

Id. Cendoj: 28079230062009100637
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 12/02/2009
Nº de Recurso: 462/2006
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de febrero de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional, y bajo el número 462/2006, se tramita, a instancia de la Federación Española de Asociaciones de Agencias

de Viajes (FEAAV), representada por el Procurador Doña Rosa Vidal Gil, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia, de 26 de julio de 2006 (expediente 591/05), sobre conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia,

y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía

del mismo 1.661.542 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV) interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia mediante escrito presentado el 26 de octubre de 2006, y la Sala, por providencia de fecha 3 de noviembre de 2006, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de

contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y tras los escritos de conclusiones de las partes se señaló para votación y fallo el día 10 de febrero de 2009.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del, Tribunal de Defensa de la Competencia, de 26 de julio de 2006, cuya parte dispositiva decía lo siguiente:

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 Turoperadores 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 Turoperadores 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 Turoperadores 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 veintitres (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.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: 1) personalidad jurídica, a efectos del expediente administrativo, de la "cúpula asociativa" CAAVE, 2) ha prescrito la supuesta infracción que se sanciona en el apartado a) de la parte dispositiva de la Resolución impugnada, 3) los principios básicos de derecho penal, en cuanto representan garantías constitucionales, se trasladan con matices al derecho administrativo sancionador, vulnerando la Resolución impugnada los de culpabilidad, intransmisibilidad y prohibición de interpretación analógica (no existe prueba alguna contra FEAAV), 4) inexistencia de acuerdo colusorio, 5) prueba en el expediente administrativo, 6) marginación de la LDC en cuanto la cuantía de la multa, 7) subsidiariamente, aplicación del principio de proporcionalidad.

- 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 Inglés, 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. Claudio (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".

CUARTO.- Como primera cuestión plantea la parte recurrente que la Resolución del TDC ha desconocido la doctrina jurisprudencial sobre la personalidad jurídica de CAAVE, a la que se ha dado la consideración de parte en el expediente, admitiendo su intervención independiente de la de sus miembros hasta que el TDC ha condenado directamente a los miembros de la asociación.

Independientemente de la cuestión planteada de si la Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Española (CAAVE) debió ser sancionada por el TDC en la Resolución impugnada, la Sala entiende que la participación en los hechos de la parte recurrente, la Federación Española de Asociaciones de Agencias de Viajes (FEAAV), tiene sustantividad propia, en la forma que seguidamente exponemos.

El artículo 10 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), vigente en el momento de los hechos, permite al TDC imponer a "...los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas...", sanciones en forma de multas, cuando deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 de dicha norma. Y no cabe duda que la Federación recurrente es una asociación o agrupación de asociaciones de empresas (de agencias de viajes) y como tal Asociación empresarial es destinataria de las normas de la LDC.

La resolución impugnada sancionó a las asociaciones integrantes de CAAVE por dos tipos de conductas: a) por la constitución de CAAVE, que supuso la transferencia de decisiones del colectivo de forma contraria a la LDC, y b) por los acuerdos con las agencias de viajes (Iberia, Air Europa y Spanair), que igualmente el TDC consideró infracciones de la LDC.

En ambos casos, como decimos, la parte recurrente ha actuado con plena independencia y debe, por tanto, asumir la responsabilidad de sus actos. Participó libremente en la constitución de la CAAVE, el 7 de octubre de 2000, junto con otras organizaciones y asociaciones, y decidió por si misma transferir a la CAAVE las decisiones sobre las relaciones con los grandes proveedores de servicios, como son las compañías aéreas, lo que supuso una renuncia a negociar de forma individual con esas compañías. Y a su vez, como miembro de CAAVE, asumió e hizo suyos los acuerdos con las compañías aéreas en los que ha apreciado el TDC la infracción de las normas de la competencia.

El TDC ha impuesto sanciones por estos hechos, al considerarlos contrarios a la competencia. Así por la constitución de la CAAVE impuso una multa de 1.000.000 de euros a las Asociaciones y Organizaciones intervinientes, que distribuyó entre los responsables en a su importancia, e igualmente el TDC impuso sanciones por los Acuerdos de CAAVE con Iberia (2.000.000 euros), Air Europa (300.000 euros) y Spanair (300.000 euros), si bien al declarar en los hechos probados que CAAVE carece de personalidad jurídica, ha sancionado a las Asociaciones y Federaciones integrantes de CAAVE, que son en último término quienes propiciaron los acuerdos y los hicieron suyos.

QUINTO.- Se refiere la parte actora a la prescripción de la infracción por los actos de constitución de la CAAVE, sancionada con 1.000.000 de euros, porque tal infracción se entiende cometida el 7 de noviembre de 2000, y hasta el 28 de julio de 2005 no se

notificó el Pliego de Concreción de Hechos, por lo que ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción de las infracciones.

El plazo de prescripción de las infracciones descritas por la LDC es de 4 años, de acuerdo con el artículo 12.1 de dicho texto legal. Añade el artículo 12.2 LDC que la prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal o del Servicio de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción

Es un hecho acreditado en el expediente administrativo y admitido por la propia parte recurrente que la CAAVE se constituyó en Madrid, el siete de noviembre del 2000 y de esa fecha es su Reglamento de Régimen interior cuyo artículo 2 recoge el acuerdo de transferencia de decisiones.

Así las cosas, no puede apreciarse la prescripción de la infracción porque el plazo de 4 años no llegó a completarse, ya que el 23 de septiembre de 2004 la Directora General de Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la denuncia presentada por la Unión de Consumidores de España y la incoación del expediente sancionador.

La interrupción de la prescripción se produce no por el Pliego de Concreción de Hechos, como entiende la parte recurrente, sino por la incoación del procedimiento sancionador, como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de abril de 2006 (recurso 4699/2003) y 14 de febrero de 2007 (recurso 17/2005).

Además, y a mayor abundamiento, la práctica prohibida no consistió únicamente en el mero acuerdo de constitución de la CAAVE, ni este es un acto que se agote en dicha fecha, sino que la infracción consistió también en el mantenimiento y la ejecución continuada durante los años sucesivos de tal acuerdo, por lo que no se había completado el plazo de 4 años de prescripción aunque se tome como fecha de interrupción la de 28 de julio de 2005, de notificación del Pliego de Concreción de Hechos.

SEXTO.- La recurrente alega que los principios básicos de derecho penal son de aplicación en el derecho administrativo sancionador, y considera que en el presente caso se han infringido los principios de prohibición de aplicación de la analogía, de imputabilidad y de individualización de la sanción, así como la inexistencia de acuerdo colusorio y falta de prueba en el expediente.

Tales cuestiones han sido examinadas por las sentencias de la Sala sobre la misma resolución del TDC que antes hemos citado, en particular, por la SAN de 10 de diciembre de 2008 , a la que ahora nos remitiremos. No obstante, debe decirse que la Sala no comparte el argumento de la recurrente sobre la existencia de un reconocimiento en la Resolución impugnada acerca de su no participación en los hechos. Tal falta de participación se limitaría, según la recurrente, a la infracción apreciada en los acuerdos de CAAVE con las Compañías aéreas, pero la Resolución impugnada no reconoce la falta de participación de la recurrente, sino que afirma (FJ 6) que FEEAV no participó "...directamente..." en los hechos, esto es, en los acuerdos con las Compañías aéreas, aunque sí participó CAAVE, que la representaba, "...actuando esta entidad de forma colectiva y habiendo dado lugar a actuaciones contrarias a la competencia...".

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.

SÉPTIMO.- En relación con las sanciones, alega la parte recurrente que la Resolución impugnada no respeta el límite máximo cuantitativo establecido por el artículo 10 LDC y la infracción del principio de proporcionalidad por no apreciar circunstancias atenuantes de la responsabilidad de la recurrente.

Las sanciones impuestas a la recurrente fueron las siguientes:

- Por la constitución de CAAVE: 461.539 euros.

- Por el acuerdo con Iberia en relación a los cargos por emisión: 923.077 euros.

- Por los acuerdos con Air Europa en relación a los cargos por emisión y su fijación al nivel de los de Iberia: 138.463 euros.

- Por los acuerdos con Spanair en relación a los cargos por emisión y su fijación al nivel de los de Iberia 138.463 euros.

El artículo 10 de la LDC establece que el TDC podrá imponer por infracciones de la LDC multas hasta 901.518,16 euros (150 millones de pesetas), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución de tribunal.

En los casos precedentes que hemos enjuiciado, y por lo que se refiere a la cuestión del límite máximo de las multas, hemos indicado que las sanciones no sobrepasan el límite máximo permitido por la LDC, si tomamos como referencia el 10% del volumen de ventas. Así lo dijimos expresamente en la sentencia de 4 de febrero de 2008, en el que se examinaba la multa de 2.000.000 euros impuesta a

Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A.

También en la sentencia de 10 de diciembre de 2008 declaramos conforme a derecho las multas impuestas a la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE), por importe total de 1.476.923 euros, muy cercanas cuantitativamente por tanto a las impuestas a la empresa recurrente, debiendo indicar que tales multas quedan por debajo del límite del 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio anterior, que estimamos de aplicación en el caso de las asociaciones de agencias de viajes, porque el artículo 10.1 LDC, que prevé el incremento de las sanciones hasta el 10 por ciento del volumen de ventas, no efectúa ninguna excepción, sino al contrario, establece expresamente dicho incremento en las multas que se impongan a "...a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas..."

Así, el Tribunal Supremo ha admitido, en sentencia de 24 de octubre de 2006 (recurso de casación 818/2004), que opera el límite del 10% del volumen de ventas en el caso de Mundosocial, que es una Agrupación de empresas de interés económico.

Por otro lado, tenemos también en cuenta en esta sentencia el precedente de la SAN de 10 de diciembre de 2008, ya citada, que confirmó las sanciones impuestas a AEDAVE, cuya participación en los hechos fue ponderada por el TDC de forma similar a la de la recurrente, atendiendo al criterio de su semejante influencia por razón del número de representantes en la CAAVE. En la referida SAN confirmamos las multas a AEDAVE por un importe total de (1.476.923) euros, muy cercanas por tanto a las multas impuestas a la recurrente por importe total 1.661.542 euros, viniendo determinada la diferencia por el ligero mayor número de representantes de esta última en el órgano de gobierno - denominado Comité Conjunto- de la CAAVE, según el artículo 4.1 de su Reglamento Interior (18 representantes de la recurrente FEEAV, 16 representantes de AEDAVE, más otros 5 representantes de otras cinco asociaciones)

Con tales antecedentes, consideramos que es conforme a derecho la imposición de las sanciones, en atención a la ponderación de las circunstancias de la importancia de la infracción descritas en el artículo 10.2 LDC, particularmente la modalidad de la restricción de la competencia, que es un acuerdo de fijación de precios, la dimensión del mercado afectado, que comprende todo el territorio nacional y la cuota de mercado de la recurrente, que junto con AEDAVE reúne como hemos visto 34 de los 39 representantes (87%) en el Comité Conjunto de la CAAVE.

De otro lado, las circunstancias de modulación de la sanción a los que se refiere la recurrente, no son ninguna de las descritas en el artículo 10.2 LDC y en criterio de la Sala no aportan elementos relevantes de atenuación de la responsabilidad.

OCTAVO.- 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 Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia

Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la FEDERACION ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE AGENCIAS DE VIAJES (FEAAV), contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de julio de 2006, que declaramos conforme a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-