

Id Cendoj: 28079230062003100453
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 991 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARGARITA ROBLES FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de febrero de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 6/991/00, que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. ANTONIO PUYOL VARELA, en nombre y representación de VIAJES HALCÓN,S.A. frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Letrado del Estado, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de Octubre de 2000, sobre prácticas restrictivas de la competencia (que después se describirá en el primer fundamento de Derecho) siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo, mediante escrito presentado el 4 de Diciembre de 2000, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 27 de Diciembre de 2000, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 30 de Junio de 2001, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 23 de Octubre de 2001, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 11 de Febrero de 2003, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone Recurso contencioso administrativo contra Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de Octubre de 2.000, recaída en el expediente 476/99 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*, consistentes en la concertación mediante la presentación de cuatro ofertas idénticas al concurso después de haber constituido una Agrupación de Interés Económico.

Son antecedentes a tener en cuenta que, el expediente se incoa de oficio por el Servicio, por Providencia de fecha 12 de Mayo de 1.998, tras recibir el acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas de darle traslado de los hechos descritos en el Informe Anual de 1.995, 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.

En la tramitación del expediente el Servicio formuló el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos, con los siguientes Cargos:

"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 1995/96", 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, resultarían 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 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 Tour,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 a 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 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 Tour,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.A. 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."

Continuada la tramitación se dictó la Resolución impugnada acordando :

"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 empresa 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 formula 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 Ciberviajes, Viajes Cavaltour, Viajes Internacional Expreso, S.A., Viajes Sidetours S.A., Viajes Lamia Tour,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, 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 1995/96, 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, equivalente a 1.226.064'693 euros.
- b) A viajes Halcón,S.A. una multa de 138 millones de pesetas, equivalente 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

SEGUNDO.- Obviamente afecta al actor el primer punto de la Resolución, es decir, la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el *Art. 1 de la LDC*.

Según la recurrente, las causas que justificaron la presentación de ofertas idénticas al concurso

público 19/95 fueron: A) La denegación a MUNDOSOCIAL, A.I.E. de la clasificación necesaria para presentarse al concurso por Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante Acuerdo de 26 de Mayo de 1.992, que fue notificado a los socios el 28 de Mayo de 1.992, cuando ya se había convocado el concurso correspondiente a la temporada 92/93 y faltando tan sólo ocho días para que finalizara el plazo de presentación de candidaturas. Señala que en tan breve plazo resultaba imposible agruparse en otra forma consorcial y dadas las facilidades dadas por el INSERSO los socios de Mundosocial, optaron por la única forma posible de agruparse antes de que finalizara el plazo de presentación de candidaturas, presentando todos ellos ofertas idénticas y advirtiendo de forma expresa a la Administración en sus respectivas candidaturas que la ejecución del programa sería conjunta, fuera quien fuera el adjudicatario final.

La actora, al igual que las demás entidades sancionadas, puso en conocimiento de la Administración que, de resultar adjudicataria, en beneficio del usuario, el programa se ejecutaría conjuntamente con el resto de miembros de Mundosocial AIE, ejecución que fue expresamente autorizada por el INSERSO, quien conocía perfectamente la forma de actuación, B) Se fija también Viajes Halcón, S.A., en las condiciones para la comercialización del programa, imponiéndose unas condiciones y exigencias tan importantes que ni Viajes Halcón, S.A., ni ninguna otra empresa española cumplía con los puntos de venta exigidos.

Considera la actora que, su conducta y la de las demás empresas sancionadas no es incardinable en ninguna de las prácticas que enumera el *artículo 1 de la LDC*.

La existencia de acuerdo para presentar ofertas idénticas al Concurso nº 19/95 en ningún momento se ha negado ni ha sido ocultado: es evidente la absoluta identidad de las ofertas presentadas en las candidaturas de las empresas adjudicatarias, justificada por la premura del plazo para su presentación.

Sería aplicable para la recurrente el Principio de Confianza Legítima que descansa en la seguridad jurídica que tiene el administrado en la legalidad de un acto administrativo, lo que se desprendería del conocimiento y aprobación de su actuación por parte del IMSERSO

Para el caso de que se considerase que la presentación de ofertas idénticas, aisladamente considerada, pudiera incardinarse en el *Art. 1 de la Ley 16/89*, dicha conducta no sería sancionable atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso a saber:

-La publicidad dada por las empresas sancionadas al acuerdo adoptado para la licitación del Concurso público, lo que excluye cualquier argumento relativo a la concertación o intencionalidad de la conducta adoptada.

-La reiteración de esa conducta por parte de las empresas durante sucesivos Concursos, desde la temporada 93/94 hasta la temporada 97/98, siendo perfectamente conocida y aceptada por la Administración.

-El acuerdo de presentar ofertas idénticas tuvo su origen en la resolución denegatoria de la clasificación que impidió que Mundosocial A.I.E., pudiera licitar al programa; estableciendo la misma resolución la posibilidad de que las empresas miembro concurrieran agrupadas al Concurso, agrupación que, por premura de plazo; sólo pudo operarse mediante la presentación de ofertas idénticas y ello con el beneplácito de la Administración convocante.

Añade la recurrente que el Tribunal de Defensa de la Competencia considera, también dentro del Punto Primero de la parte dispositiva de la Resolución que se recurre, como práctica restrictiva de la competencia: el acuerdo de ejecución conjunta del programa adoptado por las cuatro empresas sancionadas que se ejecutaría a través de la Agrupación de Interés Económico constituida por las mismas. Se opone a ello señalando que tales hechos no son incardinables en ninguna de las prácticas que prohíbe el *artículo 1 de la Ley 16/1989* de Defensa de la Competencia, ya que no sería un pacto colusorio sino una comunión de esfuerzos para prestar un mejor servicio.

El acuerdo vino motivado por las exigencias de comercialización del Programa contenidas en los Pliegos de Prescripciones técnicas por las que se regía el Concurso y además la intención de ejecutar conjuntamente el Programa con los demás socios de Mundosocial A.I.E., lejos de ser un pacto secreto, fue expresamente anunciada por Viajes Halcón, S.A. y las demás empresas licitadoras en sus respectivas ofertas a la Administración. A ello añade que el acuerdo de ejecutar conjuntamente el Programa mediante la subcontratación con Mundosocial fue expresamente autorizado por la Administración, autorización contenida en la carta del Sr. Dr. General del Inersro, fechada día 20/09/95, por la que se autoriza a los tres

adjudicatarios del concurso la subcontratación de la ejecución del programa a Mundosocial AIE.

Por último, aduce que la interposición de Mundosocial AIE, a través del impropriadamente denominado contrato de subgestión o subcontratación, en nada afecta a la posibilidad de existencia de conductas prohibidas en la medida en que no es más que un sistema de gestión, explotación y comercialización, en definitiva, de ejecución del servicio contratado.

Argumenta también que no es procedente apreciar en ella culpabilidad, habiendo un error invencible derivado de la actuación de la Administración.

Por último, considera que hubo un compromiso expresado y suscrito por la recurrente y las demás empresas sancionadas de cesar y poner fin a las conductas que le fueron reprochadas, compromiso que fue denegado y que se formulaba para poner fin al procedimiento. Tal propuesta sería indicativa de un arrepentimiento espontáneo.

TERCERO.- Como no podía ser de otra manera la actora acepta que las ofertas presentadas al concurso 19/95 para la adjudicación de los contratos de asistencia para la ejecución del programa de vacaciones del ejercicio 95/96, financiado parcialmente por el INSERSO fueron idénticas con el compromiso de todas las concursantes -Viajes Marsans,S.A., Viajes Iberia,S.A., Viajes Barceló, S.L. y Viajes Halcón,S.A.- de que en caso de ser adjudicatarias se comprometían a ejecutar el programa conjuntamente y en exclusiva con las otras.

Debe tenerse en cuenta que en Septiembre de 1.991, Viajes Iberia, S.A., Viajes Halcón, S.A., Viajes Barceló, S.A., 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. Por su parte, Viajes Marsans, S.A., se incorporó a Mundosocial en Agosto de 1.992.

Mundosocial, A.I.E., tiene como objeto social las actividades económicas auxiliares de las que, como Agencias de Viaje, 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.

El T.D.C. en su Resolución dice al respecto:

" En el caso que nos ocupa no se observa que exista 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 repartiéndose 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* ."

Esta aseveración debe compartirse, y lo cierto es que lo razonable hubiera sido que las cuatro empresas 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, con respecto a la competencia.

Aún cuando fuera cierta la conclusión del informe de la Universidad de las Islas Baleares cuando dice "la gestación conjunta del Programa por parte de los integrantes de Mundosocial que 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.

Desde el momento en que las empresas que licitaron habían constituido la A.I.E. y pactaron la ejecución conjunta del programa, el proceso de contratación quedó desvirtuado y la licitación quedó convertida en mera ficción. Se atentó contra 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.

Tiene razón el T.D.C. al señalar que si el acceso de nuevos operadores sólo es posible en el momento del concurso, si las cuatro únicas empresas que se presentan 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 adicional. El mercado se reduce y los potenciales entrantes ven así mermadas sus oportunidades de acceso.

Se estaría, pues, vulnerando por la actora el *Art. 1 de la L.D.C.* y no podría aceptarse 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., avalasen la existencia de confianza legítima y error invencible.

El principio de la confianza legítima comporta que es legítimo, 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. Pero dicho principio debe ser interpretado restrictivamente y siempre en el ámbito de la legalidad.

Obviamente ni el Director General del INSERSO, ni la Mesa de Contratación tienen competencia 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. No cabe excluir pues, su culpabilidad, ni tampoco se puede alegar la confianza legítima en este caso por parte de las empresas imputadas, ya que no podía estarse a un Acto propio de quien no tenía la competencia al efecto.

Las explicaciones antes sintetizadas expuestas por la actora en modo alguno desvirtúan lo que es una consecuencia lógica y obligada de la presentación por ella y otras tres sociedades, de idénticas ofertas, con la cláusula expuesta que se traducía en que era lo mismo cual de las cuatro fuera la adjudicataria, pues tal adjudicación a todas beneficiaría.

Siendo ello así, es obvio que la recurrente transgredió el *Art. 1 de la L.D.C.*, por lo que resulta ajustada a derecho la Resolución impugnada, no resultando procedente en el presente ámbito, hablar de arrepentimiento espontáneo, que por lo demás viene a implicar un reconocimiento de los hechos imputados: El compromiso se formuló con la única finalidad de que se terminara o sobreyera el procedimiento iniciado.

CUARTO.- De conformidad con el *Art. 139 de la Ley Jurisdiccional* no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. ANTONIO PUJOL VARELA, en nombre y representación de VIAJES HALCÓN,S.A. contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de Octubre de 2000, por ser la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.