transporte aéreo de pasajeros y tengan también una relación vertical con las agencias de viajes, derivada de la actividad de distribución de los billetes de las aerolíneas, no es relevante a estos efectos, porque la conducta anticompetitiva se infiere del acuerdo alcanzado entre CAAVE y las compañías aéreas para aplicar, aunque no de forma generalizada debido a la atomización del sector, idénticos cargos por la emisión de billetes aéreos, que no se corresponden a los costes reales de gestión.

Por ello, la referencia genérica a que la sentencia recurrida habría desconocido los precedentes nacionales y comunitarios, respecto de la determinación del mercado de referencia, con cita de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 2002, de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2006 y de la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1995 , no resulta pertinente para desvirtuar el análisis confirmatorio que realiza la Sala de instancia sobre el alcance anticompetitivo del acuerdo alcanzado entre CAAVE y las aerolíneas con el objetivo de aplicar un sistema de unificación de los cargos por emisión, que restringe la competencia en el sector de la intermediación en la venta de billetes de transporte aéreo, que beneficia tanto a las agencias de viajes como a las compañías aéreas.

En relación con la crítica casacional a la sentencia recurrida por considerar acreditado que ha habido transferencia de información entre las agencias de viajes y las aerolíneas con la finalidad de aplicar idénticos cargos por emisión de billetes en diferentes agencias de viajes, que constituye una práctica prohibida por el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , procede transcribir los razonamientos expuestos en la mencionada sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2011 (RC 2688/2008 ), para rechazar esta misma cuestión:

« [...] El recurso de casación se formula mediante tres motivos, todos ellos acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En el primer motivo la sociedad recurrente considera conculado el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), por entender que la transferencia de información que se produjo no constituía una conducta prohibida por dicho precepto. En el segundo motivo se aduce la infracción del artículo 10.1 de la referida Ley por considerar que la sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad. Finalmente, el tercer motivo se basa en la supuesta vulneración del principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 24.2 de la Constitución , por la aplicación infundada de la prueba por presunciones.

[...]

Señala en primer lugar la compañía aérea recurrente que la Sentencia impugnada considera indiferente que la conducta sancionada constituyera un acuerdo anticompetitivo o una conducta conscientemente paralela, pero sin embargo toda su defensa frente a la sanción impuesta se había encaminado a negar que hubiera existido un acuerdo entre las partes, como sostenía el Tribunal de Defensa de la Competencia. Seguidamente afirma que no es correcto afirmar que Air Europa haya aceptado la existencia de una transferencia de información, pese a que se produjeron dos reuniones, ya que el modelo retributivo de Iberia que fue expuesto en dichas reuniones por la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (en adelante, CAAVE) y las comisiones aplicadas eran ya conocidas en el sector del transporte aéreo. En definitiva, afirma, pese a dichas reuniones y pese a las sugerencias formuladas por carta por CAAVE, no hubo acuerdo ni transferencia de información entre esta entidad y la recurrente sobre los cargos por emisión de billetes. Por parte de Air Europa se procedió únicamente a comunicar a las agencias de viaje el nuevo sistema retributivo decidido por ella y aunque dicha comunicación pudiera entenderse como intercambio de información, no sería constitutivo de una infracción de las normas sobre competencia. Finalmente, subraya la recurrente, no se ha explicitado en qué puede restringir o falsear la competencia el que Air Europa copiase los cargos por emisión de billetes a Iberia; en ningún caso se señala ningún efecto real o potencial sobre el mercado.

El motivo no puede prosperar. En realidad no discute la parte recurrente los hechos en que el Tribunal de Defensa de la Competencia se basó para sancionarla y que la Sala de instancia ha validado en los términos que se han reproducido. Como quiera que la parte califique el contenido de las reuniones celebradas entre las empresas y entidades sancionadas, lo cierto es que allí se expusieron las tarifas a cargar y que, en definitiva, los cargos por emisión de billetes de la recurrente resultaron idénticos a los de Iberia. Siendo esto así resulta razonable concluir, como hizo el Tribunal de Defensa de la Competencia, que se produjo un acuerdo, siquiera tácito, entre los sujetos participantes. Por lo demás hemos de recordar, frente a los alegatos de la recurrente, una reiterada jurisprudencia en el sentido de que la realización de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere de

*forma invariable ni la intención deliberada de falsear la competencia ni el que tal falseamiento se deba producir necesariamente, lo cual no obsta a que en el presente caso sí se constatan de forma indubitable los efectos anticompetitivos de la conducta, como lo acredita la identidad de los cargos por emisión de billetes que ha quedado acreditada.*

*No puede considerarse, por otra parte, que la Sala sentenciadora haya transmutado el título de imputación de tal forma que haya podido causar indefensión a la actora, como parece insinuar en el motivo aun sin afirmarlo de manera clara. En efecto, la Sala se limita a subrayar que de la existencia de las reuniones y del intercambio de información en ellas producido, seguido de la identidad de los cargos por emisión de billetes "es inevitable concluir que se ha producido o bien un acuerdo tácito o bien una conducta conscientemente paralela -que para aplicar el tipo infractor es igual-", lo que no supone negar la calificación de los hechos efectuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia -la existencia de acuerdos anticompetitivos entre las partes imputadas-, sino poner de relieve que, aun sin ellos, hubiera existido una conducta anticompetitiva. La única conclusión es, pues, que para la Sala de instancia la recurrente no ha desvirtuado la realización de la conducta infractora, como no podía dejar de ser al no estar controvertidos los hechos y sólo existir divergencia en la conceptualización de los mismos. Y esta Sala no puede dejar de coincidir con la Sentencia recurrida en que constando la celebración de las reuniones y la puesta en común de datos económicos, seguido de la identidad de los cargos por emisión de billetes, no puede dejar de concluirse que se produjo efectivamente la conducta sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia . » .*

#### **QUINTO.- Sobre el cuarto motivo de casación: la alegación de infracción de la libertad de asociación, garantizada en el artículo 22 de la Constitución .**

El cuarto motivo de casación, fundado en la infracción del artículo 22 de la Constitución , no puede prosperar, pues no estimamos que la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional haya afectado lesivamente al ejercicio del derecho fundamental de asociación, al apreciar la existencia de la conducta restrictiva de la competencia, consistente en la actuación de las Agencias de Viajes de transferir a la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE) facultades decisorias respecto de las relaciones con los grandes proveedores de servicios, lo que supone renunciar a la negociación libre y competitiva.

En efecto, cabe considerar que, como aduce el Abogado del Estado en su escrito de oposición al recurso de casación, el derecho de asociación no da cobertura a conductas restrictivas de la competencia, contempladas en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , ni en aquellos supuestos en que la persona jurídica responsable sea una organización empresarial, en la medida en que su actuación desborde el marco de defensa de los intereses económicos que le son propios y sea lesiva de los principios consustanciales a la economía de mercado.

En este sentido, cabe poner de relieve que la sentencia recurrida no cuestiona la creación de la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE), amparada por el artículo 22 de la Constitución , sino la conducta de las agencias de viajes miembros de dicha Asociación, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de su Reglamento interior, establecen un pacto de transferencia a la Asociación de facultades decisoras que corresponde aceptar a los asociados, y que puede generar comportamientos contrarios al Derecho de la Competencia, singularmente, cuando sirve para promover y facultar la negociación colectiva de los cargos por emisión de

billetes de transporte aéreo, que se ha revelado ilícita.

**SEXTO.- Sobre el quinto motivo de casación: la alegación de infracción del principio constitucional «non bis in idem».**

El quinto motivo de casación, en el extremos relativo a la infracción del principio non bis in idem, no puede ser acogido, pues no consideramos que la Asociación recurrente haya sido sancionada dos veces por los mismos hechos, ya que apreciamos que las dos conductas anticompetitivas imputadas, consistentes en integrarse en una Asociación empresarial a quien se transfieren decisiones colectivas relativas a las relaciones con los grandes proveedores de servicios y en adoptar un acuerdo de fijación de los cargos por emisión de billetes de compañías aéreas, tienen evidente autonomía, desde la perspectiva de concurrencia del elemento de tipicidad y del elemento de culpabilidad, de modo que no resulta arbitrario que no puedan subsumirse en una única infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia .

Por ello, no cabe compartir la tesis impugnatoria formulada por la defensa letrada de la Asociación recurrente, de que la imposición de la sanción por el segundo cargo imputado vulnera el principio constitucional non bis in idem, que impide, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 91/2009, de 21 de julio , desde la perspectiva material, que una misma persona física o jurídica sea sancionada dos veces con el mismo fundamento, y, desde una perspectiva formal o procedimental, la duplicidad de procedimientos sancionadores en los que concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Resulta evidente que la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE) sólo ha sido sancionada por resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de julio de 2006, por la comisión de dos conductas independientes incursas en el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , en relación con la integración el la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas y con los acuerdos de fijación de los cargos por emisión de billetes con las compañías aéreas Iberia, Air Europa y Spanair, imponiéndole las sanciones de multa de 410.2556 euros, 820.513 euros, 123.077 euros y 123.077 euros, que ascienden a 1.476.923 euros.

**SÉPTIMO.- Sobre el sexto motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia .**

El sexto motivo de casación, basado en la infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , no puede prosperar, pues consideramos que la Sala de instancia acierta al sostener que la sanción impuesta está suficientemente motivada, desde la perspectiva de aplicación de los criterios de graduación de las sanciones, atendiendo a las circunstancias expresadas explícitamente relativas a las características específicas del mercado afectado, la duración de los efectos de las conductas restrictivas de la competencia y valorando, en particular, que no se ha producido una identidad generalizada en los cargos por emisión de billetes por las agencias, dada la naturaleza atomizada de este sector comercial.

En lo que respecta a la censura casacional de la sentencia recurrida por confirmar la cuantía de la sanción impuesta a la Asociación recurrente, sin valorar, según se aduce, las circunstancias atenuantes concurrentes, y a pesar de que supera el límite previsto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, incurriendo en manifiesta falta de proporcionalidad, debemos poner de relieve que la Sala de instancia no ha incurrido en arbitrariedad al confirmar el importe de la cuantía de las sanciones

impuestas por el Tribunal de Defensa de la Competencia, que se desglosan en relación con la entidad de las infracciones cometidas, y que atienden, singularmente, a la diferente participación de las Asociaciones y Federaciones de Agencias de Viajes en la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas, y, por tanto, responden a criterios objetivos determinados por la influencia en el proceso de adopción y por los efectos económicos de las conductas anticompetitivas.

En este sentido, cabe recordar que, conforme a la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 8 de junio de 2010 (RC 4216/2007), el Tribunal de Defensa de la Competencia ostenta un margen de apreciación en la determinación de la cuantía de las sanciones, atendiendo a los criterios específicos de graduación de la sanción, establecidos en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, con el fin de lograr que las empresas ajusten estrictamente su comportamiento al Derecho de la Competencia. El Tribunal de Defensa de la Competencia debe respetar, en todo caso, el principio de proporcionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que la sanción sea acorde con la naturaleza propia de la infracción, considerando las repercusiones concretas en el mercado y la dimensión geográfica del mercado, la duración de la conducta, la intencionalidad en la comisión del hecho infractor y la reincidencia en la comisión de infracciones, así como la capacidad económica del sujeto responsable de la infracción para infringir daños a los competidores y los perjuicios causados a los consumidores.

Por ello, atendiendo a estos parámetros, que se desprenden del artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y teniendo en cuenta las circunstancias expuestas en relación con los efectos lesivos del Derecho de la Competencia, procede confirmar la decisión de la Sala de Instancia, respecto de que la determinación del importe de las sanciones pecuniarias impuestas es ajustada a Derecho.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los motivos de casación admitidos, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS (AEDAVE) contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 468/2006

#### **OCTAVO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

**FALLAMOS**

**Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS (AEDAVE) contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 468/2006

**Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados.  
**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.