

**Id. Cendoj:** 28079130032011100038  
**Órgano:** Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 01/02/2011  
**Nº de Recurso:** 2688/2008  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
**Procedimiento:** RECURSO CASACIÓN  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### **Resumen:**

DEFENSA DE LA COMPETENCIA (expte. 591/05 del TDC Agencias de Viajes; 2513/04 del SDC): ACUERDOS EN RELACIÓN CON LA FIJACIÓN DE CARGOS POR EMISIÓN DE COMPAÑÍAS AÉREAS CON LA CÚPULA ASOCIATIVA DE AGENCIAS DE VIAJES ESPAÑOLAS; art. 1 Ley 16/89 (17-7) de Defensa de la Competencia.AIR EUROPA

---

#### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Febrero de dos mil once.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2.688/2.008, interpuesto por AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS, S.A., representada por el Procurador D. Antonio Pujol Varela, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 4 de febrero de 2.008 en el recurso contencioso-administrativo número 439/2.006, sobre expediente sancionador por realización de conductas incursas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (expte. 591/05 del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 4 de febrero de 2.008, desestimatoria del recurso promovido por Air Europa Líneas Aéreas, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada en fecha 26 de julio de 2.006 en el expediente sancionador 591/05 (2513/04 del Servicio de Defensa de la Competencia). En dicha resolución, y en lo que se refiere a la parte actora, se declaraba acreditada la

comisión de la conducta incurra en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en los acuerdos en relación a la fijación de los cargos por emisión por parte de la compañía aérea demandante y de Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A. y Spanair, S.A., con la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas, de la que son responsables dichas compañías y los miembros de la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas; como consecuencia de ello, se le imponía una multa de 300.000 euros.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 20 de mayo de 2.008, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Air Europa Líneas Aéreas, S.A. ha comparecido en forma en fecha 7 de julio de 2.008 mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia ;
- 2º, por infracción del artículo 10.1 también de la Ley de Defensa de la Competencia , y
- 3º, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, dictando otra en su lugar por la que se deje sin efecto la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de julio de 2.006 o, subsidiariamente, anule parcialmente la sentencia impugnada y dictando otra en su lugar por la que se deje sin efecto la sanción económica impuesta a la actora, o, subsidiariamente, que se reduzca sustancialmente el importe de la sanción.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 21 de noviembre de 2.008.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del mismo, se confirme la impugnada y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley jurisdiccional.

QUINTO .- Por providencia de fecha 18 de noviembre de 2.010 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 18 de enero de 2.011, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La sociedad mercantil Air Europa Líneas Aéreas, S.A., impugna en casación la Sentencia dictada el 4 de febrero de 2.008 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso administrativo que interpuso contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de julio de 2.006 que le sancionó, junto con otras entidades y sociedades, por la comisión de diversas conductas anticompetitivas en relación con los cargos por emisión de billetes aéreos, con multa por importe de 300.000 €.

La Sentencia recurrida justifica el fallo desestimatorio con las siguientes razones:

" PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de julio de 2006, por la que se impone a la actora la multa de 300.000 euros, al haber incurrido en una conducta contraria a la libre competencia, tipificada en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 .

Los hechos que han dado origen al presente recurso son los que siguen:

1.- La entrada en el sector del tráfico aéreo de pasajeros de las compañías de bajo coste provocó la busque 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.

2.- La actora se reunió el 2 de diciembre de 2003 con CAAVE (Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes española), en la que se presentó una tabla de cargos por parte de la línea aérea semejante a la de Iberia. El 19 de diciembre de 2003 CAAVE envió una carta a Air Europa con una serie de sugerencias, el contrato modelo de Iberia y otros compromisos adoptados por Iberia. Finalmente los cargos establecidos por la actora fueron iguales a los de Iberia y Spaner.

El TDC deduce de estos hechos que existió intercambio de información y un acuerdo previo para establecer los cargos por la intermediación en la emisión de billetes.

Las agencias de viajes cargaron por emisión a los clientes particulares y en tarifas no promocionales o especiales cantidades iguales, tanto en oficinas como en Internet. Esta igualdad en el cargo se constató en investigaciones realizadas en oficinas de Viajes Marsans, Viajes El Corte Inglés, Viajes Halcón, Viajes Iberia, Carlson Wagonlit Travel y Viajes Ecuador.

Estos hechos resultan acreditados en el expediente administrativo.

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

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

SEGUNDO : 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 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 causar, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO : La recurrente afirma que no existió acuerdo ni con CAAVE ni con ninguna otra compañía aérea, que el intercambio de información por sí misma no es sancionable, que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia por no existir prueba de cargo y el principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción.

La actora admite la existencia de la reunión con CAAVE y de la carta remitida por ésta

realizando sugerencias. Si bien, en la interpretación que da a tales hechos, afirma que ni la reunión ni la carta suponían acuerdo alguno. Por otra parte, en su demanda señala las tarifas aplicables que propuso, y las que efectivamente aplicó tras la reunión y la recepción de la carta, argumentando que las tarifas propuestas prácticamente no tuvieron variación tras conocer las condiciones establecidas por Iberia.

No se niega tampoco la coincidencia en las cantidades cargadas por emisión a los clientes, detectadas en la inspección de una oficina de cada una de las agencias de viajes antes señaladas; si bien, parece entender la actora, que ello fue debido a razones ajenas a un acuerdo previo.

Hemos de señalar que el tipo del artículo 1 contempla, tanto los acuerdos expresos como tácitos y las conductas conscientemente paralelas. No exigen pues un acuerdo de voluntades formal, sino que basta con acomodar la conducta de forma consciente al comportamiento seguido por otros operadores económicos.

En el presente caso existió transferencia de información, y ello es algo plenamente probado y aceptado por la actora, 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. Pues bien, probado que la actora conocía las circunstancias de los cargos que aplicaría Iberia, y que los cargos son idénticos, 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-, y ello no supone una prueba de indicios, como parece entender la recurrente, sino una prueba plena de la que sólo cabe una conclusión: y es que la recurrente acomodó su comportamiento referente a los cargos por emisión de billetes a lo decidido por Iberia. Y ello supone la renuncia a competir con esta compañía en lo que a los precios por cargo de emisión de billete se refiere.

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 conociendo su estrategia en materia de precios, para que ello suponga la infracción del artículo 1 .

En cuanto a la proporcionalidad de sanción, se ha impuesto en su grado mínimo, y se ha tenido en cuenta la cuota de mercado, pues a Iberia se le ha impuesto 2.000.000 de euros de multa, mientras que a la actora se le han impuesto 300.000 euros de multa, cantidad notablemente inferior.

No se aprecian circunstancias que agraven la responsabilidad, y se ha tenido en cuenta en la resolución sancionadora, la duración de la práctica, la no aplicación de los mismos precios en todas y cada una de las agencias de viaje, dada la atomización del mercado, y el mercado afectado por la práctica anticompetitiva.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas,

conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa." (fundamentos jurídicos primero a tercero )

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 conculcado 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.

SEGUNDO .- Sobre la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia .

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 produjeran 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 sancionarle 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 indubitada 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.

#### TERCERO .- Sobre el principio de proporcionalidad.

Sostiene la compañía aérea recurrente que aplicando el criterio de la cuota de mercado, las ventas de billetes en sus canales propios de distribución representan únicamente un porcentaje inferior al 2.30% del volumen total de billetes vendidos. De acuerdo con lo anterior la multa de 300.000 euros impuesta resultaría desproporcionada en relación con las impuestas a Iberia y a CAAVE.

No puede prevalecer la argumentación de la parte frente a la razonada modulación de la sanción expuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el apartado 12 de su resolución, avalada por la Sala de instancia, y que sólo podríamos revisar de resultar vulneradora de los criterios recogidos por el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, o bien por ser manifiestamente irrazonable en su aplicación de los mismos. Por el contrario, habida cuenta que no existe una imposición legal de que las multas se ajusten en términos estrictamente proporcionales a la cuota de mercado sino que éste es solamente uno de entre los diversos criterios mencionados y empleados por el Tribunal de Defensa de la Competencia y que, en suma, la cantidad es suficientemente distante de las impuestas a las entidades a las que se refiere la recurrente, hemos de concluir que no se acredita que se haya desconocido el principio de proporcionalidad en la aplicación del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia.

#### CUARTO .- Sobre el principio de presunción de inocencia.

Sostiene la empresa recurrente que se ha conculcado el principio constitucional de la presunción de inocencia puesto que no se han acreditado los hechos base (la existencia de acuerdo) y porque tampoco existe una relación causal entre los hechos y la infracción que se le imputa.

No tiene razón la recurrente y debe también desestimarse este motivo. En realidad, tal como argumenta la Sala de instancia, no se trata en este caso de una prueba por presunciones, como sostiene la parte, sino de una prueba directa y no controvertida de la conducta infractora, la colusión sobre los cargos por emisión de billetes, prueba consistente en la existencia de las reuniones donde se pusieron en común los datos sobre las tarifas por emisión de billetes, la carta de CAAVE formulando sugerencias y la identidad de los cargos por dicho concepto efectivamente facturados. Tales hechos probados justifican su consideración como un acuerdo anticompetitivo por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, tal como ha asumido la Sala de instancia.

QUINTO .- Conclusión y costas.

Las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos conducen a la desestimación del recurso de casación. Se imponen las costas a las partes que lo ha sostenido en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción

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**

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Air Europa Líneas Aéreas, S.A. contra la sentencia de 4 de febrero de 2.008 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 439/2.006 . Se imponen las costas de la 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.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-