

RESOLUCIÓN (Expte. 476/99, Agencias de Viaje)

Pleno

Excmos. Sres.:

Huerta Trolèz, Presidente en funciones
Hernández Delgado, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 25 de octubre del año 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Vocal Ponente D. José Juan Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 476/99 (1799/98 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio) incoado de oficio -a la vista del informe anual de 1995 del Tribunal de Cuentas en lo que se refiere al "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad, durante la temporada 1995/96" del Instituto Nacional de Servicios Sociales-, contra Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial A.I.E., por la supuesta realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en la concertación mediante la presentación de cuatro ofertas idénticas al concurso después de haber constituido una Agrupación de Interés Económico con posición de dominio que impedía la participación de otros eventuales licitadores; así como, también de oficio, contra Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonslit Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviaxes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A., Viajes Valdés, Viajes Lllamar y Viajar, y Viajes Travelcar por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la LDC consistentes en haber suscrito contratos con Mundosocial A.I.E. que contienen una cláusula de prohibición de competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Este expediente se incoa de oficio por el Servicio, por Providencia de fecha 12 de mayo de 1998, tras recibir el acuerdo del Pleno del Tribunal

de Cuentas de darle traslado de los hechos descritos en el Informe Anual de 1995 relativos a la contratación del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/96", programa gestionado por el entonces Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) y actual Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), de los cuales se desprende la existencia de posibles prácticas prohibidas por la LDC.

El acuerdo de incoación se llevó a cabo contra Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial A.I.E., así como con cualquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 y 6 de la LDC consistentes en la concertación mediante la presentación de cuatro ofertas idénticas, hasta en múltiples detalles, al concurso para la ejecución del programa de vacaciones anteriormente indicado, así como constituir con anterioridad una Agrupación de Interés Económico entre ellas que había contratado los servicios necesarios con los diferentes prestadores de servicios en el sector turístico, obteniendo una posición de dominio que impedía incluso la participación de otros eventuales licitadores. En dicha Providencia se nombró Instructora y Secretaria del expediente ordenando dar traslado de la misma a las partes interesadas e informando al Tribunal de Cuentas.

2. Por Providencia de fecha también 12 de mayo de 1998, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.4 de la LDC y con el fin de conocer la opinión de posibles interesados, se formuló nota extracto a efectos del trámite de información pública. El aviso fue publicado en el BOE núm. 127 de fecha 28 de mayo de 1998.
3. Conforme a lo dispuesto en el artículo 36.3 de la LDC se notificó el Acuerdo de incoación de expediente a las partes interesadas indicando además que podían tomar vista del expediente, conforme al art. 35 a) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como aportar los documentos y proponer las pruebas que, siendo pertinentes y admisibles, consideraran adecuadas para mejor defensa de sus intereses. Tanto Mundosocial A.I.E. como Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L., Viajes Halcón, S.A. y Viajes Marsans hicieron uso de tales derechos tomando vista del expediente y formulando las alegaciones que consideraron oportunas.
4. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 de la LDC, con fecha 23 de junio de 1998 se solicitó información y diversa documentación al

Director General del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. Tal requerimiento fue contestado con fecha 7 de julio de 1998 aportando documentación de Halcón Viajes (fol. 1515-2475), Viajes Iberia (fol. 2476-3478), Viajes Barceló (fol. 3479-4442) y modelo de proposición económica para Viajes Halcón, Barceló e Iberia (fol. 4443-4451). También se recibieron, el 29 de junio de 1998, los documentos solicitados al Tribunal de Cuentas relativos al "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/96" (fol. 170-516). Asimismo, con fecha 6 de julio de 1.998, tuvo entrada en el Servicio un escrito del Secretario General del Tribunal de Cuentas, adjuntando más documentación solicitada inventariada en un índice pormenorizado (folios 520-525). En los anejos figuran: 1) el expediente de contratación del programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996 (folios 526/1270). 2) Escritos remitidos por el Tribunal de Cuentas requiriendo al IMSERSO el envío de documentación e información complementarias y contestaciones remitidas por el IMSERSO (fol. 1271-1463). 3) Documentación relativa a la elaboración por el Tribunal de Cuentas del Informe Anual correspondiente a 1995, en lo que afecta al análisis de los contratos celebrados por el IMSERSO (fol. 1464-1503).

5. Por Providencia de 9 de julio de 1998 se solicitó también diversa información a Viajes Halcón, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Viajes Marsans, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 de la LDC.
6. El 14 de julio de 1998 el Director del Servicio dictó Providencia complementaria de la de 12 de mayo de 1998, en la que, como consecuencia del requerimiento de información practicada en que se pudo conocer la existencia de contratos suscritos entre Mundosocial AIE y diversas empresas que contenían una cláusula de prohibición de competencia, se acordó la incoación de oficio de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 y 6 de la LDC. Las actuaciones se entendían, además de con las cuatro empresas licitadoras del programa, con Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonslit Travel, Viajes 2.000, S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviaxes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso, S.A., Viajes Sidetours, S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A., Viajes Valdés, Viajes Lllamar y Viajar y Viajes Travelcar, así como con cualquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados. De dicha Providencia, además de notificarse a los interesados, se dió cuenta al Tribunal de Cuentas.

7. Además de la documentación que los interesados fueron aportando al expediente, por Providencias de fechas 4 de agosto de 1998, 9 de septiembre de 1998, 14 de septiembre de 1998, 16 de septiembre de 1998, 24 de septiembre de 1998, 5 de octubre de 1998 y 21 de octubre de 1998, se solicitó diversa información que también se incorporó al expediente.
8. El 25 de enero de 1999 el Servicio formuló el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos (folios 7780 a 7803) en el que, con respecto al mercado relevante, se consideraba lo siguiente:

"III. EL MERCADO.

1.- Definición del mercado relevante del producto.

El mercado relevante del producto es la prestación de servicios para la ejecución de Programas subvencionados de Turismo en temporada baja. Por tratarse de Programas subvencionados, en este caso por el INSERSO, los operadores económicos oferentes de los servicios, en este caso las Agencias de Viajes, deben presentarse al Concurso Público convocado para la asignación de los Contratos de Asistencia Técnica para la ejecución del Programa y, por tanto, cumplir los requerimientos exigidos tanto en el Pliego de Cláusulas Administrativas (ej. clasificación para concursar, la documentación técnica exigida, etc), como en el Pliego de Prescripciones Técnicas (red comercial de agencias a nivel nacional, software para las reservas, etc). En segundo lugar, las Agencias de Viajes deben resultar adjudicatarias de dicho Concurso.

Además, para el desarrollo y ejecución del Programa por la Agencia de Viajes que haya resultado adjudicataria del Concurso Público convocado para la asignación de Contratos de Asistencia Técnica, es preciso que se haya asegurado de la obtención del suministro adecuado de los servicios necesarios, que funcionan como factores de la producción, tales como Agencias de Viajes comercializadoras, Hoteles, Medios de transporte.

Los factores necesarios para que se puedan ofrecer los programas turísticos relevantes coinciden en parte con los factores necesarios para otros tipos de programas turísticos, pero las condiciones de contratación varían sustancialmente puesto que los programas subvencionados son objeto de un concurso o subasta, de modo que

los operadores que concurren en condiciones normales no deberían poder estar seguros de ser adjudicatarios y por tanto, no pueden suscribir contratos firmes de adquisición de servicios, sino, como máximo, una obligación de compra en el caso de resultar ganadores del concurso.

Aunque el servicio prestado sea la ejecución y desarrollo del Programa de Vacaciones, el hecho de que dicho Programa sea subvencionado a nivel nacional y para el conjunto de personas de la Tercera Edad, hace que la oferta de algunos factores (especialmente agencias de viajes comercializadoras) se encuentre atomizada y por ello las barreras de entrada para nuevos oferentes son muy elevadas, puesto que la mayoría de la Agencias de Viajes no pueden ser licitadores al Concurso, por el elevado coste de preparación de ofertas, así como las rigurosas exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas, consistentes en hallarse dotados de una amplia red comercial de agencias a nivel nacional y de un software informático específico para el desarrollo de dicho Programa para cada una de las agencias de la red. Finalmente, como barrera de entrada hay que señalar también que la Mesa de Contratación prioriza la experiencia probada en la ejecución de dichos Contratos en otros concursos. Por tanto, la relación durante el desarrollo del programa fideliza la elección del anterior ganador.

La prestación de servicios de Turismo subvencionados en temporada baja tiene ciertas especificidades en cuanto al precio, público objetivo al que van dirigidos (ancianos, estudiantes, etc), elasticidades de la demanda respecto al precio, etc, que lo convierten en un mercado claramente diferenciado de los servicios de Turismo de temporada alta, que suponen una oferta más amplia en cuanto a itinerarios, servicios de más alta calidad, precio, etc. Además, la demanda de dichos Programas, por ser subvencionados, es mucho mayor que la oferta, siendo nulo el coste derivado del riesgo asumido por los adjudicatarios en cuanto a la ocupación de plazas.

2.- Definición del mercado geográfico.

El mercado geográfico de referencia es el territorio nacional por diversos motivos. En primer lugar, los lugares de destino de los viajes subvencionados por el Programa (Península, Baleares y Canarias) se encuentran ubicados en España.

En segundo lugar, es muy importante señalar que la cobertura del Programa es nacional, dado que el propio Pliego de Prescripciones Técnicas exige que se tenga al menos un punto de venta en cada capital de provincia, un punto de venta en cada población de más de 40.000 habitantes, un punto de venta por cada 200.000 habitantes o fracción, etc. Todos estos requerimientos técnicos del Pliego suponen que no todas las Agencias puedan ni siquiera licitar al concurso ya que la cobertura nacional del programa y dicho mercado geográfico requiere una cierta red comercial de oficinas y puntos de venta, que no todas las empresas poseen.

En tercer lugar, hay que tener en cuenta que determinadas plazas se destinan a usuarios residentes en el extranjero. En el concurso correspondiente a la temporada 1995/96 la asignación de plazas para usuarios residentes en el extranjero fue la siguiente:

<i>Países Iberoamericanos</i>	<i>3.800 plazas</i>	<i>1,06 %</i>
<i>Australia</i>	<i>100 plazas</i>	<i>0,03 %</i>
<i>Norte de Africa</i>	<i>100 plazas</i>	<i>0,03 %</i>
<i>Antigua Unión Soviética</i>	<i>200 plazas</i>	<i>0,06 %</i>
<i>Europa</i>	<i>7.100 plazas</i>	<i>1,97 %</i>

No obstante, dado que el número de plazas destinadas a usuarios extranjeros supone un 3,14% sobre el total de plazas ofertadas, el mercado geográfico es básicamente el territorio nacional, aunque haya afectación a los países en que residen los usuarios extranjeros, sobre todo en aquellos en que se permite la comercialización a dichos usuarios.

Por tanto, el mercado geográfico relevante y del producto es el mercado de prestación de servicios para la ejecución de Programas subvencionados de Turismo en temporada baja en el territorio nacional, con procedencia en cualquier punto del territorio nacional (97%) o en países europeos (1,97%) y excepcionalmente Rusia (0,06%), Iberoamérica (1,06%), Australia (0,03%) y Africa (0,03%).

En dicho Pliego y respecto a la expugnabilidad del mercado se decía:

"Mundosocial, A.I.E, Viajes Halcón, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Marsans, a través de los distintos acuerdos, se comprometen

a actuar conjuntamente en el mercado relevante definido. Mundosocial, A.I.E. ostenta la posición de dominio en la contratación de los servicios precisos para la ejecución del programa y, con el pacto suscrito entre sus miembros (Viajes Halcón, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Marsans) podrían haber abusado colectivamente de dicha posición de dominio mediante la progresiva expulsión de otras posibles licitadoras del mercado de oferta y prestación del Programa subvencionado de Turismo en temporada baja.

El lazo de unión por el cual las cuatro Agencias se comprometen a actuar conjuntamente es que en las ofertas relativas al Concurso nº 19/95, correspondiente a la temporada 1995/96, presentadas por las cuatro empresas licitadoras: Viajes Halcón (folios 1662-1665), Viajes Iberia (folios 2650-2653), Viajes Barceló (folios 3615-3618) y Viajes Marsans (folios 4503-4506); cada una de ellas se compromete a, en caso de ser adjudicataria de todos o parte de los lotes, ejecutar el programa conjuntamente y en exclusiva con las otras tres Agencias, en los siguientes términos:

“Por todo ello esta Empresa, en caso de ser adjudicataria de todos o parte de los lotes, y consciente de la importancia que una unión de fuerzas empresariales tendría para el Programa Vacaciones Tercera Edad, se compromete a ejecutar el programa conjuntamente y en exclusiva con las Empresas ...”
(Las otras tres licitadoras).

“Con este acuerdo, además de aunar esfuerzos en la ejecución del Programa en beneficio del usuario, se consigue por primera vez y con esta sola finalidad, la unificación de empresas líderes en el mercado turístico español que, junto con sus empresas participadas, se engloban en la totalidad de los sectores .”

Al analizar los volúmenes de facturación a finales de 1994 se observa que efectivamente las cuatro imputadas y Mundosocial conjuntamente tienen un gran poder de mercado, dado que, junto con sus empresas participadas (ver apartado II. relativo a empresas), englobadas en los distintos sectores suministradores de los factores (agencias de comercialización, autobuses, aviones, hoteles, etc), alcanzan un volumen de facturación de en torno a los 365.000 millones de pesetas.

La vinculación en exclusiva a través de Mundosocial, A.I.E., a las

empresas que suministran los servicios, que funcionan como factores de producción, supone el cierre a otros eventuales licitadores de las posibilidades de suscribir con los terceros prestadores de servicios contratos de adquisición de servicios sujetos a la condición de resultar adjudicataria. Además, Mundosocial, A.I.E. suscribe contratos en los que sus competidores potenciales -como Viajes Ecuador, Carlson Wagonlit Travel, Viajes 2000, Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso, Viajes Sidetours, Viajes Lamia Tours, Viajes Tep, Viajes Valdés- se obligan a no presentarse al Concurso.

Por tanto, el poder de mercado está asegurado: en primer lugar, por la propia cuota que ostentan las cuatro Agencias y sus empresas participadas, tanto en el mercado de prestación del servicio como en el mercado de los factores; en segundo lugar, por el compromiso conjunto de las cuatro Agencias y Mundosocial, A.I.E. de ejecución del Programa sea quien sea el adjudicatario; y, en tercer lugar, por la vinculación en exclusiva tanto a los suministradores de servicios, como la exigencia de prohibición de concurrencia a otros potenciales competidores.

En el mercado relevante, apenas quedan operadores económicos libres con capacidad de competir, puesto que la mayoría de Agencias de Viajes con posibilidad de presentar ofertas han quedado vinculadas a Mundosocial, A.I.E. mediante la obligación de no concurrencia. Tan sólo podrían competir las siguientes Agencias: Viajes Soltur, con una cuota de mercado de en torno a 8,9%, Juliatours, con aproximadamente 3,4%, Politours, con 3,2% y Circuitos a Fondo, con 3,4%. También queda libre Viajes El Corte Inglés, con una cuota de un 36,5%, pero se trata de un operador que se dedica a segmentos del mercado de producto de precio y calidad superiores.

La posición de dominio conjunta existe e incluso se ha visto reforzada por la adjudicación continuada en los diferentes concursos, dado que, como ha quedado expuesto en los hechos acreditados, desde el ejercicio 1991/92 hasta el ejercicio 1997/98 han resultado adjudicatarias del "Programa de Vacaciones de la Tercera Edad", Viajes Halcón, Viajes Iberia y Viajes Barceló, y la ejecución de dicho Programa ha sido llevada a cabo por las adjudicatarias y Viajes Marsans, bien directamente o a través de Mundosocial, A.I.E. También ha quedado acreditado que, desde el

ejercicio 1991/92 hasta el ejercicio 1994/95, se presentaron como licitadores Viajes Cemo, y la U.T.E. formada por Viajes Olimpia y Viajes Tep, que progresivamente han sido expulsados del mercado y han decaído como oferentes en los siguientes concursos.

Finalmente, hay que señalar que en un mercado con importantes barreras de entrada y de salida, y por tanto bastante inexpugnable, la constitución de una posición de dominio conjunta de las cuatro Agencias y Mundosocial, A.I.E. es difícil de combatir por otros operadores, dado que en un medio-largo plazo ninguna agencia ni grupo de agencias alternativas tendrá posibilidades de éxito, fundamentalmente porque el sistema de reservas, estructura y desarrollo del programa está muy consolidado y la consecución de una oferta alternativa y competitiva está mediatizada por las anteriores adjudicaciones."

Con todo ello se concluía con la siguiente valoración jurídica:

"Los hechos acreditados y anteriormente expuestos podrían constituir diversas infracciones de la LDC:

Cargo Primero.

*La absoluta identidad de las ofertas presentadas por Viajes Halcón, Viajes Barceló, Viajes Iberia y Viajes Marsans al Concurso público nº 19/95, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del **"Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996"**, programa gestionado por el INSERSO, podría constituir prueba de la existencia de acuerdo restrictivo de la competencia, prohibido por el artículo 1.1.a) de la LDC.*

De esta conducta se consideran responsables a: Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A.y Viajes Barceló, S.L.

Cargo Segundo.

Los hechos acreditados ponen de manifiesto que cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación, es decir, aunque se hubiera adjudicado a una sola de las cuatro empresas licitadoras, a dos, a tres o a las cuatro, la interposición de la A.I.E.y los pactos entre ellas garantizaban que las cuatro empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultaran o no adjudicatarias del

concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de contratación con la fórmula elegida para concurrir a la licitación, que quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la A.I.E y habían pactado la ejecución conjunta del programa.

El conjunto de hechos descritos podría ser constitutivo de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1.c) de la LDC. Se consideran responsables de dicha infracción a: Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L y Mundosocial, A.I.E.

Cargo Tercero.

La suscripción por parte de Mundosocial, A.I.E. de contratos con Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonslit Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviaxes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A., Viajes Valdés, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a ayudar, colaborar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa; podría constituir una práctica concertada que tiene por objeto y produce el efecto de restringir la competencia, prohibida por el artículo 1.1 a) y b) de la LDC.

Se consideran responsables de dicho cargo a: Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonslit Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviaxes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A., Viajes Valdés y Mundosocial, A.I.E.

Cargo Cuarto.

Dado que Mundosocial, A.I.E y las cuatro Agencias licitadoras del programa, ostentan una posición de dominio conjunta, la conducta descrita en el cargo anterior podría haber producido una expulsión del mercado de potenciales competidores, ya que desde la temporada 1995/96 hasta la fecha, ninguna otra empresa, ni UTE, ni AIE intentó concursar a dichos Programas.

Esta conducta podría constituir un abuso de posición de dominio, prohibido por el artículo 6.2. b) y e) de la LDC, de la que se consideran responsables a: Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L y Mundosocial, A.I.E.

Cargo Quinto.

Dada la posición de dominio conjunta que ostentan Viajes Halcón, Viajes Marsans, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Mundosocial, A.I.E. en el mercado de prestación de Programas subvencionados de Turismo en temporada baja en el territorio nacional, el compromiso de las cuatro Agencias de que, en caso de ser adjudicataria de todos o parte de los lotes, ejecutarán el programa conjuntamente, bien de forma directa o indirecta a través de Mundosocial, A.I.E., podría constituir un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6.2.d) de la LDC, consistente en el reparto del mercado entre las cuatro Agencias, cualquiera que sea la resolución del concurso.

Son responsables de dicha conducta: Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial, A.I.E."

9. En distintas fechas posteriores los interesados presentaron las alegaciones al Pliego que consideraron conveniente.
10. Se recibió por el Servicio también escrito de Mundosocial de fecha 21 de junio de 1999 donde, junto a otras alegaciones, se solicitaba la finalización del procedimiento administrativo. En escrito recibido en el Servicio el 22 de julio de 1999 se reiteraba la finalización del procedimiento apelando a su terminación convencional.
11. En escrito fechado el 28 de julio de 1999 se contesta razonadamente por el Servicio a la solicitud de terminación convencional del expediente indicando, entre otras consideraciones, que el procedimiento sancionador de defensa de la competencia es un procedimiento especial, perfectamente establecido y regulado en todos sus términos en la LDC sin que en la misma se estableciera entonces la terminación convencional durante la tramitación del expediente.
12. Por Providencia de fecha 1 de octubre de 1999 se acuerda dar por finalizadas las actuaciones y, posteriormente, con fecha 4 de noviembre de 1999 se redacta el preceptivo Informe, cuya Propuesta que el Servicio

realizó al Tribunal se transcribe a continuación:

"X.- PROPUESTA.

Vista la valoración jurídica de los hechos, la propuesta que realiza el Servicio al Tribunal es la siguiente:

Primero.- *Que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A.y Viajes Barceló, S.L., consistente en la absoluta identidad de las ofertas presentadas por dichas empresas al Concurso público nº 19/95, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996", programa gestionado por el INSERSO.*

Segundo.- *Que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 1.1.c) de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L y Mundosocial, A.I.E., consistente en que cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación, es decir, aunque se hubiera adjudicado a una sola de las cuatro empresas licitadoras, a dos, a tres o a las cuatro, la interposición de la A.I.E.y los pactos entre ellas garantizaban que las cuatro empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultaran o no adjudicatarias del concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de contratación con la fórmula elegida para concurrir a la licitación, que quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la A.I.E y habían pactado la ejecución conjunta del programa.*

Tercero.- *Que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 1.1 a) y b) de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonslit Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviaxes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A., Viajes Valdés y Mundosocial, A.I.E., consistente en la suscripción de contratos entre Mundosocial y cada una de las Agencias mencionadas, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a ayudar, colaborar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa.*

Cuarto. - Que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 6.2. b) y e) de la Ley de Defensa de la Competencia contra Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L y Mundosocial, A.I.E., por abuso de posición de dominio conjunta consistente en la conducta descrita en el cargo anterior y que ha tenido como resultado la expulsión del mercado de potenciales competidores, ya que desde la temporada 1995/96 hasta la fecha, ninguna otra empresa, ni UTE, ni AIE intentó concursar a dichos Programas.

Quinto. - Que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 6.2.d) de la Ley de Defensa de la Competencia contra Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial, A.I.E., por abuso de posición de dominio conjunta consistente en el compromiso de las cuatro Agencias de que, en caso de ser adjudicataria de todos o parte de los lotes, ejecutarán el programa conjuntamente, bien de forma directa o indirecta a través de Mundosocial, A.I.E., con el resultado de repartirse el mercado entre las cuatro Agencias, cualquiera que sea la resolución del concurso.

Sexto. - Que se intime a los imputados a que se abstengan en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes, y corrijan el sistema de presentación de ofertas, de subcontratación del desarrollo del programa y de obtención de los factores necesarios para la ejecución del programa.

Séptimo. - Que se imponga la correspondiente sanción económica, teniéndose en cuenta lo señalado en el punto 7º de la Valoración Jurídica.

Octavo. - Que se ordene a Mundosocial, A.I.E. y a sus socios la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte en el BOE y un diario de información general editado en Madrid que tenga difusión en todo el territorio nacional.

Noveno. - Que el Tribunal interese al Servicio para que en lo sucesivo vigile la evolución del mercado de prestación de servicios para la ejecución de Programas subvencionados de turismo en temporada baja.

Décimo. - Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 46 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia."

13. Recibido el expediente en el Tribunal el 8 de noviembre de 1999, mediante Providencia del día 22 de dicho mes y año, se acordó, según lo establecido en el artículo 39 LDC, admitir a trámite el expediente, nombrar

Ponente al Vocal D. José Juan Franch Menéu y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1 LDC, ponerlo de manifiesto a los interesados para que pudieran solicitar la celebración de Vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.

14. En dicho trámite de alegaciones y proposición de pruebas, varios de los interesados pidieron que se acordara la terminación convencional del expediente o subsidiariamente, que se declarase concluso el expediente procediéndose a su archivo.

A su vez solicitaron numerosas pruebas Viajes Marsans, S.A., Viajes 2000, Viajes Valdés, S.L., Viajes Sidetours, S.A., Viajes Wagonslit, S.A., Viajes Ecuador, S.A., Mundosocial, A.I.E., Viajes Barceló, S.L., Viajes Halcón, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviaxes, Viajes Cavaltour y Viajes Tep.

En cuanto a la celebración de Vista, prácticamente todos los imputados la pidieron, alguno de forma encarecida considerándola esencial para preservar sus derechos de defensa.

15. En el Auto sobre Prueba, Vista y terminación convencional de fecha 21 de marzo de 2000, el Pleno, en el Fundamento de Derecho Primero, denegó la terminación convencional y el sobreseimiento del expediente. Asimismo aceptó la gran mayoría de las numerosas pruebas solicitadas dando plazo para aportar las que aún no obraban en el expediente y acordó la celebración de Vista. Sólo se denegaron fundadamente algunas de las solicitadas.
16. Por Providencia de fecha 25 de abril de 2000 y vista la repentina enfermedad del Ponente D. José Juan Franch Menéu, a fin de no paralizar la tramitación del expediente y evitar molestias a los interesados, se procedió a la sustitución provisional de Ponente para la realización de la prueba de confesión del representante legal y administrador único de Mundosocial A.I.E. en la persona de la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, así como las pruebas testificales de los Sres. Hernández Puértolas, Benasar y Pascual en la persona del Vicepresidente D. Francisco Javier Huerta Trolèz.
17. Una vez practicadas las pruebas admitidas en el Auto de 21 de marzo de 2000 y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40.3 de la LDC, por Providencia de fecha 15 de junio de 2000, se puso de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba a fin de que en el plazo de diez días alegaran cuanto estimen conveniente acerca de su

alcance e importancia. También se fijó el jueves 14 de septiembre de 2000 a las 10 horas para la celebración de Vista en la sede del Tribunal.

18. Las imputadas, tanto en los escritos de alegaciones y de valoración de pruebas, como en la Vista celebrada en la fecha prevista, alegaron en síntesis, haciendo suyos cada una los argumentos de las demás, lo siguiente:

- 18.1 Se adhieren a la conclusiones que se extraen del "Estudio sobre las condiciones del mercado en 1995 en el sector turístico nacional y comunitario" elaborado por Pricewaterhousecoopers, fundamentalmente en lo referido a los siguientes puntos:

"a) La delimitación del mercado que haya de tenerse por relevante, tanto por el producto como por su ámbito geográfico; en clara contravención con la delimitación que del mismo efectúa el Servicio de Defensa de la Competencia: "La prestación de servicios para la ejecución de programas subvencionados de turismo en temporada baja".

Tal delimitación es extraordinariamente restrictiva y no se adecua al mercado real afectado, ello es, a nuestro entender, tanto la organización como la comercialización de paquetes turísticos estén éstos subvencionados o no.

b) La inexistencia de posición dominante por parte de Mundosocial y de las entidades que integran la Agrupación y, mucho menos aún por parte de Viajes Barceló, S.L. individualmente considerada.

Dentro del mercado de producto afectado y según se desprende del informe antes citado y al que nos remitimos, la cuota de mercado conjunta de los cuatro socios de Mundosocial, en la fecha en la que se convocó el Concurso 19/95, alcanzaba únicamente el 22,1% del mercado, siendo la participación de Viajes Barceló, S.L. de un 6,1%; en consecuencia: existiendo otros operadores con una cuota superior no cabe hablar de que Mundosocial ni las empresas que lo integran, hayan ostentado una posición de dominio conjunta en el mercado relevante".

Respecto al supuesto acuerdo restrictivo de la competencia prohibido por el artículo 1.1º de la LDC alega que *"La presentación de ofertas idénticas por parte de los cuatro socios de Mundosocial encuentra su justificación en el Acuerdo de fecha 25 de Mayo de*

1992 en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que denegó a MUNDOSOCIAL la clasificación necesaria para poder presentarse al concurso, por los motivos que en el mismo se exponen. Pero, por otra parte, en el mismo Acuerdo denegatorio establece que los integrantes de MUNDOSOCIAL podían concurrir de forma agrupada al Concurso, al gozar todas y cada una de ellas de la clasificación requerida.

Además, la posibilidad de subcontratar se contempla expresamente en el Pliego de Cláusulas Particulares y, en el caso, la subcontratación de la ejecución del Programa a la A.I.E. fue autorizada por el IMSERSO, si bien manteniendo, ajustadamente a lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; la responsabilidad total de la ejecución de los servicios contratados por parte de una de las empresas adjudicatarias.

"Modus Operandi" conocido y aceptado por parte de la Administración, reiterado durante seis años consecutivos, sin que en momento alguno haya sido objetado ese modo de proceder habida cuenta de sus satisfactorios resultados".

Respecto a la ejecución conjunta del programa a través de Mundosocial A.I.E. como posible conducta prohibida por el artículo 1.1 c) de la LDC se alega que "dicha actuación conjunta fue autorizada por la propia Administración y que la misma se adecua a las exigencias contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas por los que había de regirse la contratación que, entre otras, exigía a los adjudicatarios disponer una amplísima red de comercialización y, además, de un sistema informático centralizado.

Ni VIAJES BARCELO, S.L. ni ninguno de los socios de MUNDOSOCIAL, individualmente ni agrupados, cumplen con la red de comercialización exigida.

Además, al adjudicarse cada uno de los tres lotes que configuraban el programa a tres empresas distintas, la comercialización por separado habría supuesto la creación de tres redes paralelas para la venta de los viajes, con el consiguiente incremento de costes y notoria incomodidad para el usuario quien se habría visto obligado a deambular de una agencia a otra en función del destino elegido. Mientras que la unificación en una sola red de comercialización garantiza, en beneficio del consumidor, la venta de los tres lotes en

todas las agencias de todo el territorio nacional".

En lo que se refiere a la posible práctica prohibida por el artículo 1.1.a) y b) de la LDC por la suscripción por parte de Mundosocial A.I.E. de contratos con otras agencias de viajes y su posterior cesión a los socios de Mundosocial que se imputa entre otras entidades a Viajes Valdés, S.L. y a Viajes Interopa, S.A. se alega que "Dichos contratos, suscritos por MUNDOSOCIAL y cedidos a sus socios con anterioridad a la adjudicación del programa pasando a formar parte de sus respectivas candidaturas; responden, conforme ya se ha expuesto en el antecedente, a crear la red de comercialización exigida".

A tenor de lo establecido en los Pliegos de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas de aplicación, ese Plan de Comercialización debía de contener la especificación de los puntos de venta así como la relación de los hoteles que participarían en el Programa, y ello debía de explicitarse en las candidaturas lo que obligaba a las licitadoras a suscribir los contratos con las agencias y con los hoteles antes de que se procediera a la adjudicación del concurso".

Otra alegación presentada se refiere al hecho según el cual "El Servicio delimita de forma restrictiva lo que es el mercado de producto relevante y lo circunscribe a la "prestación de servicios para la ejecución de Programas subvencionados de turismo en temporada baja", producto que, a nuestro entender, habría de hacerse extensivo a programas vacacionales para la tercera edad, jóvenes y otros de carácter social organizados y financiados por distintos operadores públicos y/o privados (Ayuntamientos, CC.AA., Cajas de Ahorros, ONCE, ...). Programas que son perfectamente incardinables dentro del mercado afectado.

Además, habría de extenderse el ámbito geográfico del Mercado considerado más allá del territorio nacional dado que, conforme a los Pliegos que rigen el concurso, podían presentar sus candidaturas agencias de viajes extranjeras".

Alega por último la inexistencia de posición dominante ya que "el hecho de la ejecución conjunta del programa no responde a un "reparto del mercado entre las cuatro Agencias" -como alega el S.D.C.- en detrimento de otros competidores, sino a la puesta en común de una serie de medios y a la unión de esfuerzos para

conseguir dar un mejor servicio con un menor coste, lo que en el caso se concreta en la unión de sus puntos de venta para crear una única red de distribución con todas las ventajas que ello comporta tanto para la Administración como para el usuario".

- 18.2. Se alegó también que Viajes Ceres, empresa adjudicataria del Programa del INSERSO, quebró en 1990 dejando importantes deudas (más de 900 millones de pesetas) y poniendo en peligro la continuidad del programa. Para demostración de ello se apoyan en un amplio resumen de prensa que consta en el expediente en donde, entre otros pormenores, se dice: *"Zontur recomienda a los hoteleros no contratar con el INSERSO hasta que no se les pague la deuda", "Deudas millonarias hacen peligrar el próximo programa de turismo de la tercera edad". "Los hoteleros deciden el viernes si suspenden su relación con el programa del INSERSO"... etc.* Por todo ello, afirman que la Administración se propuso que el programa fuera ejecutado por agencias del mayor prestigio, seriedad, rigor y solvencia.

Alegan también que el entonces Director General del INSERSO, en prueba testifical, admitió que *"la Administración consideraba saludable que un grupo de empresas sólidas se unieran para dar mayor garantía y consolidar definitivamente el Programa".*

Indican también que, según el Pliego de Prescripciones técnicas que establece requisitos exigentes, no existe ninguna empresa española que por sí sola pueda cumplir esos requisitos y que, además, la Administración establece unos precios máximos de licitación inferiores a los de mercado por lo que, sea quien sea el licitador, siempre tendrá que presentar una oferta igual, por el tipo máximo.

Señalan además que si se divide el Programa en lotes y se adjudica cada lote a un licitador distinto se produciría una multiplicidad de redes de distribución con efectos negativos. Así concluye el Catedrático Dr. Eugeni Aguiló que *"resulta, pues, evidente que la gestión conjunta del Programa por parte de los integrantes de Mundosocial mejoró la eficacia en la comercialización del mismo, eliminando uno de los grandes problemas del mismo que era la ineficiente gestión de las plazas disponibles".*

Respecto al cargo primero se dice que *"la existencia de un Consorcio, esto es, de un acuerdo entre empresas, viene impuesta*

por la propia actuación de la Administración al definir las Condiciones que han de reunir las Agencias para presentarse al Concurso, tanto técnicas como económicas".

De acuerdo de nuevo con el Catedrático Dr. Eugeni Aguiló "Dichas condiciones no eran cumplidas de manera individual por ninguno de los socios de Mundosocial, AIE. Incluso el cumplimiento de manera agrupada era solamente parcial".

Y el informe de Pricewaterhousecoopers concluye que "si analizamos el número de agencias u oficinas de los grupos empresariales objeto del presente estudio observamos que ni individualmente, ni en su conjunto, ninguno de ellos cumple la condición descrita en el pliego.

La conclusión es, pues, clara: la existencia de acuerdo, de consorcio, entre empresas para dar cumplimiento a los requisitos de presencia a lo largo y ancho de todo el territorio nacional, es perfectamente LICITO: La Administración impone, no de iure pero sí de facto, la agrupación.

No existe el menor margen de maniobra en mi representada para elegir u optar entre presentarse al Concurso de forma independiente o hacerlo en forma agrupada: sólo formando un consorcio, sea U.T.E., A.I.E., o cualquier otra fórmula de asociación, se pueden ir complementando las distintas implantaciones territoriales de las diferentes empresas."

Dadas las condiciones de la Administración, o hay acuerdo o no se cumple el Pliego de Condiciones.

Reconocen que toda empresa que ha concursado lo ha hecho por el máximo porque dichos precios máximos no dejan margen para reducciones y que, consecuentemente, toda baja sería temeraria. Es decir, cualquiera que licite lo tiene que hacer por el tipo máximo con lo que no queda margen para hablar de una posible fijación siquiera indirecta de precios. Por ello, la igualdad de las ofertas es consecuencia del Pliego de Condiciones, dado que no hay posibilidad de presentar una oferta que no sea igual (por el máximo) que las otras.

Indican, a modo de resumen, que el acuerdo no es ilícito, sino que es imprescindible para dar cumplimiento a los requisitos técnicos y

económicos que impone el Pliego. En lo que se refiere a la forma de instrumentar el acuerdo, ésta no es sancionable, siendo lícito el acuerdo en sí; la identidad de ofertas tendría que darse licitase quien licitase porque no hay margen para bajar los precios fijados por la Administración, de forma que no debe estimarse el cargo del art. 1.1.a) y, en todo caso, es aplicable el principio de confianza legítima en la conducta de la Administración.

Respecto al cargo segundo por conducta prohibida por el art. 1.1.c) de la LDC al darse reparto de mercado o de fuentes de aprovisionamiento, indican que *"por medio de la agrupación, ninguna de las empresas agrupadas anula a un competidor: o se aúnan o no pueden cumplir el pliego de condiciones. En definitiva, no cabe hablar de reparto entre empresas cuando estas empresas no tienen capacidad unilateral de presencia"*.

Respecto al cargo cuarto -consistente en que se declare la existencia de una conducta prohibida por el artículo 6.2.b) y e) de la LDC por abuso de posición de dominio conjunta por expulsión del mercado de potenciales competidores- se dice: 1º) Que las empresas asociadas no ostentan una posición de dominio en el mercado; 2º) que es perfectamente posible que haya otras candidaturas, no de empresas presentadas individualmente, sino de consorcios alternativos al formado por las cuatro agencias socios de Mundosocial; 3º) Si no se presentan otras candidaturas no es porque se hayan establecido barreras de entrada, sino porque los márgenes del Programa no atraen a otras empresas para constituir una A.I.E./U.T.E. alternativa y 4º) porque no se dan los requisitos del artículo 6.2 letras b) y e) en cuanto al perjuicio a los consumidores y en lo relativo a la subordinación de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza, o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. Tampoco se transgrede el artículo 6.2.d) porque, siempre según las imputadas, no hay forma posible de ejecutar el Programa si no es uniendo diversas empresas, tanto para alcanzar presencia en todo el territorio nacional como para racionalizar costes, mejorar la comercialización y hacer económicamente viables los importes máximos de licitación, dado que son inferiores a los precios de mercado.

- 18.3. Las alegaciones presentadas por Mundosocial, A.I.E. se resumen en cinco cuestiones:

1ª.- Respecto al hecho de haber acordado Viajes Halcón, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Marsans, presentar ofertas idénticas al concurso público nº 19/95 (cargo 1º), la Administración fue conoedora de la identidad de las ofertas presentadas por los socios de Mundosocial durante 6 años, sin haberse opuesto nunca a ello.

2ª.-Respecto al hecho de haber acordado que, cualquiera que fuera el adjudicatario final, todos ellos participarían en la ejecución del contrato a través de Mundosocial (cargo 2º), se alega que la ejecución conjunta del programa a través de Mundosocial fue autorizada por la propia Administración y era exigencia del programa.

3ª.- Se alega también que el Servicio ha interpretado erróneamente la naturaleza de los acuerdos suscritos por Mundosocial con las agencias y la razón de su cesión a los socios de Mundosocial.

4ª.- Alega además la finalización de la conducta y el compromiso formal suscrito de no reincidir en ella.

5ª.- La inexistencia de responsabilidad individual imputable a Mundosocial.

18.4. El representante de Viajes Halcón, S.A. defendió en exclusiva durante la Vista el principio de confianza legítima y error invencible. Las imputadas han alegado en repetidas ocasiones a lo largo de la tramitación del expediente que el INSERSO indujo a las 4 empresas a presentar una oferta en común -lo que hicieron en la práctica presentando 4 ofertas idénticas sin ocultárselo en ningún momento al INSERSO-, al resultar imposible licitar y ejecutar el contrato de forma individual por las propias condiciones impuestas en el concurso.

Dicen que las cuatro empresas advirtieron expresamente en sus ofertas a la Administración que, en el caso de que alguna de ellas resultara adjudicataria, el programa sería ejecutado conjuntamente. De no haber aceptado esta fórmula de operar la Administración, debería haber declarado desierto el concurso. Lo que no cabe es que la Administración consintiera esta condición y que ahora otros servicios de la misma acusen a las empresas de haber obrado ilícitamente, puesto que ello supondría una vulneración del principio de confianza legítima. Citan, por ejemplo, la Resolución del TDC de

14.4.98 en el expte. 374/96, Aparejadores de Valencia y Alicante donde señala que: *"Actuar con la creencia o la confianza de que una conducta impulsada por la Administración competente por razón de la materia tiene que ser lícita, hace desaparecer la culpabilidad de la conducta necesaria para que la infracción sea sancionable (art. 10.1 LDC)"*.

Entienden que la repetida adjudicación del concurso en años sucesivos y el hecho que el Director General del INSERSO autorizando a los tres adjudicatarios del concurso la subcontratación de la ejecución del programa a Mundosocial según consta en el Hecho Acreditado 4.6 del PCH (pág. 15) avalan la existencia de confianza legítima y error invencible. Según ellas, obraron amparadas en la buena fe y la legítima confianza de que no existía infracción alguna en materia de defensa de la competencia en la formulación de ofertas. Consideran, además, que, tanto por las manifestaciones en la prueba testifical del Director General de INSERSO, como por la asistencia de un miembro del Servicio Jurídico en la Mesa de Contratación, como la negativa a otorgar la clasificación a Mundosocial por parte de la Junta Consultiva de Contratación, la Administración hace que se confíe en la legalidad de las conductas.

18.5. Por su parte Ciberviajes, Cavaltour y Viajes Cyrasa (hoy Iberoservice) alegan únicamente que, tal y como se deduce de las pruebas practicadas, son empresas del Grupo Viajes Iberia, hoy Grupo Iberostar, y, en concreto, y dentro del Grupo, son empresas filiales de Viajes Iberia. Se cita entre otras la resolución del caso Vubo/Parker sobre "single economic unit" en virtud de la cual no pueden existir efectos anticompetitivos derivados de los acuerdos entre empresas de un mismo grupo si las filiales no disponen de autonomía de gestión suficiente respecto de sus matrices y también *"Igualmente reproduciremos la jurisprudencia mencionada en anteriores escritos de alegaciones: la Resolución del Tribunal de fecha 22 de mayo de 1.997, expediente 203/1997, y que ratifica el criterio del Servicio, contiene los siguientes pronunciamientos:*

1. *Fundamento de Derecho tercero: En lo relativo a la denuncia formulada contra Iberia por presuntas prácticas contrarias al artículo 1 LDC, este Tribunal quiere manifestar que el elemento fundamental para determinar si, entre dos empresas de un mismo grupo en el que una es matriz y otra filial, se está en presencia de acuerdos o prácticas*

concertadas de las prohibidas en el artículo 1 LDC es la existencia de autonomía real de comportamiento de la filial respecto a la matriz".

- 18.6. Viajes Ecuador, S.A. y Carlson Wagons Lits Travel, S.A. en el trámite de alegaciones y valoración de pruebas afirman que no pertenecen a Mundosocial y, por lo tanto, tampoco intervinieron en la licitación de la que se dice que derivan restricciones a la competencia. Únicamente formalizaron un contrato con dicha Agrupación con el fin de comercializar los paquetes turísticos ofertados por Mundosocial. En ese contrato, ciertamente, se asumió el compromiso de no presentarse a la licitación, pero, más que un compromiso, tal acuerdo era una realidad manifiesta, al carecer de recursos para acceder a la licitación. Por lo tanto, dicen, en lo que respecta a estas dos empresas, no han actuado de forma jurídicamente reprochable, ya que su actuación ha sido únicamente de confirmación de la imposibilidad de licitar por insuficiencia de medios; no porque otras entidades realicen ofertas que no se pueden igualar, sino porque ni siquiera podía alcanzar los mínimos exigidos por la Administración.

Recuerdan también, tal y como alegan a su vez otros imputados, lo que ha venido aconteciendo históricamente con los viajes ofertados por el INSERSO a la tercera edad. Con anterioridad a la agrupación Mundosocial, tales viajes eran organizados y ejecutados por la mercantil Viajes Ceres, siendo por todos conocida, por la repercusión social que tuvo en su día, la mala actuación de esa entidad en relación a los viajes para la tercera edad y, concretamente, la situación lamentable a la que se llegó por parte de esa mercantil que generó deudas millonarias, incluso poniendo en peligro el mantenimiento de distintos establecimientos hoteleros y la continuidad del programa de viajes ofertados a la tercera edad.

Alegan a su vez que: *"La Administración, con el objeto de evitar nuevos fracasos en la ejecución de los viajes de la tercera edad (como el ocurrido con Viajes Ceres) y al observar la ejecución satisfactoria de los nuevos licitantes, veía muy positiva la unión de tales adjudicatarias, siempre buscando la excelencia de calidad en la prestación de los servicios y la seguridad o garantía que ofrecían tales adjudicatarias".*

Por último, tal y como hacen otros imputados, hacen suyas las afirmaciones contenidas en los informes elaborados por

Pricewaterhousecoopers y por el Catedrático Dr. Eugeni Aguiló Pérez y D. Joan B. Garan Vadell aportados al expediente y del que destacan a) el estudio del mercado de las posibles agencias licitadoras, b) el precio que la Administración fija como base y c) la justificación del acuerdo entre las empresas licitadoras.

18.7. Viajes 2000 por su parte alega, principalmente, las siguientes cuestiones:

1.- Viajes 2000 no ha estado nunca en condiciones de concurrir sola a los concursos convocados por el INSERSO.

2.- Si tenemos en cuenta que la actividad de Viajes 2000 se orienta, de una manera primordial, al servicio de los diversos colectivos de la ONCE, su comportamiento es irrelevante en el mercado de servicios ofertados por las agencias de viajes, dada la pequeñísima importancia relativa de los colectivos ONCE en dicho mercado.

3.- La posición de Viajes 2000 frente a Mundosocial, A.I.E. ha sido siempre de absoluta debilidad. Esta posición de debilidad le impidió negociar con Mundosocial, en lo más mínimo, los términos del contrato de comercialización, por lo que Viajes 2000 se limitó a aceptar los términos que Mundosocial le ofertó.

4.- Ningún posible licitador se ha visto imposibilitado a presentarse al concurso por la actuación de Mundosocial que es objeto del presente expediente y, en concreto y por lo que aquí interesa, por la firma del contrato de comercialización con Viajes 2000.

5.- La inclusión de la cláusula de no concurrencia en los contratos de comercialización suscritos entre Mundosocial y las agencias de viaje no ha tenido trascendencia alguna en el mercado; es más, los usuarios (pensionistas) resultaron claramente beneficiados. Según el informe pericial: *"a partir de 1994/95 (...) la diferencia entre plazas disponibles y viajes realmente llevados a cabo, se va reduciendo progresivamente hasta alcanzar límites que podrían ser considerados prácticamente de plena ocupación"*.

6.- La actuación de la Administración en todo el proceso ha creado en las agencias de viajes denunciadas (y, por lo que aquí interesa, en Viajes 2000) una confianza plena en la corrección de sus actuaciones.

7.- Teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000, alega que también es de aplicación al presente caso el principio de confianza legítima en la actuación administrativa. Sería absurdo sancionar una conducta que la propia Administración sancionadora aconsejaba.

- 18.8. Por su parte Viajes TEP, S.A., resumidamente alega que se limitó a firmar el contrato que aparece en las actuaciones bajo los folios 130 a 132, e idéntico al del resto de agencias parte en estas actuaciones, en donde aparece la cláusula octava que venía como tal recogida en el documento facilitado sin posibilidad de modificación, al tratarse de un contrato-tipo, contrato que no ha tenido repercusión ni efecto de una posible restricción de la competencia frente a terceros ya que ninguno ha formulado ni denuncia ni reclamación frente a esta parte.

Añade también que en su día optó a la posibilidad de adjudicarse alguno de los lotes que se ofertaban por Resolución del Director General del INSERSO de fecha 30 de abril de 1992. Sin embargo, tal "adjudicación no se llevó a efecto dada su exclusión según consta en la misma y por las causas en ella indicadas, no teniendo capacidad por sí misma para poder concursar, lo que determina la exclusión de cualquier responsabilidad y la única posibilidad de comercializar parte del programa, únicamente a través de la colaboración que se le ofreció".

Por último, la contratación que se adjudicó a esta sociedad durante los años de autos, fue escasísima según se desprende de los datos aportados por las otras partes y que entendemos permitidas por el art. 1.3 de la LDC y que por su cuantía no puede considerarse como una restricción de la competencia, ni ha supuesto pérdida de beneficio para los pensionistas, últimos beneficiarios del programa, antes bien, posibilitó la comercialización del programa.

- 18.9. Viajes Interopa, además de hacer propio el contenido del escrito de resumen de prueba presentado por Mundosocial, alega que de todo lo actuado resulta acreditada la relación existente entre Viajes Interopa, S.A. y Viajes Barceló, S.L., formando parte aquélla de las agencias minoristas que integran la División de Viajes del Grupo empresarial denominado Barceló. Ello, dice, es reconocido por el propio Informe-Propuesta y acreditado con pruebas documentales de las que resulta que ambas entidades son unipersonales y que su único accionista es la mercantil Hotel Hamilton, S.A.

Indica también que -al no tratarse de un acuerdo suscrito entre competidores y, por lo tanto, no existiendo competencia- mal puede producir el efecto de restringirla. Asimismo el contrato suscrito con Mundosocial para la eventual comercialización del programa está sujeto a la condición resolutoria explícita de resultar Mundosocial, directa o indirectamente, adjudicataria del concurso. Respecto a dicha cláusula de no competencia el representante legal de Mundosocial en la prueba de confesión practicada afirmó que *"... la finalidad de dicha cláusula responde a empresas participadas y en consecuencia no afecta ni limita la competencia al ser ya inexistente entre ellas y que respecto a las otras cinco empresas que no son participadas el interés de dicha cláusula respondía únicamente a intereses comerciales entre ambas partes"*. Dice entonces Viajes Interopa que *"no cabe hablar de pacto de exclusividad habida cuenta de la intención manifiesta de no concurrir a la licitación pública y de que su único interés se ceñía a poder comercializar los viajes. Y ello en consonancia con la decisión adoptada, en tanto empresa vinculada a Viajes Barceló, S.L.; de formar parte de las candidaturas de los socios de Mundosocial y no de otras candidaturas que compitan entre sí"*.

Por su parte, el representante legal de Viajes Valdés alega prácticamente lo mismo que Viajes Interopa con argumentaciones de parecido tenor, aunque explicando que la vinculación, al tiempo de los hechos, consistía en que Viajes Barceló, S.L. operaba la gestión y explotación del negocio y marca de Valdés como agencia minorista de viajes. Agencia que, por otra parte, tenía una única oficina abierta en Alicante, en la calle Explanada de España, nº 20.

- 18.10. El Servicio por su parte, tanto en la intervención inicial de la Vista como en la réplica, reiteró, ampliando los argumentos, lo ya expuesto en el Pliego de Concreción de Hechos y en el Informe Propuesta.
19. El Tribunal deliberó en sus sesiones plenarias del 26 de septiembre y del 3 de octubre de 2000, deliberando y fallando definitivamente sobre el expediente en su sesión de 10 de octubre del año 2000.
20. Son interesados:
- Viajes Halcón, S.A.
 - Viajes Marsans, S.A.

- Viajes Iberia, S.A.
- Viajes Barceló, S.L.
- Mundosocial A.I.E.
- Viajes Ecuador, S.A.
- Carlson Wagonlit Travel, S.A.
- Viajes 2.000, S.A.
- Viajes Interopa, S.A.
- Viajes Cyrasa Internacional, S.A.
- Viajes Ciberviajes, S.A.
- Viajes Cavaltour Agencia de Viajes, S.A.
- Viajes Internacional Expreso, S.A.
- Viajes Sidetours, S.A.
- Viajes Lamia Tours, S.A.
- Viajes Tep, S.A.
- Viajes Valdés, S.A.

HECHOS PROBADOS

1º. En el Pliego de Cláusulas Administrativas del Concurso nº 19/95 para la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del programa de vacaciones correspondiente al ejercicio 95/96 (folios 887 a 905) cabe destacar los siguientes puntos:

1.- Los contratos a que se refiere el Pliego tenían por objeto la asistencia para optar a la financiación parcial de un Programa de Vacaciones de carácter social destinado a 360.000 personas de la Tercera Edad, que comprende dos tipos de actividades: Turnos de Vacaciones y Circuitos Culturales.

2.- El presupuesto total de los contratos, correspondientes a los tres lotes ascendió a 6.326.839.800 pesetas, de las que 1.403.096.082 pesetas eran con cargo al presupuesto de 1.995 y 4.923.743.718 pesetas con cargo al presupuesto de 1996. El importe máximo de licitación para cada uno de los lotes constitutivos del contrato era el siguiente:

- Lote 1- Andalucía. Murcia. Circuitos- :	1.623.410.000 pesetas.
- Lote 2- Baleares. Canarias-:	2.808.608.800 pesetas.
- Lote 3- Cataluña. C.Valenciana-:	1.894.821.000 pesetas.
Total	6.326.839.800 pesetas.

3.- Los contratos a que se refiere el presente Pliego se adjudicaron

mediante el procedimiento de concurso público, de acuerdo con lo establecido en el art. 8 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, con arreglo a las siguientes condiciones:

3.1.- Toda empresa interesada, o agrupación de empresas, podía licitar por la totalidad del Programa o por uno o varios lotes dentro del mismo. Los interesados debían presentar sus proposiciones por lotes.

3.2.- El oferente debía acreditar mediante certificado su clasificación como empresa consultora o de servicios, es decir, en el Grupo III, Subgrupo 8, Categoría D.

3.3.- En cuanto a la documentación técnica, cada empresa debía presentar:

- Plan de comercialización para la totalidad de las plazas convocadas, con expresión de los puntos de venta.
- Planes de Transporte correspondientes a los lotes en que concurre.
- Documentación pormenorizada de todos los elementos necesarios para juzgar la idoneidad de las instalaciones y servicios de los establecimientos hoteleros ofertados.
- Documentación acreditativa, en su caso, de haberse llevado a cabo satisfactoriamente por la empresa otros contratos de asistencia de características análogas.

2º. Viajes Halcón, en su proposición económica para el lote número 1 dice que *"se compromete a ejecutar el Contrato de Asistencia por la cantidad de MIL SEISCIENTOS VEINTITRES MILLONES CUATROCIENTAS DIEZ MIL PESETAS (1.623.410.000.- ptas.). La expresada cantidad comprende tanto el precio del Contrato como el Impuesto sobre el Valor Añadido"*. Está fechada en Salamanca, el 22 de mayo de 1995 (folio 4.443).

Sus proposiciones económicas para los lotes número 2 (folio 4.444) y número 3 (folio 4.445) son de 2.808.608.800 ptas. y 1.894.821.000 ptas. respectivamente. Están fechadas también en el mismo lugar y día.

Viajes Barceló, en su proposición económica para el lote número 1 dice que *"se compromete a ejecutar el Contrato de Asistencia por la cantidad de MIL SEISCIENTOS VEINTITRES MILLONES CUATROCIENTAS DIEZ MIL PESETAS (1.623.410.000.- ptas.). La expresada cantidad comprende tanto el precio del Contrato como el Impuesto sobre el Valor Añadido"*.

Está fechada en Palma de Mallorca, el 22 de mayo de 1995 (folio 4.446).

Sus proposiciones económicas para los lotes número 2 (folio 4.447) y número 3 (folio 4.448) son de 2.808.608.800 ptas. y 1.894.821.000 ptas. respectivamente. Están fechadas también en Palma de Mallorca y en el mismo día.

Viajes Iberia, en su proposición económica para el lote número 1 dice que *"se compromete a ejecutar el Contrato de Asistencia por la cantidad de MIL SEISCIENTOS VEINTITRES MILLONES CUATROCIENTAS DIEZ MIL PESETAS (1.623.410.000.- ptas.). La expresada cantidad comprende tanto el precio del Contrato como el Impuesto sobre el Valor Añadido"*. Está fechada en Palma de Mallorca, el 22 de mayo de 1995 (folio 4.449).

Sus proposiciones económicas para los lotes número 2 (folio 4.450) y número 3 (folio 4.451) son de 2.808.608.800 ptas. y 1.894.821.000 ptas. respectivamente. Están fechadas también en Palma de Mallorca y en el mismo día.

Viajes Marsans, en su proposición económica para el lote número 1 dice que *"se compromete a ejecutar el Contrato de Asistencia por la cantidad de MIL SEISCIENTOS VEINTITRES MILLONES CUATROCIENTAS DIEZ MIL PESETAS (1.623.410.000.- ptas.). La expresada cantidad comprende tanto el precio del Contrato como el Impuesto sobre el Valor Añadido"*. Está fechada en Madrid, el 22 de mayo de 1995 (folio 4.488).

Sus proposiciones económicas para los lotes número 2 (folio 4.491) y número 3 (folio 4.494) son de 2.808.608.800 ptas. y 1.894.821.000 ptas. respectivamente. Están fechadas también en Madrid, el 22 de mayo de 1995.

3º. Viajes Halcón, S.A. es una agencia de viajes clasificada como Mayorista-Minorista, constituida el 25 de Enero de 1971. En el momento de presentar la candidatura al concurso 1995/96, Viajes Halcón, S.A. contaba con cinco empresas en el sector turístico:

- Una Agencia de Viajes, con 272 oficinas.
- Dos Tour Operadores, Travelplan y Emitur con 11 oficinas.
- Una Compañía de Autocares, Autocares Extremeño.
- Una Compañía Aérea, Air Europa.

Según cifras consolidadas del ejercicio 1994, el grupo facturaba más de 83.000 millones de pesetas, correspondiendo a: Viajes Halcón, 33.228

millones; Travelplan, 11.169 millones y Emitur, 1.401 millones. Respecto al resto de compañías no constan en el expediente sus volúmenes de negocio.

4º. Viajes Iberia, S.A. ha venido ejerciendo su actividad de Agencia de Viajes ininterrumpidamente desde su fundación en 1930. Dentro del sector turístico, el grupo empresarial Viajes Iberia (GVI), está formado por:

- Once Agencias de Viajes : Viajes Iberia, Iberomexico, Cavaltour, Ciberviatges, Cyrasa Internacional, Aton Travel, IGS (Iberotravel), Visit us, Eurofrance, Iberdom y Algarve Tours.
- Cuatro Tour Operadores, dos españoles Iberojet y Solplan, y dos británicos, Iberotravel Ltd y Sunworld.
- Una Compañía Hotelera, Iberostar Hoteles y Apartamentos, S.A.
- Una correduría de Seguros, Segurplan Correduría de Seguros, S.A.

Durante el ejercicio 1994, el grupo Viajes Iberia (GVI) facturó en torno a los 106.000 millones de pesetas, de los cuales 10.767 millones corresponden a Viajes Iberia, 74 millones a Iberomexico, 1.199 millones a Cavaltour, 616 millones a Ciberviatges, 21.902 millones a Cyrasa Internacional, 16 millones a Aton Travel, 541 millones a IGS, 432 millones a Visit us, 708 millones a Eurofrance, 867 millones a Iberdom y 1.598 millones al Algarve Tours. En cuanto a las Mayoristas: Iberojet facturó en torno a 15.072 millones de pesetas e Iberotravel 38.656 millones de pesetas. El resto hasta alcanzar la cifra global de facturación de GVI, corresponde a la Compañía Hotelera y a Segurplan.

5º. Viajes Barceló, S.L., se constituyó en 1931 en Mallorca, y hoy el Grupo de empresas Barceló se encuentra presente en 19 países. En la división de Viajes, en el momento de presentar la oferta del grupo disponía de:

- Cuatro Agencias de Viajes con 91 oficinas: Viajes Barceló, S.L., Viajes Interopa, S.A., Viajes Valdés, S.L. y Viajes Aurora, S.A.
- Tres Tour Operadores: Turavia Club, S.A., Turavia Inglaterra, Turavia Internacional, Turavia América.
- Dos Compañías Hoteleras: Hoteles Barceló España y Hoteles Barceló Internacional.

El grupo facturó a finales de 1994, en torno a 68.000 millones de pesetas. Respecto a las Agencias de Viajes: Viajes Barceló alcanzó una cifra de negocio de 38.323 millones; Viajes Interopa, 463 millones; Viajes Valdés, 113 millones; Viajes Aurora, 2.578 millones y Viajes Barceló Internacional, 822 millones de pesetas. Los distintos Tour Operadores facturaron :

Turavia Club, 9.149 millones; Turavia Inglaterra, 18 millones y Turavia Internacional, 4.001 millones. No se conoce el dato correspondiente a Turavia América, ni a las Compañías Hoteleras.

6º. Viajes Marsans se constituyó en 1.910, siendo pionera dentro del subsector de Agencias de Viajes. El grupo está formado por las siguientes empresas:

- Dos Agencias de Viajes, con 192 oficinas: Viajes Marsans, S.A., y Viajes Internacional Expreso (V.I.E.)
- Cinco Tour Operadores: Club de Vacaciones, Pullmantur, Tiempo Libre, S.A.-Mundicolor, Iberrail, S.A.-Proasol, Central de Cruceros, S.A.
- Dos Compañías de Autocares: Travelbus, S.A. y Trapsatur, S.A, con 180 autocares.
- Una Compañía Aérea, Spanair, S.A. con 11 aeronaves.

A finales de 1994, este Grupo facturaba más de 108.000 millones de pesetas, correspondiendo a Viajes Marsans 17.719 millones y a V.I. E. 10.109 millones. El volumen de facturación de las Tour Operadoras es el siguiente: Club de Vacaciones, 13.566 millones; Tiempo Libre, 18.554 millones; Iberrail, 2.315 millones; Pullmantur, 5.215 millones y Central de Cruceros, 739 millones. No se aporta volumen de facturación de las Compañías de Autocares, ni de Spanair.

7º. En Septiembre de 1991, Viajes Iberia, Viajes Halcón y Viajes Barceló constituyeron una Agrupación de Interés Económico (A.I.E.), de las reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril, denominada Mundosocial, A.I.E. (folios 20 a 39). Por su parte, Viajes Marsans se incorporó a Mundosocial en agosto de 1992. (folio 59).

La Ley 12/1991, de 29 de abril, reguladora de las Agrupaciones de Interés Económico declara en su artículo 1º que tendrá personalidad jurídica y carácter mercantil y en su artículo 3º, apartado 1, que el objeto de la Agrupación de Interés Económico se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios, aclarándose en este sentido expresamente en el preámbulo de la citada Ley que resulta imposible que la Agrupación sustituya la actividad de sus socios.

Mundosocial, A. I. E. tiene como objeto social las actividades económicas auxiliares de las que, como Agencias de Viajes, desarrollen sus socios y, específicamente, la licitación de los concursos, subastas u otro modo de pública licitación u oferta convocados por el INSERSO o cualquier otra

entidad pública para la celebración de contratos de asistencia destinados a la financiación de turnos de vacaciones para personas de la tercera edad, así como la ejecución y desarrollo de los programas correspondientes a dichos contratos (folio 24 vta).

Mundosocial, A.I.E., a finales de 1997 alcanzó una cifra de negocio de entorno a los 15.149 millones de pesetas. En el capital social de Mundosocial participan Viajes Iberia con un 34%, Viajes Halcón con un 23%, Viajes Barceló con un 23% y Viajes Marsans con un 20%.

8º. Pliego de Prescripciones Técnicas.

En el Pliego de Prescripciones Técnicas requeridas en el Concurso público nº 19/95, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del programa de Vacaciones del ejercicio 95/96 para personas de la Tercera Edad financiado parcialmente por el INSERSO (folio 993 a 1018), cabe destacar los siguientes puntos:

- 1.- Objetivos del Programa: la mejora de la calidad de vida de las personas de la Tercera Edad y la generación y mantenimiento del empleo en el sector turístico en temporada baja.
- 2.- El programa de Vacaciones debía realizarse durante el periodo comprendido entre los meses de octubre de 1995 a abril de 1996, ambos inclusive, para las zonas ubicadas en la Península e Islas Baleares. El desarrollo de los turnos correspondientes a Canarias y los Circuitos Culturales debía llevarse a cabo entre los meses de abril y junio de 1996. Los turnos para los usuarios residentes en países europeos, excepto antigua Unión Soviética, se desarrollarían a partir del mes de febrero de 1996.
- 3.- El número de plazas ofertadas para la totalidad del Programa ascendía a 360.000 plazas, cuya distribución era la siguiente:

- Lote 1- Andalucía. Murcia. Circuitos- :	101.000 plazas.
- Lote 2- Baleares. Canarias-:	142.000 plazas.
- Lote 3- Cataluña. C.Valenciana-:	117.000 plazas.

No obstante, 4.000 plazas de Canarias, 200 plazas de Andalucía y 7.100 plazas de Baleares se destinarían a usuarios residentes en el extranjero.

- 4.- En cuanto a los requerimientos de comercialización de plazas para

residentes en España, la empresa adjudicataria estaba obligada a ofrecer, como mínimo, las siguientes agencias u oficinas vendedoras para atender la demanda de billetes:

- a) Un punto de venta por capital de provincia.
- b) Un punto de venta en cada localidad española superior a 40.000 habitantes.
- c) En cada localidad española con población superior a 200.000 habitantes, un punto de venta por cada 200.000 habitantes o fracción.

Además, se exigía que en cada punto de venta se garantizara la disponibilidad de los medios materiales y humanos adecuados, así como de locales propios o ajenos, contratados a tal fin, que servirían de puntos de referencia para que los usuarios pudiesen recibir información sobre los viajes, adquirir los billetes, hacer efectivo el pago del precio estipulado y cuantas operaciones fuesen necesarias.

- 5.- La comercialización de plazas correspondientes a usuarios residentes en países europeos, excepto los pertenecientes a la Unión Soviética, se realizaba a través de las Agencias de Viaje autorizadas en cada uno de estos países.
- 6.- Las plazas asignadas a residentes en los países Iberoamericanos, Australia, Norte de Africa y países de la antigua Unión Soviética se comercializarían atendiendo a las peculiares características que concurrían en los usuarios procedentes de los mismos, de acuerdo con el sistema que se estableció en el Convenio que el INSERSO suscribió con la Dirección General de Migraciones.
- 7.- La comercialización, distribución y reserva de las plazas correspondientes a las zonas de la Península y Baleares debían establecerse mediante un sistema informático centralizado, a cuya red debían conectarse todas las agencias de viaje que desearan intervenir en el Programa, de forma que en todo momento, estuviesen a disposición de todos los usuarios, a nivel nacional, las plazas disponibles para cada uno de los destinos, quedando prohibido el establecimiento de cupos o sistemas de acceso restringido al mismo y garantizando la accesibilidad en igualdad de condiciones a todos los usuarios y Agencias comercializadoras.

A estos efectos las empresas licitadoras debían presentar la

documentación técnica necesaria que permitiese el adecuado conocimiento acerca del funcionamiento y capacidad de la central de reservas citada.

Finalmente, se exigía que la empresa adjudicataria facilitase al INSERSO al menos una conexión al ordenador que soportaba la base de datos de la gestión del Programa con el fin de que pudiese consultar la marcha del mismo, preferentemente a través de la Red Iberpac X25.

9º. Las adjudicaciones del concurso relativo al “Programa de vacaciones para personas de la tercera edad” convocado por el INSERSO (hoy IMSERSO) durante los últimos años, así como las empresas que se presentaron como licitadoras fueron las siguientes:

1.- Los diferentes concursos convocados para la contratación del “Programa de vacaciones para la tercera edad” desde el ejercicio 1991/92 hasta el ejercicio 1997/98 han sido adjudicados a Viajes Halcón (Lote 1), Viajes Iberia (Lote 2) y Viajes Barceló (Lote 3). (folios 59, 7658-7659 y 7673).

En la temporada 1998/99, al no existir lotes y presentarse una oferta de la U.T.E. formada por Viajes Marsans, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Halcón, la adjudicación se hizo a dicha candidatura (folio 7746).

2.- Mundosocial, A.I.E., se constituyó en septiembre de 1991 (como se indica en el H.P. nº 7º), siendo sus miembros Viajes Halcón, Viajes Iberia y Viajes Barceló. En agosto de 1992, Viajes Marsans pasó a formar parte de la A.I.E.

Mediante Acuerdo de 26 de mayo de 1992, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa denegó a Mundosocial, A.I.E. la clasificación en el Grupo III, Subgrupo 8, Categoría D para poder presentarse la A.I.E. al concurso.

Con anterioridad a la convocatoria del Concurso analizado, correspondiente a la temporada 1995/96, sin saber si alguno de sus miembros iba a resultar adjudicatario del Concurso, Mundosocial, A.I.E. había suscrito contratos para la prestación de servicios con los distintos suministradores de los mismos (Agencias de Viajes, Hoteles y Autobuses).

- 3.- En relación con las empresas licitadoras, consta en el expediente la documentación aportada por el IMSERSO (folios 7715 a 7717, y 7745 a 7747):
- 1º- Para la temporada 1991/92, en la convocatoria pública del concurso nº 56/1991 las empresas licitadoras fueron: Viajes Halcón, S.A., Viajes Barceló, S.L. , Viajes Iberia, S.A. y Viajes Cemo, S.A. Presentaron ofertas similares, pero no idénticas, salvo el precio que fue idéntico en las cuatro licitadoras imputadas.
 - 2º- En el concurso nº 63/1993, correspondiente a la temporada 1992/1993 las empresas licitadoras son las cuatro de la temporada anterior, a las que se añadieron Viajes Marsans, S.A., y una Unión Temporal de Empresas (UTE) formada por Viajes Olimpia, S.A. y Viajes Tep, S.A. Presentaron ofertas idénticas: Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A. y Viajes Barceló, S.L.
 - 3º- En la siguiente temporada 1993/1994, correspondiente al concurso nº 62/1993, se presentaron Viajes Halcón, Viajes Barceló, Viajes Iberia y Viajes Marsans con ofertas absolutamente idénticas . Viajes Cemo licitó en dicha temporada, y no se presentó la UTE de Viajes Olimpia y Viajes Tep.
 - 4º- Al concurso nº 53/1994 correspondiente a la temporada 1994/1995, las únicas licitadoras fueron las cuatro empresas: Viajes Halcón, Viajes Marsans, Viajes Iberia y Viajes Barceló; con ofertas idénticas hasta en los más mínimos detalles. En dicha ocasión Viajes Cemo no presentó oferta.
 - 5º- En las temporadas 1995/1996, 1996/1997 y 1997/1998 se presentaron las cuatro agencias mencionadas con ofertas idénticas. Ninguna otra empresa, ni UTE, ni AIE intentó concursar a dichos Programas en dichos años.
 - 6º- Finalmente, en la temporada 1998/99 la U.T.E. formada por Viajes Marsans, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Halcón han concurrido al concurso público nº 29/1998 como única empresa o unión temporal de empresas licitadora del mismo.

10º.- En las ofertas relativas al Concurso nº 19/95, correspondiente a la temporada 1995/96, presentadas por las cuatro empresas licitadoras: Viajes Halcón (folios 1662-1665), Viajes Iberia (folios 2650-2653), Viajes Barceló (folios 3615-3618) y Viajes Marsans (folios 4503-4506); las cuatro empresas manifiestan expresamente que, en todo caso, de resultar alguna de ellas adjudicataria, participarán conjuntamente en la ejecución del Programa en el lote o lotes adjudicados:

“Por todo ello esta Empresa, en caso de ser adjudicataria de todos o parte de los lotes, y consciente de la importancia que una unión de fuerzas empresariales tendría para el Programa Vacaciones Tercera Edad se compromete a ejecutar el programa conjuntamente y en exclusiva con las Empresas ...” (Las otras tres licitadoras).

Además, las empresas manifiestan la intencionalidad de dicho acuerdo en el mismo epígrafe, señalando que no sólo se aunan esfuerzos en la ejecución del Programa en beneficio del usuario, sino que, además, **“se consigue por primera vez y con esta sola finalidad, la unificación de empresas líderes en el mercado turístico español.”**

11º. Las cuatro empresas -Viajes Marsans, Viajes Barceló, Viajes Iberia y Viajes Halcón- presentaron ofertas absolutamente idénticas en el concurso analizado expresamente, correspondiente a la temporada 1995/1996.

De la documentación aportada por el INSERSO se seleccionaron aquellos documentos que podían aportar prueba sobre las conductas imputadas (folio 1.505 a 4451). A continuación se detallan las distintas ofertas presentadas por las cuatro empresas imputadas, de modo que se puede acreditar que son idénticas con la simple comparación de los Tomos correlativos de cada una de ellas (Tomo IV coincide con el Tomo VII y el Tomo X, etc)

- VIAJES HALCÓN	TOMO IV, V y VI. Folios 1.515 a 2.475.
- VIAJES IBERIA	TOMO VII, VIII y IX. Folios 2.476 a 3.478.
- VIAJES BARCELÓ	TOMO X, XI y XII. Folios 3.479 a 4.442.

En la proposición económica presentada por cada empresa para los distintos lotes, el precio al que cada una de ellas se compromete a ejecutar el Contrato de Asistencia es idéntico como se indica en el H.P. 2º..

Resulta probada la identidad de la documentación aportada por las cuatro

Agencias al comparar los Tomos correlativos, e incluso el orden y los escritos de alegaciones que presentan resultan ser muy similares:

- VIAJES MARSANS.TOMO XIII (en parte), XIV y XV. Folios 4.481-5.274.
- VIAJES HALCÓN. TOMO XVI, XVII y XVIII. Folios 5.276-6.039.
- VIAJES BARCELÓ.TOMO XIX, XX y XXI. Folios 6.041-6.810.
- VIAJES IBERIA. TOMO XXII (en parte), XXIII y XXIV (en parte). Folios 6.816-7580.

- 12º. Mundosocial, A.I.E., como consta en la documentación aportada por las tres empresas que resultaron adjudicatarias del concurso (folios 1686-2475, 2688-3478 y 3650- 4442), había suscrito distintos contratos con agencias de viajes para la comercialización de este concurso, en una fecha anterior a la convocatoria del Concurso para la ejecución del Programa de Vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996. En dichos contratos, Mundosocial, A.I.E. y cada una de las agencias comercializadoras suscriben una cláusula suspensiva según la cual los efectos del contrato se subordinan a la condición de que la A.I.E. Mundosocial resulte adjudicataria bien directa o indirectamente.(ej. folios 1687-1689).

Cabe distinguir, al menos, dos tipos de contratos suscritos por Mundosocial con las agencias de comercialización:

1. Contratos en los que se pacta una cláusula por la que la agencia se obliga a no competir con Mundosocial, directa o indirectamente, comprometiéndose a no presentarse al concurso, ni a colaborar con ninguna otra candidatura de otra empresa (folios 1686-1726, 2688-2728, 3650-3690), y que a continuación se transcribe literalmente:

“ Como quiera que la finalidad del presente contrato es la asociación de dos Empresas, mediante la necesaria aportación de diversos servicios turísticos de una de ellas (LA AGENCIA) a la otra (MUNDOSOCIAL), al objeto de que una de ellas, MUNDOSOCIAL, se presente directa o indirectamente al CONCURSO, por estimar ambas partes que de esta forma se facilitará la Adjudicación y ejecución posterior del PROGRAMA, se obliga LA AGENCIA en este acto a no presentarse al CONCURSO ni ayudar, colaborar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra Empresa. MUNDOSOCIAL se compromete igualmente a incluir en su oferta a LA AGENCIA en los términos pactados en el presente contrato.”

Las agencias que han suscrito dicha cláusula son: Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonlit Travel, Viajes 2000, S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviaxes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours, S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A., Viajes Valdés, Viajes Llamar y Viajar, y Viajes Travelcar.

Por otra parte, Viajes Sidetours incluye en su contrato la duración de la obligación de prohibición de concurrencia, que queda determinada en cinco años, y añade una nueva cláusula por la que establece la sanción ante el incumplimiento de dicha obligación, señalando expresamente:

“En caso de incumplimiento de la obligación expresada en la estipulación anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 1.153 del Código Civil, Mundosocial, A.I.E. o, en su defecto, cualquiera de sus socios, podrán exigir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de una pena, que se establece en la cantidad equivalente al veinticinco por ciento (25%) del importe de las excursiones vendidas por Viajes Sidetours, S.A. en la temporada precedente. En todo caso, la cantidad mínima a satisfacer por este concepto se fija en VEINTE MILLONES DE PESETAS (20.000.000 Ptas)”.

Finalmente, en su escrito de fecha 30 de julio de 1998, Viajes Iberia acreditó que Viajes Travelcar y Viajes Llamar y Viajar no son personas jurídicas sino marcas pertenecientes a Viajes Iberia.

2. Contratos suscritos por Mundosocial, A.I.E. con las diferentes agencias, aproximadamente unas 342 agencias, en los que simplemente se establecen las condiciones de comercialización para la distribución, emisión y venta del paquete turístico, y que obran en el expediente clasificadas en orden alfabético por provincias (folios 1727-2475, 2729-3478 y 3691-4442).
- 13º. Constan en el expediente copias de los contratos suscritos por Mundosocial, A.I.E. con los Hoteles para la prestación de servicios, así como las distintas fichas técnicas de los distintos establecimientos hoteleros: Viajes Marsans (folios 4.687-5.274, tomos XIII, XIV y XV), Viajes Halcón (folios 5.431-6.019, tomos XVI, XVII y XVIII), Viajes Barceló (folios 6.217-6.788, tomos XIX, XX, XXI) y Viajes Iberia (folios 6.971-7.558, tomos XXII, XXIII y XXIV).

Los contratos de reserva de plazas hoteleras no incluyen ninguna cláusula de exclusividad. Asimismo sus efectos se someten a la condición suspensiva de que la empresa resulte adjudicataria, señalando expresamente en la cláusula primera 1.2.: **“El presente contrato quedará resuelto de pleno derecho y sin efecto alguno si la EMPRESA no resultare adjudicataria del PROGRAMA, sea directa o indirectamente, o incluso participando en otras candidaturas para la cual queda la EMPRESA expresamente autorizada. Las partes atribuyen a dicha circunstancia -no resultar adjudicataria la EMPRESA- el carácter de condición resolutoria expresa”.**

- 14º. Las cuatro empresas suscriben con Mundosocial, A.I.E. un contrato de cesión de los contratos de comercialización del Programa del INSERSO, suscritos el 22 de mayo de 1995, y cuya copia obra en el expediente: Viajes Halcón (folios 1453 y 1454), Viajes Iberia (folios 1455 y 1456), Viajes Barceló (folios 1457 y 1458) y Viajes Marsans (folios 1459 y 1460). De dichos contratos de cesión cabe destacar:
- 1º. Mundosocial, A.I.E., que había suscrito con determinadas Agencias de Viajes contratos de comercialización del Concurso Público 19/95 convocado por el INSERSO para la adjudicación de los contratos de asistencia para el Programa de Vacaciones, cede a cada una de las cuatro empresas dichos contratos, aceptando cada una de ellas dicha cesión, que se efectúa al amparo de la cláusula sexta de dichos contratos.
 - 2º. Dicha cesión está sujeta a la condición de que la empresa que suscribe el contrato resulte adjudicataria de cualquier lote del concurso.
 - 3º. Las partes facultan a Mundosocial, A.I.E. para ceder los contratos a otras entidades, licitadoras en el citado concurso, siempre que los cesionarios sean socios actuales de la A.I.E, es decir, Viajes Halcón, Viajes Iberia, Viajes Barceló y Viajes Marsans.
- 15º. Los contratos de cesión de reserva de plazas hoteleras presentan algunas de las características de los suscritos para la cesión de los contratos de comercialización de las Agencias de Viajes: en primer lugar, la cesión es aceptada por cada una de las cuatro empresas licitadoras, que se efectúa al amparo del apartado 1.3. de la cláusula primera de dichos contratos; en segundo lugar, dicha cesión está sujeta a la condición de que la empresa que suscribe el contrato resulte adjudicataria de cualquier lote; finalmente,

las partes facultan a Mundosocial A.I.E. para ceder los contratos a otras entidades licitadoras, siempre que sean socios actuales de la A.I.E.

- 16º. Con fecha 16 de marzo de 1992, la Agrupación de empresas Mundosocial AIE solicitó a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda que la calificara como empresa consultora y de servicios. En dicha solicitud, que quedó registrada con el número 31.655, expresamente requieren la clasificación en el Grupo III, Subgrupo 8, que le otorgaría la capacidad jurídica de licitar en diversos concursos administrativos (folio 7.773).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, mediante Acuerdo de la Comisión de Clasificación de empresas consultoras y de servicios de 26 de mayo de 1992, denegó la solicitud de clasificación en el Grupo III, subgrupo 8, de la Agrupación de Interés Económico Mundosocial, AIE, integrada por Viajes Iberia, S.A., Viajes Halcón, S.A. y Viajes Barceló, S.L. La Junta argumenta que -ya que dicha Agrupación por imperativo legal no puede tener el mismo objeto social que el de sus componentes (organización de viajes para personas de la tercera edad) y el objeto de la Agrupación consiste específicamente en la licitación en concursos- o bien se identifica con las empresas agrupadas o, caso contrario, no constituye actividad que tenga relación directa con el objeto del contrato, por lo que en ambos supuestos resultaría imposible acceder a la clasificación solicitada (folio 7.774 a 7.776).

No obstante, la Junta Consultiva considera que (folio 7.775):

“..en el presente caso, no se aprecia ningún interés específico en obtener la clasificación solicitada, ni, en consecuencia, ningún perjuicio en su denegación, si se tiene en cuenta que la vigente legislación de contratos del Estado admite claramente (artículo 10 de la Ley de Contratos del Estado, artículos 26 y 27 del Reglamento General de Contratación del Estado, Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero y Orden de 24 de noviembre de 1982, modificada por la Orden de 30 de enero de 1991) la capacidad de las empresas que concurren agrupadas, sin especificar requisitos formales, a la celebración de contratos administrativos, sin que tampoco surjan especiales dificultades en cuanto al reconocimiento de la capacidad de las empresas agrupadas y la categoría de los contratos a los que pueden optar, pues, como ha quedado reseñado, Viajes Iberia, S.A., Viajes Halcón, S.A. y Viajes Barceló, S.L. aparecen clasificadas en el Grupo III, Subgrupo 8, Categoría D, lo que no impide su presentación en agrupación para contratos de la máxima categoría.”

- 17°. En cumplimiento de lo establecido por el artículo 115.2.a de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cada una de las tres empresas adjudicatarias solicitó autorización al órgano de contratación, en este caso al Director General del INSERSO, para la cesión a Mundosocial, A.I.E. de los contratos de comercialización del Programa. Por su parte, el Director General, en sendos escritos (folios 1461,1462 y 1463) con fecha 20 de septiembre de 1995 resolvió autorizar la subcontratación de la ejecución del Programa de Vacaciones de la Tercera edad 1995/96 con la entidad Mundosocial, A.I.E., poniendo de manifiesto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 116 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se mantiene la total responsabilidad de la ejecución de los servicios contratados por parte de cada una de las empresas adjudicatarias.
- 18°. El INSERSO ha tenido noticia de todos los hechos acreditados explicitados en los apartados anteriores y en concreto, al principio de cada una de las ofertas de las cuatro candidaturas que se presentan al concurso se incorpora el siguiente texto idéntico:

"PRÓLOGO

GLOBALIZACION DEL PROGRAMA

*Manteniendo el espíritu de confección de la candidatura de los últimos años, que es la participación en el programa del máximo número de empresas posibles, esta licitadora no solo ha realizado para este año acuerdos muy especiales **con VIAJES IBERIA, VIAJES MARSANS Y VIAJES BARCELO**, sino que también incluye otras empresas líderes en el sector como son **VIAJES ECUADOR, CARLSON WAGONLITS TRAVEL, VIAJES INTERNACIONAL EXPRESO, VIAJES 2.000**, etc..., además de empresas que tradicionalmente se han interesado por el programa como son **VIAJES TEP, VIAJES OLYMPIA, BANESTUR**, etc...*

A pesar de que alguna empresa no se ha adherido, al no entender la necesaria filosofía de globalización del programa, creemos haber conseguido gran parte del objetivo fijado al haber incluido en esta candidatura a la mayoría de Agencias de Viajes grandes y pequeñas, Hoteles, transportistas, empresas de asistencia médica, de animación, etc.

Hemos pretendido repartir los beneficios operativos entre un gran número

de empresas que engloban la mayoría de los sectores del mercado turístico por lo que consideramos que esta candidatura no sólo representa a esta licitadora sino a la mayoría de empresas del sector.

*Todas ellas han depositado su confianza en esta Empresa para que les representemos dignamente en la candidatura y es precisamente ésto lo que esta licitadora pretende hacer a través de la documentación aportada, que es a nuestro entender **precisa y operativamente viable en todos sus aspectos.**" (folios 1660, 2643, 3611 y 4501)*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Lo primero que se tuvo que resolver durante la tramitación de este expediente ante el Tribunal fue la petición de terminación convencional del procedimiento y de archivo de las actuaciones solicitada por varios imputados al amparo de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 88 de la Ley 30/92 sobre terminación convencional de procedimientos administrativos. Dicha petición ya se había realizado ante el Servicio, habiendo sido denegada por éste.

El Tribunal reitera ahora los argumentos ya explicados en el Auto de fecha de 21 de marzo de 2000 y explicitados correctamente por el Servicio. Así, efectivamente, no cabe la terminación convencional del expediente administrativo porque el procedimiento sancionador de defensa de la competencia es un procedimiento especial, perfectamente establecido y regulado en todos sus términos en la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin que en la misma se establezca la terminación convencional ni durante la tramitación del expediente ante el Servicio ni ante el Tribunal. Se deduce, por lo tanto, que la voluntad del legislador era la de no regular el procedimiento de la terminación convencional. Si su intención hubiese sido la contraria lo habría regulado expresamente, tal y como se ha hecho en la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de Reforma de la LDC (B.O.E. del 29).

En dicha Ley -que según su Disposición final tercera entró en vigor (salvo excepciones que no vienen al caso) a los tres meses de su completa publicación en el "Boletín Oficial del Estado"- se especifica claramente, en su Disposición Transitoria única, que "Los procedimientos en materia de defensa de la competencia iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones hasta ahora en vigor". Es de aplicación, entonces, a este caso la Ley 16/1989 que establece en el artículo 37 un procedimiento reglado que determina expresamente que, una vez notificado el pliego de concreción de hechos y recibidas las correspondientes

alegaciones, deberá elevarse informe-propuesta al Tribunal si no hay sobreseimiento del expediente. A su vez, en los artículos 39, 40, 41, 42 y 43, referentes al procedimiento ante el Tribunal, se establecen detalladamente: la admisión a trámite del expediente, fase probatoria del mismo, la Vista o escrito de conclusiones, la posibilidad de audiencia del Instructor y la resolución del expediente. Por lo tanto, al estar reguladas expresamente en la LDC las fases del procedimiento sancionador de defensa de la competencia, los órganos responsables, tanto el Servicio como ahora el Tribunal, deben cumplir escrupulosamente dicho procedimiento, sin que quepa la aplicación supletoria del artículo 50 de la LDC, que sólo debe utilizarse en "lo no previsto expresamente en esta Ley".

Aunque, como se ha dicho anteriormente, no estaba vigente aún la Ley 52/1999 para este caso, el hecho de que se incluya ahora en ésta la terminación convencional es un indicativo más de que no pueda utilizarse la supletoriedad establecida en el artículo 50 de la LDC, pues el legislador no necesitaría haber previsto expresamente esta fórmula si ya era posible su aplicación en el marco regulado por la Ley 16/1989. Es más, en la Ley 52/1999 tampoco se contempla la terminación convencional en el procedimiento ante el Tribunal y, donde se contempla, que es en el artículo 31 referente a las funciones del Servicio de Defensa de la Competencia, que se le faculta a "promover y acordar la terminación convencional de los procedimientos tramitados como consecuencia de conductas prohibidas por esta Ley", y en el artículo 36 bis que regula minuciosamente el procedimiento de terminación convencional, la sujeta a un límite temporal. En consecuencia, se debe aclarar que sólo será posible promoverla y acordarla antes de la formulación de pliego de concreción de hechos, momento procesal que, en el presente caso, ha transcurrido con exceso. Así se dice en dicho artículo 36 bis, apartado 2: "Tampoco podrá acordarse la terminación convencional una vez notificado el pliego de concreción de hechos".

Por todo ello, no fue posible la terminación convencional ni, mucho menos, el sobreseimiento del expediente en base al principio de confianza legítima por las razones que se explican posteriormente en el Fundamento de Derecho sexto.

SEGUNDO: Este expediente se inició de oficio a raíz de la carta, de fecha 13 de abril de 1998, que el Presidente del Tribunal de Cuentas remite al Excmo. Sr. Ministro, entonces de Economía y Hacienda, poniendo en su conocimiento el contenido íntegro de la parte del informe aprobado por el Pleno del citado Tribunal referido al "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/96" gestionado por el entonces Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) y de los cuales se desprendía la existencia de posibles prácticas prohibidas por la LDC.

En dicho Informe se decía literalmente:

"Entre los contratos de asistencia celebrados por el INSERSO destaca el correspondiente a la ejecución del programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/96, con un presupuesto de licitación de 6.326,8 millones de pesetas. A este concurso concurrieron 4 empresas licitadoras (Viajes Halcón, S.A.; Viajes Marsans, S.A.; Viajes IBERIA, S.A.; y Viajes Barceló, S.L.) con 4 ofertas idénticas hasta en los más mínimos detalles. Esta situación se viene repitiendo en ejercicios precedentes (con las mismas empresas), como ya ha puesto de manifiesto este Tribunal en el Informe Anual de 1994, y constituye un quebrantamiento del principio de concurrencia exigido por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su art. 11.1, tal y como se expone a continuación.

Ante la identidad absoluta de las 4 ofertas, la Mesa de contratación al amparo de lo prevenido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, acordó establecer la experiencia y la eficiencia en el desarrollo de anteriores campañas como criterio de adjudicación y, conforme al mismo, elevó la correspondiente propuesta de adjudicación de los tres lotes del concurso a tres de las empresas licitadoras, (quedando excluída Viajes Marsans, S.A.), propuesta que fue confirmada por el órgano de contratación en la resolución de adjudicación del concurso.

Debe además ponerse de manifiesto que las 4 empresas licitadoras forman, al menos desde 1994, una Agrupación de Interés Económico (AIE), de las reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril, denominada Mundosocial, AIE. Esta Agrupación, como consta en la documentación aportada por las 4 licitadoras al concurso, había suscrito distintos contratos con agencias de viajes para la comercialización de este concurso, es decir, para la distribución, reserva, emisión y venta de las plazas, en una fecha en la que ni siquiera se había podido resolver el concurso para la ejecución del programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/96 porque ni siquiera se había convocado aún.

Este Tribunal no puede ignorar a este respecto que estos contratos, de gran trascendencia económica para el sector turístico, dejaron estrechamente vinculadas a las empresas que prestan servicios en el sector (agencias de viajes, etc...) con Mundosocial, AIE, con lo que hubiera sido difícil ejecutar el contenido del contrato objeto del concurso por otros eventuales licitadores, es decir, que de haber sido otros los adjudicatarios, difícilmente hubieran podido disponer de los servicios de estas empresas, dada la posición de dominio de que llegó a disfrutar la A.I.E. Estos hechos no sólo impidieron la existencia de

concurrancia efectiva al establecer barreras que impidieron la participación en el concurso de otros licitadores sino que además quebrantaron el principio de igualdad exigido por el art. 11.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puesto que desvirtuaron el sistema de contratación previsto en esta Ley al hacer posible un posterior reparto del mercado a través de la A.I.E.

Además, estos contratos entre Mundosocial, AIE y las empresas del sector (agencias de viajes, etc...), anteriores al concurso, ponen de manifiesto la seguridad que albergaban las empresas licitadoras de que iban a resultar finalmente adjudicatarias, lo que no puede desconectarse de la identidad absoluta de las ofertas con las que las 4 empresas concurren al concurso. El acuerdo de presentar al concurso 4 ofertas idénticas pudo constituir un acuerdo colusorio, es decir, restrictivo de la competencia, al eliminar de hecho la competencia entre las 4 licitadoras, teniendo en cuenta además que la AIE no concurre por su parte con una oferta propia e independiente de la de sus miembros. Con independencia de la posible vulneración de la Ley 16/1989, de 17 de julio, reguladora de la Defensa de la Competencia, esta práctica ha afectado además al principio de concurrancia que informa la contratación pública (artículo 11 de la LCAP), ya que al ser las 4 ofertas idénticas en todos sus términos, el INSERSO no pudo obtener bajas económicas en la adjudicación ni otras ventajas adicionales que hubieran podido ofrecer los licitadores en un régimen efectivo de libre concurrancia. En este sentido, el INSERSO debía haber valorado la posibilidad de adoptar otras soluciones que garantizaran la efectiva concurrancia, como exige el artículo 11 de la LCAP, sobre todo teniendo en cuenta que esta situación ha se había planteado en años anteriores.

Además, una vez adjudicado el concurso por el INSERSO, los 3 adjudicatarios subcontrataron su ejecución con la A.I.E. con la autorización del INSERSO de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Aunque desde el punto de vista formal esta autorización no quebrante la legislación vigente en materia de contratación pública, de hecho su concesión en este caso concreto produjo como efecto no deseable la eliminación de la concurrancia, pues los 3 adjudicatarios subcontrataron con quien, en virtud de sus propias actuaciones, únicamente podía prestar el servicio: Mundosocial, A.I.E.

Pero posteriormente, Mundosocial A.I.E., subcontratista de las adjudicatarias, en lugar de ejecutar directamente el objeto del contrato utilizando para ello los contratos de comercialización antes citados con las empresas de transporte, agencias de viajes, etc..., cedió a las cuatro empresas que conformaban esta A.I.E. (que fueron las licitadoras) la ejecución de estos últimos contratos. Así, se confirma lo puesto de manifiesto en el Informe Técnico elaborado en el INSERSO para la Mesa de Contratación donde se afirma que las 4 empresas

licitadoras "manifiestan expresamente que, en todo caso, de resultar alguna de ellas adjudicataria, participarán conjuntamente en la ejecución del Programa en el lote o lotes adjudicados".

La concatenación de los mecanismos de adjudicación, contratación, subcontratación y cesión descritos, ponen de manifiesto que cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación, es decir, aunque se hubiera adjudicado a una sola de las 4 empresas licitadoras, a dos, a tres como ocurrió, o a las cuatro, la interposición de la A.I.E. garantizaba que las 4 empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultaran o no adjudicatarias del concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de contratación desde el mismo momento en que concurrieron a la licitación, que quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la A.I.E.

En consecuencia, a juicio de este Tribunal, el conjunto de hechos descritos podrían ser constitutivos de una conducta restrictiva de la libre competencia, prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Por ello, con independencia de la obligación del IMSERSO de denunciar los hechos al Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda, este Tribunal dará traslado de los mismo al Titular de dicho Ministerio para que inicie las actuaciones oportunas.

Con independencia de la posible vulneración por los operadores económicos de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, el acto de adjudicación constituye un quebrantamiento del principio de concurrencia, que rige la contratación de las Administraciones Públicas, señalado en el artículo 11 de la LCAP. De acuerdo con ese principio el IMSERSO está obligado a adoptar medidas para favorecer la concurrencia, como hubieran sido en este caso y entre otras posibles: organizar el concurso en lotes más pequeños para favorecer la posible participación de nuevos licitadores, la supresión del pliego de cláusulas administrativas particulares de la posibilidad de subcontratar; no autorizar la subcontratación con la Agrupación de Interés Económico en los términos en que ya se había producido en años anteriores y que se repiten en éste, o dejar desierto el concurso."

TERCERO: El 29 de julio de 1997, el Director General del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) se dirigió al Tribunal planteando una consulta sobre diversos extremos relacionados con el antedicho concurso público convocado anualmente por el citado organismo.

En contestación a dicha petición el Tribunal indicó, en fecha 20 de enero de 1998, que el artículo 26.2 de la LDC, al regular las funciones consultivas y de emisión de informes del Tribunal, prevé que podrá emitirlos sobre materias de libre competencia a requerimiento de cualquiera de los Departamentos ministeriales.

Sin embargo señaló a continuación que, ante solicitudes precedentes, tales informes debían referirse a "consideraciones generales sobre cuestiones relativas a la libre competencia, pero no a casos específicos ni, menos aún, a conductas ya producidas sobre las que puede tener que pronunciarse en el ejercicio de sus funciones sancionadoras, La emisión de un informe supondría, en tal caso, formular un criterio, sin haberse producido una instrucción previa que corresponde al Servicio de Defensa de la Competencia; criterio que podría prejuzgar el sentido de la Resolución sobre una cuestión sometida a la consideración del Tribunal.

Sin embargo, ello no impide que el Tribunal realice una consideración general sobre las cuestiones suscitadas".

Por la importancia y claridad de dichas consideraciones generales y teniendo en cuenta que, según datos de la Contabilidad Nacional de España INE y del Informe Anual del Banco de España, el total de Gastos Corrientes de las Administraciones Públicas ascendió a más de 29 billones de ptas para el año 1995 y el total de gastos de inversión para el mismo año resultó ser de más de 4 billones 370 mil millones, y que gran parte de estos gastos se adjudican mediante concursos y subastas, con incidencia por lo tanto sobre las variables económicas fundamentales, conviene recordar tales criterios generales aplicables también al caso que nos ocupa. En dicho informe literalmente se dice:

"El Tribunal considera, en principio, que, en el ámbito de la contratación administrativa, la libre competencia entre los operadores económicos tiene como finalidad tanto la protección de los intereses económicos de la administración promoviendo la máxima competencia posible, como garantizar la igualdad de los que reúnen los requisitos necesarios para acceder a aquélla.

Las normas reguladoras de la contratación administrativa y, en particular, las relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos tratan de garantizar dicha finalidad, si bien contemplan distintas posibilidades sobre los sujetos que deben competir (procedimiento abierto o restringido) y sobre los elementos que la Administración debe tomar en consideración para la adjudicación de los contratos (la oferta a precio más bajo o la propuesta que, en su conjunto, resulte más ventajosa sin atender exclusivamente al precio).

No obstante, para que la finalidad perseguida por tales normas sea efectiva es necesario que concurra una condición adicional como es la de que los operadores partícipes compitan efectivamente.

Como se ha señalado, en el caso del concurso, que es el supuesto concreto suscitado, la Administración no se encuentra constreñida a resolver atendiendo exclusivamente al precio ofertado, sino que puede considerar el conjunto de las condiciones incluidas en la oferta, adjudicando el contrato a la que resulte más ventajosa. Pero para que ello sea posible, debe producirse una competencia real entre los concurrentes que afecte al conjunto de condiciones incluidas en las ofertas.

El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares al planteado considerando que tales prácticas constituyen una conducta "encuadrable en las prohibiciones del artículo 1.1. a y c) de la LDC puesto que se trata de un acuerdo o decisión [...] de operadores económicos que trata de homogeneizar las ofertas (...), restringir la competencia en precios, desvirtuar el sistema de concursos y potenciar posteriormente un reparto de mercado". (Por todas, la Resolución de 12 de diciembre de 1996. Expte. 364/95, Ortopédicos de Castilla-León, que se adjunta).

En relación a los pliegos de cláusulas administrativas el Tribunal estimó en su informe "La competencia en España: balance y nuevas propuestas" (1995) como principio general que "los citados pliegos deben asegurar a los operadores económicos el libre acceso a la prestación del servicio", añadiendo que "la Administración (...), al elaborar los correspondientes pliegos, debe evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten al libre acceso e imposibiliten la efectividad del principio mencionado".

En efecto, las propuestas anteriores resultarían totalmente estériles si, pese a ser asumidas por la Administración, a través de los pliegos (...) se establecen requisitos que operen como barreras de entrada, tales como el reservar la prestación del servicio a los empresarios de un determinado sector (...) excluyendo al resto, o el exigir al operador que cuente con los recursos necesarios para atender toda la demanda (...), impidiendo que dicha demanda pueda ser satisfecha por varios empresarios con menores medios. No hay que olvidar a este respecto que la verdadera competencia no reside exclusivamente en el hecho de la existencia de muchos competidores, sino también en que no haya barreras que impidan la entrada de nuevos operadores en cualquier momento (contestabilidad del mercado). Sólo de esta manera se conseguirá mantener la competencia (...).

Todo ello, sin perjuicio de considerar que, aún cuando los pliegos de condiciones

administrativas garanticen la competencia entre operadores económicos, pueden producirse en un momento posterior conductas por parte de éstos que constituyan prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, en cuyo caso, deberán ser denunciados ante los órganos competentes.

Así parece suceder en relación con los hechos sometidos a la consideración del Tribunal en los que se aprecian indicios de la existencia de conductas prohibidas por la LDC.

Por ello, el IMSERSO debe ponerlos en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia para que, practicadas las actuaciones instructoras que estime oportunas, se someta, en su caso, a la consideración del Tribunal que, en este momento, no puede prejuzgar el contenido de su Resolución".

CUARTO: En este expediente incoado de oficio, el Servicio, después de la instrucción pertinente y vista la valoración jurídica de los hechos, propone en primer lugar al Tribunal en su Informe-Propuesta que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 1.1a) de la LDC por parte de Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A. y Viajes Barceló, S.L., consistente en la absoluta identidad de las ofertas presentadas por dichas empresas al Concurso público nº 19/95.

El art. 1.1.a) 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 la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

Un examen mínimamente detallado de la abundante documentación que figura en el expediente respecto al contenido de las cuatro ofertas presentadas al Concurso nº 19/95, correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996", de la que una muestra significativa se encuentra relatada en los hechos probados, que no han sido contradichos por las partes, lleva a la necesaria conclusión, con un mínimo de sentido común, jurídico y económico, que tenía que haber acuerdo previo o práctica concertada para presentar ofertas tan amplias y detalladas con tan alto grado de similitud. Sólo con contactos previos y premeditados se pueden elaborar Pliegos de Condiciones tan parecidos y sobre todo ofertas económicas por cada lote exactamente iguales y por el máximo precio posible en la licitación. De hecho ni siquiera se trata de similitud y parecido, sino prácticamente de identidad. No sólo queda patente que hubo acuerdo de fijación de precios, sino

también de prácticamente todas las condiciones comerciales y técnicas de prestación del servicio. Las imputadas reconocen todos estos hechos hasta tal punto que durante la celebración de la vista el representante de Mundosocial A.I.E. afirmó y confesó que las ofertas se redactaban conjuntamente en la misma sede de Mundosocial A.I.E. No sólo reconocen estos puntos, sino que, además, dicen ser beneficiosos para los usuarios finales y el conjunto de la economía. Así se afirma, por ejemplo, que "los únicos beneficiarios de esa organización eran, precisamente, los pensionistas o destinatarios finales de los viajes ofertados". Pero en esta afirmación no se tiene en cuenta que tales programas son subvencionados en un porcentaje muy elevado y que, por lo tanto, esas subvenciones y esos tipos máximos de licitación son pagados en último término por los contribuyentes con los que en estos casos siempre hay que contar y que serían los perjudicados últimos del hecho de no respetar las leyes de defensa de la competencia y las reglas del juego en la contratación pública.

Tampoco tiene sentido, desde el punto de vista económico y de la teoría de la empresa, afirmar (como hacen) que concursar las cuatro empresas por el tipo máximo era un requisito necesario ya que dichos precios máximos no dejan margen para reducciones, que, consecuentemente, toda baja sería temeraria y que cualquiera que licite lo tiene que hacer por el precio máximo. Concluyen que la igualdad de ofertas es consecuencia del Pliego de condiciones, dado que no hay posibilidad de presentar una oferta que no sea igual (por el máximo) que las otras.

Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal es también una falacia sustentar que los precios son prácticamente iguales en todas las empresas del sector porque se basan en estudios sobre los costos reales, objetivos y generales para todos. *"Si hay algo que se descubre continuamente al observar la realidad económica y empresarial en régimen de competencia es precisamente la riqueza de la variedad respecto a las valoraciones distintas respecto a determinadas mercancías o servicios y los recursos -costes- necesarios para producirlas. Toda persona física o jurídica, en cada instante histórico, tiene un punto de vista original y distinto en alguna medida sobre lo que es apreciable y mejor para sus clientes potenciales así como los recursos que se necesita combinar de una u otra forma para producir esta o aquella mercancía o este o aquel servicio. Se puede ser más intensivo en instrumentos de capital o más intensivo en capital humano, se puede tener una estructura u organización de gran tamaño con costes fijos importantes pero con economías de escala, o se puede preferir la mayor flexibilidad y atención personalizada de pequeñas empresas. Se puede preferir reducir precios recortando márgenes para conseguir mayor número de clientes o, por el contrario, se puede apostar por precios altos con calidad especial añadida. Las horas de trabajo pueden ser diariamente variables o fijas, los medios utilizados más o menos sofisticados, la*

inversión en publicidad más o menos amplia e ingeniosa... etc. En toda actividad económica siempre hay diversidad de funciones y formas de producción posibles. La ilimitada variedad de combinaciones de bienes intermedios, capital y, sobre todo, recursos humanos, y el amplio grado de diferencias en la potencialidad y capacidad de las personas y los recursos es una de las más precisas características con que nos encontramos siempre en la realidad empresarial. Si esta riqueza de la variedad innovadora apenas se ve reflejada en los precios de forma habitual es motivo suficiente para sospechar un cierto grado de colusión en dichos mercados". Desde luego, desde cualquier empresa independiente ni se pueden aventurar afirmaciones ciertas y "objetivas" sobre lo que otros competidores pueden o deben hacer en base a lo que su libre autonomía entiende en cada momento ser lo más conveniente para sus clientes y para su actividad empresarial. De todo ello se deriva la imposibilidad real de que sean ciertas las alegaciones de las denunciadas cuando afirman que la identidad observada se produce propiciada por diversas circunstancias del concurso que hacen necesariamente idéntica su conducta; o cuando alegan que todas tienen que hacer frente a gastos similares; o cuando sólo aluden a las diferencias de servicio sin admitir las diferencias posibles de precios.

Lo que es una temeridad es precisamente lo contrario: suponer que todas las empresas del sector, posibles ofertantes al concurso poseen exactamente los mismos costes financieros, laborales, informáticos, de funcionamiento, fiscales, de inmovilizado material e inmaterial, de morosidad..., etc. También sería una temeridad presentarse al concurso sabiendo que se van a obtener pérdidas. Tal actuación iría en contra de la finalidad primordial de búsqueda del beneficio y de la supervivencia de toda empresa lucrativa. Pero es que, al contrario, los beneficios obtenidos año tras año por las adjudicatarias del concurso no son sólo de carácter monetario sino que se obtienen otros muchos tales como mayores posibilidades de acceder a futuros concursos, amortiguar costes fijos en temporada baja en los que en cualquier caso se iba a incurrir, beneficios de la consecución de una información personalizada de miles de usuarios a los que se les pueden ofertar otros servicios en ocasiones dispares, mayor presencia y cuotas de mercado en los sectores directamente implicados y sus complementarios... etc. Se incrementa así el llamado fondo de comercio que está integrado por la clientela y las expectativas de negocio generadas por el empresario, el cual se contabiliza como un elemento del activo cuando se adquiere a terceros a título oneroso y que tiene la consideración de bien inmaterial que puede representar un valor económico muy superior a la suma de los valores de los diversos elementos que lo integran. Los precios de los bienes finales no son el efecto de la suma de los costes de producción, sino al revés: el precio de los bienes finales es la causa del precio mayor o menor de los factores de producción. Si el precio del concurso no fuera suficiente para cubrir costes (contando también los beneficios no monetarios de adjudicarse el concurso) las

empresas no participarían en las ofertas. En la página 15 del informe de Princewaterhousecoopers, por ejemplo, se dice: *"La estacionalidad de la demanda generó los mayores niveles de ocupación en los meses estivales, con un 71,98% en julio, un 79,45 en agosto y un 69,67% en septiembre.*

El descenso drástico de la ocupación durante el invierno en los destinos de playa obliga a cerrar un número significativo de establecimientos durante la temporada baja".

Por lo tanto, el Tribunal considera que está perfectamente probado este primer cargo imputable a Viajes Iberia, Viajes Barceló, Viajes Halcón y Viajes Marsans no sólo por todas las razones señaladas sino también por otras que se señalan posteriormente.

QUINTO: El segundo cargo que el Servicio imputa en su Informe Propuesta que remitió al Tribunal dice literalmente:

"Que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 1.1.c) de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L y Mundosocial, A.I.E., consistente en que cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación, es decir, aunque se hubiera adjudicado a una sola de las cuatro empresas licitadoras, a dos, a tres o a las cuatro, la interposición de la A.I.E. y los pactos entre ellas garantizaban que las cuatro empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultaran o no adjudicatarias del concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de contratación con la fórmula elegida para concurrir a la licitación, que quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la A.I.E y habían pactado la ejecución conjunta del programa".

El Tribunal entiende que este segundo cargo forma una unidad consustancial y complementaria con el primero, potenciándolo y agravándolo, de tal forma que difícilmente se hubiesen presentado ofertas idénticas al concurso si anteriormente no estuviese pactado y acordado, a través de Mundosocial A.I.E., que cualquiera que hubiese sido la adjudicación concreta de la licitación, con todas las combinaciones posibles de los tres lotes y las cuatro empresas licitadoras, la interposición de la A.I.E. y los pactos entre ellas garantizaban que iban a ejecutar el contrato y repartirse el mercado según dichos acuerdos y no según el resultado del concurso y la decisión de la Mesa de Contratación. Difícilmente se pueden separar los entresijos de ambas imputaciones. Forman todos ellos una transgresión del artículo 1 de la LDC en general ya que no es necesario especificar si era contra la letra a) o la letra c) del punto 1 del artículo 1 puesto que en el texto de la Ley se indica que tales apartados son "en

particular". Lo relevante en este caso es la prohibición de los acuerdos y prácticas concertadas o conscientemente paralelas que tengan por objeto produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Tales acuerdos o prácticas concertadas tuvieron también como protagonista de primer orden la Agrupación de Interés Económico Mundosocial.

Mundosocial A.I.E. se constituyó en septiembre de 1991 por Viajes Iberia, Viajes Halcón y Viajes Barceló. En agosto de 1992 se incorporó Viajes Marsans con lo que, cuando se presentaron sus cuatro socios por separado y con ofertas idénticas al Concurso público nº 19/95, su participación en el capital social de Mundosocial A.I.E. era del 34% Viajes Iberia, 23%, Viajes Halcón, 23% Viajes Barceló y 20% Viajes Marsans.

Según el Preámbulo de la Ley 12/1991, de 29 de abril, sobre regulación de agrupaciones de interés económico, *"La Agrupación de Interés Económico constituye una nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros. El contenido auxiliar de la Agrupación sigue el criterio amplio que esta figura ha tenido en la Europa Comunitaria, y consiste en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquéllos que no se oponga a esa limitación. Se trata, por tanto, de un instrumento de los socios agrupados, con toda la amplitud que sea necesaria para sus fines, pero que nunca podrá alcanzar las facultades o actividades de uno de sus miembros"*.

Ante la creciente necesidad de cooperación interempresarial que imponen las nuevas circunstancias del mercado, especialmente ante la perspectiva entonces -y la realidad ahora- de la integración europea, la función que estaba y está llamada a desempeñar la Agrupación de Interés Económico en el mercado interior la desenvuelve en el ámbito comunitario la figura de la Agrupación Europea de Interés Económico. Esta figura se halla regulada por el Reglamento (CEE) 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio, que en diversos puntos remite o habilita a la legislación de los Estados miembros para el desarrollo o concreción de sus propias previsiones. La ejecución de esas previsiones del texto comunitario se lleva a cabo, como resultaba obligado, en esta misma Ley, que aspira a regular, conjunta y homogéneamente, ambas figuras, estableciendo, en los límites permitidos por el Reglamento comunitario, el carácter supletorio de la figura española respecto de la europea.

Pues bien, en el Derecho Comunitario, las agrupaciones de interés económico, que son un tipo de empresas en participación cooperativa al ser controladas por dos o más firmas económicamente independientes, tienen que cumplir escrupulosamente la normativa que afecta a la competencia no pudiendo crearse con la finalidad contraria de restringirla. Se es consciente de que junto a

los efectos beneficiosos (tales como incentivo para inversiones arriesgadas, promoción de la innovación y la transferencia de tecnología, refuerzo en la posición competitiva de las empresas pequeñas y medianas o eliminación del exceso estructural de la capacidad productiva) las empresas comunes pueden tener también efectos anticompetitivos contrarios a los efectos económicos beneficiosos indicados. Éste será el caso cuando resulte que dichas agrupaciones conducen al reparto del mercado, a elevar barreras a la entrada de nuevos competidores o al aumento del poder económico sobre el mercado. En el análisis sobre si estas empresas comunes fomentan la competencia o la restringen hay que tener en cuenta una serie de factores tales como si las partes son competidores reales o potenciales; el efecto de la agrupación sobre la competencia entre las partes en los diferentes mercados; sus efectos sobre terceros y si éstos son apreciables o los efectos anticompetitivos de las restricciones accesorias. Como regla general, se considera que es aplicable el art. 1 de la LDC a los casos en que las partes de la empresa común son competidores reales, ya que una restricción de la competencia directa o indirecta, es más que probable si no inevitable. También se puede atacar contra el art. 1 aunque las empresas matrices agrupadas no sean competidores reales, en los supuestos en que éstas sean competidoras potenciales. Se considera que existe una relación de competencia potencial cuando cada una de las empresas matrices es capaz de desempeñar por sí sola las funciones confiadas a la empresa en participación y conserva esta capacidad tras la creación de esta última.

En el caso que nos ocupa no se observa que existan en la constitución de Mundosocial A.I.E. los efectos beneficiosos citados y sí en cambio son patentes los efectos anticompetitivos restrictivos en tanto en cuanto los cuatro partícipes son no sólo competidores potenciales sino competidores reales en los mismos mercados y además de una entidad en volumen de ventas y presencia en el sector en absoluto pequeñas. Más bien cabe presumir en este caso efectos anticompetitivos repartiendo el mercado, coordinando sus políticas comerciales y en especial, como se ha dicho, en materia de precios ofertando al Concurso por el tipo máximo. Hay datos abrumadores en el expediente, relatados muchos de ellos en los hechos probados, que confirman la intención de coludir a través de Mundosocial A.I.E., como sociedad instrumental, causando el resultado proscrito de restringir la competencia. En Mundosocial A.I.E. se fraguaron acuerdos, decisiones, recomendaciones, actos, exhortaciones o como se les quiera llamar entre competidores reales importantes que están taxativamente prohibidos por el art. 1 de la LDC.

Ante estas imputaciones, se alega que se debe considerar el contexto histórico en que se convoca este Concurso en el que con anterioridad a la Agrupación Mundosocial, tales programas eran organizados y ejecutados por la mercantil

Viajes Ceres, siendo conocida, por la repercusión que tuvo en su día, la mala actuación de esa entidad en relación a los viajes para la tercera edad y, concretamente, la situación a la que se llegó por parte de esa mercantil que generó deudas millonarias.

Se debe decir respecto a este punto, en primer lugar, que es significativo que, en aquellas ocasiones, una sola empresa de mucha menor profesionalización, experiencia e implantación en el sector turístico que las ahora imputadas por transgresión de la LDC sí que licitó por sí sola. Pero, en segundo lugar y principalmente, el Tribunal tiene que señalar que en el presente expediente se imputan cargos respecto al Concurso para la temporada 95/96, fechas muy alejadas ya de aquellas fechas de la temporada 91/92 en que se planteó tal cuestión problemática respecto a la continuidad del Programa. Si ya entonces las empresas que licitaron debieron también respetar la LDC ya vigente entonces (aunque quizás las circunstancias hubieran ejercido un efecto atenuante en la consideración de las conductas y de las posibles sanciones), más escrupulosos debieron ser los licitantes con la normativa sobre competencia en los concursos posteriores a los que se presentaron y, mucho más, en el presente Concurso donde aquellas circunstancias atenuantes no tienen ninguna influencia. Menos, habiendo sido repetidas estas prácticas en los distintos concursos anuales sucesivos.

Otra alegación reiterada a lo largo del procedimiento se refiere a que el Pliego de Prescripciones Técnicas establece requisitos tan exigentes que no existe ninguna empresa española que por sí sola pudiera cumplir esos requisitos. Se señala que la existencia de un Consorcio, esto es, de un acuerdo entre empresas, viene impuesta por la propia actuación de la Administración al definir las condiciones que han de reunir las agencias para presentarse al Concurso. Así, en el informe de los profesores de la Universidad de las Islas Baleares se afirma que *"Dichas condiciones no eran cumplidas de manera individual por ninguno de los socios de Mundosocial A.I.E. Incluso el cumplimiento de manera agrupada era solamente parcial"*. Y en el informe de Pricewaterhousecoopers se concluye que *"si analizamos el número de agencias u oficinas de los grupos empresariales objeto del presente estudio observamos que ni individualmente, ni en su conjunto, ninguno de ellos cumple la condición descrita en el pliego (...). No existe el menor margen de maniobra en mi representada para elegir u optar entre presentarse al Concurso de forma independiente o hacerlo en forma agrupada: sólo formando un consorcio, sea U.T.E., A.I.E., o cualquier otra fórmula de asociación, se pueden ir complementando las distintas implantaciones territoriales de las diferentes empresas"*. Según la agencia, estos pactos y acuerdos entre las cuatro a través de Mundosocial A.I.E. no son ilícitos, sino que son imprescindibles para dar cumplimiento a los requisitos técnicos y económicos que impone el Pliego.

Efectivamente, dicho Pliego exigía, entre otras condiciones, que para la comercialización se debía establecer un sistema informático centralizado, a cuya red debían conectarse todas las agencias de viaje que desearan intervenir en el Programa y se requería disponer de un punto de venta por capital de provincia, un punto de venta en cada localidad española superior a 40.000 habitantes y que en cada localidad española con población superior a 200.000 habitantes existiese un punto de venta por cada 20.000 habitantes o fracción.

En contestación a estas alegaciones recurrentes se debe decir que las condiciones del Pliego señalan lógicamente la necesidad de subcontratar previamente, en una primera fase anterior al Concurso, los factores de producción (agencias de comercialización, transportes y hoteles) necesarios para el adecuado desarrollo del programa; pero ello no significa en absoluto que cada agencia licitante deba contar por sí misma con agencias de comercialización en todo el territorio nacional. Basta con subcontratar previamente los factores necesarios en cumplimiento del Pliego para poder ser licitante y oferente del programa. La entidad, profesionalización, experiencia e implantación en el mercado turístico de cada uno de los cuatro grupos que se unieron hacen que hubieran sido capaces de crear redes independientes con otras empresas para licitar compitiendo con las demás. Téngase en cuenta que, si bien ciertos acuerdos de comercialización entre competidores pueden no restringir la competencia si las partes del acuerdo no ostentan cierto poder de mercado significativo, los acuerdos entre estos cuatro grandes grupos sí que restringen gravemente la competencia al poseer conjuntamente un relevante poder de mercado.

El asentamiento y desarrollo solvente de la libre empresa, en donde se enmarca la LDC, está directamente relacionado con la definición y clarificación de las responsabilidades y los derechos de propiedad de cada operador económico, así como con el principio de autonomía de comportamiento por parte de los actores de la trama económica que resulta vital para el desarrollo de una competencia dinámica y enriquecedora. La gestión común entre empresas independientes puede dar lugar a comportamientos prohibidos y produce en ocasiones resultados peores de los que se trata de obviar mediante la misma al anular una parte de los mecanismos de mercado que son los que habitualmente tienden a garantizar la solución de los problemas planteados.

No es lógico pensar que -pudiendo subcontratar diversos aspectos con otras entidades menores en una fase anterior al Concurso sin cláusulas de no competencia y con cláusulas suspensivas caso de no resultar finalmente adjudicataria del mismo- cada una de las cuatro empresas que se presentaron no fuese capaz, independientemente de las otras tres y con plena autonomía de

comportamiento, de coordinar una red solvente de oficinas, servicios de comercialización, transporte y hoteleros que accediera por sí sola al conjunto del Programa o a cualquiera de sus 3 lotes. Téngase en cuenta que las empresas que se presentaron con pactos entre ellas a través de Mundosocial A.I.E. son cuatro de las seis primeras empresas del sector y que forman grupos muy importantes en facturación, recursos tecnológicos, presencia y profesionalización que poseen además muchos de los factores de producción necesarios para llevar a buen puerto el cabal cumplimiento del Pliego de condiciones técnicas y administrativas. Así, el grupo Viajes Iberia facturó en 1994 en torno a los 106.000 millones de pesetas estando formado ya entonces por once agencias de viajes, cuatro Tour Operadores, una compañía hotelera y una correduría de seguros además de las inercias y el posible aprovechamiento de parte del "know how" de la compañía Iberia de navegación aérea; Viajes Halcón contaba con una agencia de viajes con 272 oficinas, dos Tour Operadores, una compañía de autocares y también una compañía aérea facturando 33.228 millones de pesetas; Viajes Barceló, que facturó 68.000 millones de pesetas, disponía también entonces de cuatro agencias de viajes con 91 oficinas, tres Tour Operadores y dos compañías hoteleras; por su parte, el grupo en el que se enmarca Viajes Marsans, que facturó ya en 1994 más de 108.000 millones de pesetas, estaba formado por dos agencias de viajes con 192 oficinas, cinco Tour Operadores, dos compañías de autocares y una compañía aérea, Spanair, S.A. Con plena autonomía e independencia de las otras tres podía cada una haberse presentado al concurso compitiendo con las demás para adjudicarse cada lote, dos o los tres con el total de las 360.000 plazas y los más de 6.000 millones de subvención en cada concurso. De hecho, en años anteriores se presentaron empresas como Viajes Cemo, S.A. o la U.T.E. de Viajes Olimpia, S.A. y Viajes Tep, S.A. que son entidades de envergadura muy inferior, pero que se encontraron capacitadas para poder competir y acceder al concurso aunque al final no consiguieran ser adjudicatarias del mismo.

Entiende el Tribunal que las cuatro empresas imputadas, que concertaron sus ofertas a través de su Agrupación de Interés Económico, pudieron y debieron competir entre sí para conseguir autónomamente el concurso en su conjunto o alguno de los lotes. En este último caso, las negociaciones posteriores para la coordinación de los aspectos técnicos y de comercialización necesarios se podrían realizar con transparencia respetando las responsabilidades y los derechos de propiedad adquiridos en buena lid competencial.

Si también se alega que, lógicamente, las distintas empresas adjudicatarias debían de estar en una perfecta coordinación para que la calidad que pudieran ofrecer en cada lote fuera homogénea y en aras a la obtención de la mejor calidad perseguida por la Administración, se debe responder a dicha alegación que no hay mejor posibilidad de coordinación y homogeneidad en aras a esa

mejoría en la calidad de los servicios prestados que cuando es una misma empresa independiente, con el prestigio, seriedad, rigor y solvencia de cualquiera de las cuatro, la que organiza y ensambla toda la ejecución del Programa. Adjudicados y clarificados los derechos de propiedad y las responsabilidades concretas una vez se pronunciara la Mesa de Contratación perfectamente podían acordarse "a posteriori", sólo aquellos aspectos que fuesen estrictamente necesarios. Lo que no se puede admitir es un acuerdo "a priori" conjunto de todos los aspectos entre cuatro o cinco de las seis primeras empresas del sector concursando de hecho conjuntamente y por el tipo máximo. Si bien pudiera ser cierta la conclusión del informe de los profesores de la Universidad de las Islas Baleares cuando dice que *"la gestación conjunta del Programa por parte de los integrantes de Mundosocial mejoró la eficacia en la comercialización del mismo, eliminando uno de los grandes problemas del mismo que era la ineficiente gestión de las plazas disponibles"*, ello no quiere decir que sin vulnerar la competencia en el acceso al Concurso ofertando autónomamente cada una con responsabilidad y libertad propias, no se hubiesen conseguido iguales o mejores resultados en la comercialización posterior del Programa con la coordinación fácil entre las que ya hubiesen sido ganadoras del Concurso. Lo que no se puede admitir desde el punto de vista de la LDC son los pactos previos entre las cuatro empresas licitadoras que garantizaban, fuese cual fuese el resultado, que las cuatro iban a ejecutar finalmente los contratos.

Efectivamente, desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la A.I.E. y habían pactado la ejecución conjunta del programa, el proceso de contratación quedó desvirtuado y la licitación quedó convertida en mera ficción. Se atentó así gravemente a la competencia restringiéndola y falseándola. Cercenando la competencia en el único momento en que existe libertad, esto es, en el acceso al Concurso se consigue acceder a un mercado de 360.000 clientes. Al ser un programa subvencionado, como parte del precio lo paga el beneficiario pero a unos precios muy inferiores a los del mercado, la demanda crece notablemente. Siempre ocurre que a unos menores precios las cantidades demandadas de bienes y servicios crecen. Si esos menores precios son claramente inferiores la demanda se incrementará mucho más. De ahí que la ocupación del Programa haya sido prácticamente completa. No se precisa captar cliente por cliente en la contienda competencial diaria de los mercados abiertos sino que, consiguiendo adjudicarse el Concurso con estos pactos concertados, se consiguen de una vez todos los clientes.

En definitiva, si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso, si las cuatro únicas empresas que se presentan (pertenecientes a cuatro grupos de los más importantes del sector) no compiten de hecho entre sí sino que pactan con anterioridad el reparto del total del concurso, si en éste se concede una preferencia sustancial al adjudicatario anterior y si, en el periodo

entre concursos, las empresas ya implantadas tienen posibilidades, que materializan con frecuencia, de extender los servicios concedidos sin necesidad de concursar, resulta evidente que los pactos colusorios constituyen una barrera de entrada adicional. Al quedar los tres lotes del concurso de manera continuada en manos, de hecho, de la misma agrupación de empresas, aumenta la posibilidad de su monopolio, con el deterioro de la competencia antes mencionado. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso. Queda por todo ello acreditada la transgresión del artículo 1 de la LDC por parte de Viajes Iberia, S.A., Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Barceló, S.A. y Mundosocial A.I.E.

SEXTO: Tanto respecto a estos primeros cargos como a todos los demás, también se alega con profusión por parte de las denunciadas, primero ante el Servicio y luego ante el Tribunal, el principio de confianza legítima según el cual las Agencias de Viajes obraron amparadas en la buena fe y la legítima confianza de que no existía infracción alguna en materia de defensa de la competencia en la formulación de ofertas. Plantean que fue el regulador quien les incitó a la ilegalidad en materia de competencia.

Afirman que el INSERSO indujo a las cuatro empresas a presentar una oferta en común al resultar imposible licitar y ejecutar el contrato de forma individual por las propias condiciones impuestas en el Concurso. Dicen, además, que advirtieron expresamente en sus ofertas a la Administración que, en el caso de que alguna de ellas resultara adjudicataria, el programa sería ejecutado conjuntamente. Si la Administración no hubiera querido aceptar esta fórmula de operar, debería haber declarado desierto el concurso. Lo que no cabe es que la Administración consintiera esta condición y que ahora otros Servicios de la misma acusen a las empresas de haber obrado ilícitamente, puesto que ello supondría una vulneración del citado principio de confianza legítima. Entienden que la repetida adjudicación del concurso en años sucesivos y el hecho de que el Director General del INSERSO autorizara a los tres adjudicatarios del Concurso la subcontratación de la ejecución del programa a Mundosocial A.I.E. según consta en el Hecho Acreditado 4.6 del Pliego de Concreción de Hechos avalan la existencia de confianza legítima y error invencible. Según ellas, tanto las manifestaciones del Director General de INSERSO en la prueba testifical, como la asistencia de un miembro del Servicio Jurídico en la Mesa de Contratación, como la negativa a otorgar la clasificación a Mundosocial A.I.E. por parte de la Junta Consultiva de Contratación, son actuaciones de la Administración que hacen confiar a los ahora imputados.

El principio de la confianza legítima en este ámbito tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán. Aunque no está recogido expresamente en ningún precepto legal del ordenamiento jurídico español, sí que se ha utilizado en

algunas sentencias, también del Tribunal Supremo. Significa que es legítimo y, por tanto, jurídicamente exigible, que el ciudadano pueda confiar en la Administración, delimitándose así los derechos y obligaciones de ambos en un sentido objetivo, según lo que se puede esperar de acuerdo con las reglas del "tráfico jurídico", y no en sentido subjetivo, según la creencia de las partes. Este principio, por ejemplo, no puede invocarse para amparar cualquier tipo de convicción psicológica producida en el ciudadano, sino la confianza que se basa en signos o hechos externos de la Administración, lo suficientemente concluyentes para que induzcan racionalmente a aquél, a confiar en la apariencia de legalidad de una actuación administrativa concreta moviendo su voluntad a realizar determinados actos.

El principio de confianza legítima es uno más (y no el más importante) de los principios de carácter general, de tal forma que no se puede considerar solamente éste de forma unilateral. En este caso, es preciso tener en cuenta de forma especial el principio de legalidad de la acción administrativa que debe ser respetado de forma relevante. La LDC estipula una serie de conductas prohibidas que las empresas imputadas deberían haber evitado y que desde luego conocían o debían conocer. Tan importante es el principio de legalidad respecto a las normas de esta Ley que en su Exposición de Motivos se dice que *"la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución.*

La presente Ley responde a ese objetivo específico: Garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público (...)". Se inspira además en las normas comunitarias de política de competencia.

No es ocioso recordar aquí ahora que el art. 38 de la Constitución Española, donde se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y donde también se dice que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio así como la defensa de la productividad, se encuentra situado en el Título Primero "De los derechos y deberes fundamentales", en el Capítulo II "Derechos y libertades" y en la Sección 2ª "De los derechos y deberes de los ciudadanos". El principio de legalidad en el caso de la LDC es un valor fundamental a tener en cuenta. En este caso, el interés individual que se podría derivar de la posible confianza legítima difícilmente puede prevalecer sobre el

interés general.

El Derecho de la competencia, además, ha ido progresivamente alcanzando mayores cotas de importancia para el mejor desarrollo económico y riqueza de las naciones ampliando el ámbito de influencia de dichas normas desde su original aplicación exclusiva a las empresas privadas hasta que también los distintos entes y empresas públicas, así como las Administraciones Públicas en muchas ocasiones, son los destinatarios de dicho Derecho. Todo ello es consecuencia lógica de la constitucionalización del principio de libre competencia y leal concurrencia.

El artículo 90 del Tratado de Roma, por ejemplo, contiene un mecanismo que permite supervisar las actuaciones públicas cuando conceden derechos preferentes a determinadas empresas que les sitúan en ventajas competitivas. Por otra parte, el hecho de que una de las políticas de la Unión Europea consista en el establecimiento de un régimen que asegure que la competencia no sea falseada en el mercado común y que el artículo 5 obligue a todos los Estados a adoptar las medidas para el cumplimiento de estos fines permite que la actividad de los Estados, incluso la normativa, esté sometida a la supervisión de las instituciones europeas para comprobar si responden o no al principio de la libre competencia. Las normas de la competencia por lo tanto se aplican también a las Administraciones Públicas, no sólo cuando actúen como oferentes de bienes y servicios, sino también cuando actúen como demandantes de tales bienes y servicios. Los preceptos contenidos en la LCAP y en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro tienen relación directa con las normas de la competencia. Las normas que contribuyen a asegurar la transparencia y la igualdad de concurrencia en la contratación pública tienen varios objetivos, pero no puede descartarse que entre estos objetivos se encuentre la finalidad concurrencial. En la medida en la que se trata de conseguir que la totalidad de oferentes puedan presentarse a la contratación pública en igualdad de condiciones y sin privilegios, la finalidad de tales normas de regular la actividad concurrencial aparece evidente.

El principio de confianza legítima, como se ha dicho de origen alemán, fue frecuentemente utilizado, en el inicio, por litigantes alemanes, ante el Tribunal de Justicia, y por tanto, es un principio reconocido en el ordenamiento jurídico comunitario. Pero, sin embargo, del análisis detallado de las sentencias comunitarias en las que se menciona se desprende que el Tribunal de Justicia apenas ha estimado que se produjese una violación de este principio. El Tribunal de Justicia en muy contadas ocasiones considera que se ha vulnerado el principio de confianza legítima, debido al carácter perturbador del mismo frente a los poderes públicos y porque puede cuestionar el principio de legalidad.

Analizando sus Sentencias se observa que el origen del recurso suele ser un cambio normativo, generalmente la promulgación de un nuevo Reglamento que modifica el existente y nunca sobre la base de un acto verbal de la Administración comunitaria, ni siquiera por la elaboración de documentos escritos como puede ser una Comunicación.

Para juzgar este caso, teniendo en cuenta que dicho principio se incluye en la jurisprudencia española tomándolo de la jurisprudencia comunitaria, es muy importante y decisivo tener en cuenta que en la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 1988, citando también otras Sentencias anteriores, se dice: *"El Tribunal de Justicia consideró que un comportamiento culpable de la Comisión o de sus funcionarios, al igual que una práctica de un Estado miembro que no se atenga a la normativa comunitaria, no puede originar una confianza legítima en el operador económico beneficiario de la situación así creada (véase sentencia de 16 de noviembre de 1983, Thyssen, 188/82, Rec. 1983, p. 3721, y sentencia de 15 de diciembre de 1982, Maizena, 5/82, Rec. 1982, p. 4601).*

Se deduce que el principio de la protección de la confianza legítima no puede invocarse en contra de un precepto preciso de un texto de Derecho comunitario, y que el comportamiento de una autoridad nacional encargada de aplicar el Derecho comunitario, que está en contradicción con este último, no puede basar, en un operador económico, una confianza legítima para beneficiarse de un tratamiento contrario al Derecho comunitario".

En la ilegalidad, por lo tanto, no cabe la confianza legítima. Debe evitarse el peligro de que el principio de la confianza legítima se convierta en mero recurso retórico a fin de evitar razonamientos más complejos o para sustituir la aplicación de las leyes por el sentimiento personal de justicia. No se puede perder de vista el establecimiento de una línea de argumentación sobre el contenido de los distintos principios generales del Derecho, si se quiere obtener un grado adecuado de consenso y, por tanto, de seguridad en la certeza del Derecho.

Cabe señalar también que para que un acto administrativo sea vinculante debe ser consecuencia de un título habilitante de actuación administrativa por parte de ese órgano. Ello significa que ni el Director General del INSERSO ni la Mesa de Contratación tienen competencia o título habilitante de actuación en relación a si una determinada conducta resulta o no restrictiva de la competencia y, por tanto, las empresas no pueden confiar en que dichos órganos se estén pronunciando sobre la legalidad de su actuación en materia de competencia.

En este caso hay una cuestión de incompetencia del INSERSO en tanto que

órgano administrativo estatal que no puede dictaminar sobre materias de defensa de la competencia. De hecho, ni siquiera lo puede hacer el Tribunal de Cuentas como queda demostrado al pasar el informe que se cita en el Fundamento de Derecho Primero al Ministro de Economía y al SDC. El mismo INSERSO, además, consciente de ello, pidió informe al TDC que contestó con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero. La función del INSERSO debe ser ejercida (y así lo deben saber las empresas) en los términos que establezcan las leyes y normas reglamentarias que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado. En este sentido, no está capacitado para dar seguridad jurídica a las empresas sobre la materia de defensa de la competencia. En el ordenamiento jurídico español no cabe otra interpretación del título competencial en esta materia que la atribución de las funciones propias de defensa de la competencia a dos órganos de la Administración Central: el Servicio y el TDC.

En materia de defensa de la competencia sólo el TDC puede, en primera instancia, y con el control jurisdiccional posterior, dar seguridad jurídica y confianza a los operadores económicos. En 1991, cuando se inicia este cártel, ya estaba vigente la LDC y las empresas, así como las distintas Administraciones debían conocerla y actuar en consecuencia.

Por todo lo anteriormente explicado no se puede alegar la confianza legítima en este caso por parte de las empresas imputadas.

Por último, el Tribunal considera oportuno señalar que, si bien en este caso el INSERSO no ha sido imputado por el Servicio, ni en el Pliego de Concreción de Hechos ni en el Informe-Propuesta, como transgresor de conductas prohibidas por la LDC, debe éste tener cuenta, de cara a futuros concursos que, estando en sintonía con la LDC, en la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, modificada por Ley 9/1996, de 15 de enero, se dice que trata de recoger un común denominador sustantivo que asegure, de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales de todos los españoles, así como la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia. Hay que tener en cuenta también que el artículo 74 de dicha Ley indica expresamente que *"en el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición"* y en el artículo 75 apartado 3 que *"en el concurso de adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del Derecho de la Administración a declararlo desierto"*.

Así, por lo tanto, conviene recordar que existen unos principios jurídicos que

deben informar todo tipo de licitación como son la publicidad, la competencia, contradicción y la igualdad de oportunidades para los potenciales licitadores. Sobre estos principios generales deberán perfilarse unas cláusulas de selección que sean, ni tan amplias que las cumplan fácilmente todas las empresas ni tan estrictas que hagan difícil la competencia.

SÉPTIMO: En el Informe-Propuesta, el Servicio, después de realizar la instrucción pertinente, propone en tercer lugar al Tribunal:

"Que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 1.1 a) y b) de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonlit Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A., Viajes Valdés y Mundosocial, A.I.E., consistente en la suscripción de contratos entre Mundosocial y cada una de las Agencias mencionadas, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a ayudar, colaborar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa".

El tenor literal de estos pactos de no competencia se encuentra en el hecho probado 12º y allí se explica también que Mundosocial A.I.E. había suscrito numerosos contratos con agencias de viajes para la comercialización de este Concurso, en una fecha anterior a la convocatoria del Concurso, pero con una cláusula suspensiva según la cual los efectos del contrato se subordinan a la condición de que la A.I.E. Mundosocial resulte adjudicataria bien directa o indirectamente. En la gran mayoría de estos contratos firmados con las diferentes agencias (unas 342) simplemente se establecen las condiciones de comercialización para la distribución, emisión y venta del paquete turístico. Sobre estos contratos nada se tiene que objetar desde el punto de vista de la defensa de la competencia, más bien al contrario.

Sin embargo, se firmaron también con anterioridad al Concurso varios contratos con las empresas citadas anteriormente, en los que se pacta y acuerda una cláusula por la que la agencia se obliga a no competir con Mundosocial A.I.E., directa o indirectamente, comprometiéndose a no presentarse al Concurso ni a colaborar con ninguna otra candidatura de otra empresa. Estos pactos, firmados con importantes empresas del sector, alguna con un volumen de facturación parecido al de cada una de las partícipes de Mundosocial A.I.E. y otras con importancia relativa en distintos ámbitos que hubiesen podido presentarse al concurso aliados con otras de menor importancia que las imputadas (alguna lo

hizo así en concursos anteriores) fueron una pieza clave para que los cuatro partícipes de Mundosocial A.I.E., a bs que ya se les habían adjudicado los concursos en años anteriores, pudieran asegurarse el cierre del mercado y la práctica seguridad de que no iban a tener competidores en el acceso al concurso. Con ello, se posibilitaba la presentación de ofertas idénticas entre ellos por el precio máximo sin apenas riesgo de perder el Concurso por la presentación de ofertas mejores alternativas.

Recordemos de nuevo, para analizar este punto, que el ordenamiento en vigor determina qué servicio será prestado por una empresa a la que se le haya adjudicado el correspondiente concurso. El concurso se entenderá otorgado en régimen de exclusividad y, por lo tanto, durante la duración del mismo ninguna otra empresa podrá competir con las adjudicatarias disfrutando éstas de un poder de mercado sólo limitado por las condiciones estipuladas en el Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas. El acceso al mercado queda, así, cerrado durante el período anual del Programa. Ahora bien, el proceso por el cual se determina la empresa adjudicataria se desarrollará en libre competencia, con los requisitos exigidos para presentarse al concurso. Requisitos a su vez que la Administración concede de forma reglada a toda empresa que acredite las necesarias condiciones de capacitación profesional, honorabilidad y capacidad económica.

Esta preponderancia y ventaja comparativa de Mundosocial A.I.E. en el acceso al mercado que sólo se abría consiguiendo el Concurso, hace que la red de pactos múltiples diseñada y materializada con cláusulas de no competencia agravara mucho más la infracción del artículo 1 por parte de Mundosocial A.I.E. que respecto a los demás, a pesar de la necesaria bilateralidad que siempre se da en las transgresiones de dicho art. 1. Si dicho artículo de la LDC prohíbe todo acuerdo que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia es evidente que quedan prohibidas tales cláusulas pactadas. La firma de cada una de ellas con Mundosocial A.I.E. no sólo pudo producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia sino que de hecho lo produjo al evitar que cualquiera de ellas pudiese liderar o incorporarse a otra red de contratos con múltiples agencias que accediese también a la posible consecución del concurso. También las filiales de las principales imputadas en este expediente -en tanto en cuanto al firmar el pacto de no competencia con Mundosocial A.I.E. estaban imposibilitándose para competir con las otras tres principales que se presentaron independientemente en teoría al concurso y de las que no eran filiales- consintieron en firmar una cláusula también prohibida por el artículo 1. Pero, sin embargo, insistimos en que la gravedad mayor era de la Agrupación de Interés Económico que era la que diseñaba toda la red de no competencia cerrando el mercado. Su información, a través de la información de sus cuatro partícipes, era privilegiada

y actuaba como barrera de entrada significativa.

Se da también en este caso el problema de la información asimétrica y su afectación al funcionamiento del mercado que ha sido ampliamente estudiado como barrera de entrada en un mercado. La información no es gratuita y el acceso a ella es tanto más difícil cuanto menor es la competencia en el mercado. La información sobre la demanda está en poder de quien suministra el bien o servicio y cuanto menor sea el número de oferentes más dificultades existirán sobre el acceso a la información por parte de los potenciales competidores. En el caso extremo de los monopolios sólo éstos disponen de una información precisa sobre las características de los clientes, ya que éstos, por definición, son clientes en exclusiva.

El mercado afectado en este caso por el lado de la demanda, consiste en un amplio número de personas de la tercera edad y, en consecuencia, la información obtenida mediante la explotación está exclusivamente en manos de los adjudicatarios que, a su vez, están coordinados entre sí de forma pactada. Ello tiene como consecuencia, en definitiva, el cierre del mercado por el lado de la oferta con los efectos perjudiciales que ello acarrea sobre los consumidores y, desde luego, sobre los contribuyentes.

La creación de una única agrupación de empresas que ha creado antes de concursar una amplia red de contratos (los más importantes) con cláusulas de no competencia y que presta todo el servicio del Programa, afecta al proceso concursal futuro de forma determinante, con una probabilidad muy elevada de empeorar las condiciones de competencia del mismo. En particular, aumentan las posibilidades de constreñir el mercado por el lado de la oferta impidiendo, en definitiva, el funcionamiento de los mecanismos del mercado en competencia.

Hay que tener en cuenta, además, que los acuerdos prohibidos son especialmente graves cuando ejercen una profunda influencia sobre la competencia en el mercado y cuando determinan la conducta de gran número de operadores económicos del sector o sectores adyacentes. Se debe considerar asimismo que varias cláusulas de no competencia son más nocivas precisamente por su efecto acumulador.

Por todo ello, queda acreditado también este cargo por parte de las imputadas aunque con responsabilidades diferentes.

OCTAVO: El Servicio propone en cuarto y quinto lugar al Tribunal en el Informe-Propuesta:

"Que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 6.2. b) y e) de

la Ley de Defensa de la Competencia contra Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L y Mundosocial, A.I.E., por abuso de posición de dominio conjunta consistente en la conducta descrita en el cargo anterior y que ha tenido como resultado la expulsión del mercado de potenciales competidores, ya que desde la temporada 1995/96 hasta la fecha, ninguna otra empresa, ni UTE, ni AIE intentó concursar a dichos Programas".

Y también: "Que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 6.2.d) de la Ley de Defensa de la Competencia contra Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial, A.I.E., por abuso de posición de dominio conjunta consistente en el compromiso de las cuatro Agencias de que, en caso de ser adjudicataria de todos o parte de los lotes, ejecutarán el programa conjuntamente, bien de forma directa o indirecta a través de Mundosocial, A.I.E., con el resultado de repartirse el mercado entre las cuatro Agencias, cualquiera que sea la resolución del concurso".

Para dictaminar si se ha vulnerado el artículo 6 de la LDC lo primero que se debe hacer es definir el mercado relevante de producto y geográfico para, a continuación, estudiar si existe posición de dominio y, por último, si se ha abusado de ella.

Desde el punto de vista de la evaluación de las condiciones de competencia, el criterio básico que debe tenerse en cuenta para la definición del mercado de producto es la intercambiabilidad o sustituibilidad de los bienes y servicios a efectos de su utilización por los consumidores. De hecho, en su Comunicación relativa a la definición del mercado relevante, la Comisión de la Unión Europea considera que el mercado de producto de referencia *"comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos."*

Como ya se ha dicho en el Fundamento de Derecho tercero, muchos proyectos de obras, servicios, programas subvencionados o concesiones administrativas que salen a concurso o se subastan, si son en exclusiva, se caracterizan por el hecho de que el producto es único ya que cada concurso o lote del mismo, como en este caso, consta de una serie de características que condicionan totalmente su teórica sustituibilidad con otros productos. No se compite durante la prestación del servicio o la realización de la obra, sino que la competencia se establece en cada momento en que se lleva a cabo un concurso.

Al analizar además el ámbito geográfico del mercado relevante se debe tener en cuenta que en el caso de los concursos no se puede aplicar sin más el concepto

de mercado geográfico que normalmente se aplica en otros expedientes sancionadores. De acuerdo con la Comisión *"el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en las que las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquélla"*. Pero, como se ha dicho, si bien el programa al que se concursa delimita un ámbito geográfico, no se puede hablar en estos casos concursales y concesionales de condiciones de competencia en esos lugares porque ya hemos dicho que se suelen explotar en régimen de monopolio por el adjudicatario.

Las peculiaridades de los sistemas concursales suelen hacer necesario un análisis más detallado del ámbito geográfico del mercado relevante. Desde el lado de la oferta, existen elementos en este caso que indican el carácter nacional del mercado ya que no sólo el Programa es subvencionado a nivel nacional y para el conjunto de personas de la Tercera Edad, sino que también la regulación específica aplicable es la estatal que determina el alcance del ámbito geográfico competencial de la Autoridad Administrativa encargada de determinar las condiciones técnicas y económicas del concurso y de decidir su adjudicación. Estos elementos distinguen esta zona geográfica de otras posibles y que determina las condiciones de competencia. El ámbito de actuación de la Administración que otorga los concursos es un elemento relevante para definir el mercado geográfico, elemento que no puede obviarse aun cuando, desde el lado de la demanda, cualquier empresa podría presentarse a los concursos. Por todo ello, la definición del mercado geográfico en estos casos resulta muchas veces prácticamente irrelevante.

Hechas las consideraciones anteriores sobre el mercado relevante, respecto al posible abuso de posición de dominio conviene recordar que el art. 6 de la LDC no prohíbe la posición dominante, sino el abuso de la misma y enumera, a título de ejemplo, una serie de supuestos de manera no exhaustiva. Se tienen que dar simultáneamente: posición dominante y abuso.

A la hora de concretar esa posible explotación abusiva, el artículo 6 de la LDC señala que podrá consistir, entre otros muchos posibles, en la imposición, de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos; 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, o 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. Y, por último, el apartado 3 del artículo 6 termina diciendo que se aplicará también la prohibición a los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

En este caso podría haberse dado la situación de posición dominante colectiva por agrupación de las cuatro y la conexión a través de los pactos de no competencia con otros competidores posibles. Todo ello en tanto en cuanto tendrían independencia de comportamiento suficiente como para poder actuar, a través de Mundosocial, sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de sus competidores. Podría haber lazos de unión suficientes que les permitan a todas ellas actuar al unísono respecto a determinados elementos de competencia en el concurso perdiendo toda su autonomía individual. Le resultaría muy difícil, además, a un nuevo entrante en dicho mercado acceder al concurso.

Sin embargo, el Tribunal entiende que no es necesario entrar a razonar y pronunciarse en este caso sobre la correcta o incorrecta definición del mercado relevante por parte del Servicio, ni sobre la existencia o no de una posición de dominio colectivo en dicho mercado que es la condición necesaria para que se pueda infringir el artículo 6 de la LDC abusando de dicha posición de dominio. Y no es necesario porque, tal y como han alegado las partes y también lo señala el Servicio en su Informe-Propuesta, aplicando el principio de "non bis in idem", el cargo quinto del Informe es subsumible en el cargo segundo y el cargo cuarto lo es en el tercero. Se evita así la duplicidad de concurso de tipos -art. 1 y art. 6 de la LDC- para unas mismas conductas restrictivas. El Tribunal ha considerado más apropiado en este caso que prevalezcan las transgresiones del artículo 1, tal y como se ha razonado en los Fundamentos de Derecho cuarto y quinto por considerar que se ajustan mejor a las conductas restrictivas cometidas.

NOVENO: Teniendo en cuenta todo lo anterior, habiendo quedado acreditado que las imputadas transgredieron el artículo 1 de la LDC al haber practicado unas conductas prohibidas y contrarias a la libre competencia, es preciso intimar a sus autoras para que cesen en la realización de las mismas y en lo sucesivo se abstengan de adoptar acuerdos y prácticas similares a las anteriores.

Producidas unas prácticas prohibidas por la LDC, las mismas deben ser sancionadas y así el artículo 10 de la LDC dice que el Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas, que, deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la Resolución del Tribunal.

1. Tal y como se ha razonado en los Fundamentos de Derecho cuarto y quinto ha quedado acreditada la transgresión del artículo 1 de la LDC consistente en la absoluta identidad de las ofertas presentadas por Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A. y Viajes Barceló, S.L. al Concurso público nº 19/95 en el que se adjudicaban los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996" gestionado por el INSERSO, así como la existencia de conductas también prohibidas por dicho artículo 1 por parte de las cuatro empresas citadas y Mundosocial A.I.E. consistentes en que cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación, es decir, aunque se hubiera adjudicado a una sola de las cuatro empresas licitadoras, a dos, a tres o a las cuatro, la interposición de la A.I.E. y los pactos entre ellas garantizaban que las cuatro empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultaran o no adjudicatarias del concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de contratación.

Tal conjunto de conductas se encuadran entre las infracciones más graves de la LDC tal como ha recordado en innumerables ocasiones este Tribunal. Si ya la concertación horizontal de precios es grave, la gravedad se acrecienta cuando tal concertación se produce para ofertar los mismos precios en un concurso, ya que en este supuesto, tal y como se señala en la Resolución del expte. 395/97 de fecha 30 de septiembre de 1998, Vacunas Antigripales, la sustitución de la competencia se realiza en un terreno en el que la afectación del interés público resulta especialmente relevante. *"Si una Administración pública convoca un concurso para obtener precios más bajos en los suministros, y esa finalidad es vetada por el acuerdo entre los concursantes, el interés público resulta dañado doblemente ya que, por un lado, se distorsiona el funcionamiento del mercado, al igual que en cualquier otra conducta colusoria y, por otro, se evita el ahorro público perseguido por la convocatoria del concurso, al impedir ofertas más bajas de las convenidas"*. A esta gravedad cualificada se añade la producida con los pactos en Mundosocial A.I.E. que hicieron que la licitación quedara convertida en mera ficción al haber pactado la ejecución conjunta del programa desvirtuando, como se ha dicho, todo el proceso de contratación con la fórmula elegida para concurrir.

Teniendo en cuenta que el artículo 10 citado señala en su apartado 2 que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo que se tendrá en cuenta una serie de circunstancias, el Tribunal -considerando la modalidad ya señalada y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado

directamente por dicho Concurso así como la afectación a mercados conexos, la cuota que ostentan las empresas autoras de las conductas en los mismos y el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales- estima justo imponer una multa de 600 millones de pesetas en total por estos cargos distribuidos entre los cuatro socios de Mundosocial A.I.E. en proporción a sus participaciones, esto es: 204 millones de pesetas (34%) a Viajes Iberia, S.A.; 138 millones de pesetas (23%) a Viajes Halcón, S.A.; 138 millones de pesetas (23%) a Viajes Barceló, S.L. y 120 millones de pesetas (20%) a Viajes Marsans, S.A. Con estas cifras resulta una cuantía proporcionada a la gravedad y demás circunstancias de las conductas aun cuando aún se encuentre muy lejos del límite del 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la Resolución del Tribunal.

2. Respecto a la transgresión acreditada del artículo 1 de la LDC por parte de Mundosocial A.I.E. y doce agencias de viajes con las que suscribió contratos en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de ellas de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni ayudar, colaborar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa, tal y como se argumenta en el Fundamento de Derecho séptimo, también considera el Tribunal que es una conducta grave en tanto que contribuye a cerrar el mercado por parte de Mundosocial, A.I.E. que es la principal autora de esta conducta prohibida múltiple, con los pactos de no competencia.

Considerando, también ahora, los criterios indicados en el apartado 1 anterior, en especial la gravedad, modalidad, dimensión del mercado afectado y los notables efectos de la restricción de la competencia sobre los competidores por parte de la Agrupación de Interés Económico, el Tribunal estima adecuado fijar la multa de 150 millones a Mundosocial A.I.E. por esta transgresión múltiple del art. 1 de la LDC diferente de la sancionada anteriormente.

Respecto a Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonslit Travel, Viajes 2000, S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso, S.A., Viajes Sidetours, S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A. y Viajes Valdés se estima necesario, al haber quedado también acreditado que transgredieron la LDC practicando una conducta contraria a la libre competencia, intimar a sus autores para que cesen en la realización de la misma y en lo sucesivo se abstengan de adoptar acuerdos, decisiones y prácticas semejantes a la

anterior.

Sin embargo, así como Mundosocial A.I.E. sí que era consciente de que estaba protegiéndose y levantando barreras de entrada de acceso al concurso con dicha red de contratos en los que algunos contenían cláusulas de no competencia, las demás, que las firmaban individualmente, no tenían por qué conocer el conjunto del entramado que se estaba formando con el resto de contratos y las cláusulas de no competencia que firmaban las otras.

Tal y como también se dice en la Resolución de fecha 27 de julio de 2000, (expte. 468/99, Texaco 2), siendo aplicables al Derecho administrativo sancionador los principios que rigen el derecho penal, como recuerda la STS de 23 de febrero de 2000 en un recurso cuyo origen era una Resolución del TDC, y entre ellos el de la culpabilidad, podemos concluir que en el supuesto examinado no se encuentra en la conducta del resto de empresas (exceptuando Mundosocial A.I.E.) al firmar sus respectivos contratos, indicios suficientes que permitan concluir la existencia de intencionalidad para limitar la libre competencia o de que los mismos hubieran podido prever este mismo resultado, lo que hubiera permitido atribuirles algún grado de culpabilidad, siquiera a título de culpa consciente.

Por ello, de acuerdo con estos postulados y de conformidad con el texto de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que permite acoger los principios enunciados al condicionar en su art. 10 la imposición de multas sancionadoras a que los sujetos infractores hayan actuado deliberadamente o con negligencia, se debe concluir la no imposición de sanción económica en este caso, al no concurrir uno de los elementos esenciales para multar que se indica en dicho art. 10.

3. El Tribunal considera también que, por razones de ejemplaridad y para evitar confusión en todos estos aspectos respecto a la aplicación de la Ley, hay que dar a la presente Resolución una amplia difusión. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46.5 de la LDC, el Tribunal ordena la publicación, a costa de los sancionados y en proporción a las multas pecuniarias, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las secciones de economía o de nacional de dos diarios de información general que se distribuyan en todo el territorio español.

DÉCIMO: Por último, el Tribunal entiende también conveniente, a la vista de todo lo actuado, que se traslade copia de esta Resolución y de los particulares

que sean precisos al Fiscal General del Estado por si se encontraran indicios de conductas ilegales de otra naturaleza que no corresponde al TDC enjuiciar ni resolver.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO: Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por parte de Viajes Halcón, S.A., Viajes Marsans, S.A., Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Mundosocial A.I.E., consistentes en acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por las cuatro primeras al Concurso público nº 19/95 - correspondiente a la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del "Programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996", programa gestionado por el INSERSO -así como realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación-; es decir, aunque se hubiera adjudicado a una sola de las cuatro empresas licitadoras, a dos, a tres o a las cuatro, la interposición de Mundosocial A.I.E. y los pactos entre ellas garantizaban que las cuatro empresas licitadoras iban a ejecutar finalmente el contrato, resultaran o no adjudicatarias del concurso, lo que desvirtuó todo el proceso de contratación con la fórmula elegida para concurrir a la licitación, que quedó convertida en mera ficción desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la Agrupación de Interés Económico y habían pactado la ejecución conjunta del programa.

SEGUNDO: Declarar que también ha quedado acreditada la realización de otra práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por parte de Mundosocial A.I.E., Viajes Ecuador, S.A., Carlson Wagonslit Travel, Viajes 2000 S.A., Viajes Interopa, Viajes Cyrasa Internacional, Viajes Ciberviaxes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tours, S.A., Viajes Tep, S.A. y Viajes Valdés consistente en la suscripción de contratos entre Mundosocial A.I.E. y cada una de las Agencias mencionadas, en cuyas cláusulas se establece el compromiso por parte de dichas Agencias de no presentarse al concurso convocado por el INSERSO para la ejecución del Programa de vacaciones para la Tercera Edad correspondiente a la temporada 95/96, ni a colaborar, ayudar o participar en la presentación de ninguna candidatura de cualquier otra empresa.

TERCERO: Requerir a los citados autores de las conductas declaradas

prohibidas anteriormente, para que cesen de inmediato en las mismas y en lo sucesivo se abstengan de adoptarlas y practicarlas de nuevo.

CUARTO: Imponer las siguientes multas:

- a) A Viajes Iberia, S.A. una multa de 204 millones de pesetas, equivalentes a 1.226.064'693 euros.
- b) A Viajes Halcón, S.A. una multa de 138 millones de pesetas, equivalentes a 829.396'704 euros.
- c) A Viajes Barceló, S.L. una multa de 138 millones de pesetas, equivalentes a 829.396'704 euros.
- d) A Viajes Marsans, S.A. una multa de 120 millones de pesetas equivalentes a 721.214'525 euros.
- e) A Mundosocial A.I.E. una multa de 150 millones de pesetas, equivalentes a 901.518'156 euros.

QUINTO: Ordenar la publicación -en el plazo de dos meses a contar desde su notificación- de la parte dispositiva de esta Resolución a costa de las multadas (y en la misma proporción que las multas) en el Boletín Oficial del Estado y en las secciones de economía o de nacional de dos diarios de información general que se distribuyan en todo el territorio español.

SEXTO: La justificación de lo ordenado en esta Resolución deberá hacerse ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

SÉPTIMO: Ordenar que se traslade copia de esta Resolución y de los particulares que sean precisos al Fiscal General del Estado por si se encontraran indicios de conductas ilegales de otra naturaleza que no corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia enjuiciar ni resolver.

Comuníquese la presente Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.