

Id Cendoj: 28079230062005100724
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1000 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de enero de dos mil cinco.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 1000/2000, seguido a instancia de la mercantil "Viajes Marsans SA", representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido, en calidad de codemandado "Viajes Halcón SA", con asistencia letrada y representada por el Procurador D. Antonio Pujol Varela.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó superior a los 150.253 €, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:.- En fecha 25 de octubre de 2000, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone: "

1º. Declarar acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el *art. 1 de la Ley 16/1989*, consistente en acordar la absoluta identidad de las ofertas presentadas por 4 empresas del sector turístico entre las que se encuentra la recurrente en el 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, gestionado por el IMSERSO, así como realizar una ejecución conjunta cualquiera que hubiera sido el resultado de la licitación. En concreto se les reprochó la presentación de ofertas idénticas con acuerdo para el reparto de interno de la ejecución del contrato si cualquiera de ellas resultaba ser adjudicataria, la existencia de acuerdos de colaboración a través de Mundosocial AIE con agencias para la ejecución del contrato, prohibiendo a dichas agencias o acudir directamente al concurso o hacerlo en colaboración con otras distintas de las sancionadas

2º. Intimar a la citada Asociación autora de la práctica declarada prohibida a que en lo sucesivo se abstenga de adoptar decisiones semejantes.

3º. Imponer a la citada empresa una multa de 120 millones de pesetas, 721.214,525 €.

4º. Ordenar la publicación en el plazo de dos meses de la parte dispositiva de esta Resolución a costa proporcional de la recurrente de la parte dispositiva de la esta resolución en el BOE y en la Sección de Economía de dos de los diarios de mayor circulación de la provincia.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1) Sobre el *art. 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio sobre Defensa de la Competencia (LDC)*: Reprocha al TDC que al entender que debe valorarse como una sola infracción "la fijación de forma directa o indirecta de precios o de otras condiciones comerciales o del servicio" (*art. 1.1 a) LDC* y "el reparto del mercado o de las fuentes de aprovechamiento" (*art. 1.1 c) LDC*, con la consecuencia de que prevalecen las transgresiones del *art. 1º sobre el 6º*, pues elude la delimitación del mercado afectado cuestión esencial a los efectos del *art. 1 de la LDC* y no encaja bien las conductas perseguidas en los tipos sancionadores. Invoca la SAN de 17 de noviembre de 1994 en rec. nº 1622/1993, en la que se efectuó, con efectos decisivos, una delimitación del mercado relevante.

2) Del mercado relevante: La resolución impugnada y el Servicio delimitaron el mercado relevante como el de "prestación de servicios para la ejecución de programas subvencionados de turismo en temporada baja", sin cuantificar el volumen de ese mercado ni tener en cuenta que todas las administraciones convocan concursos de esa naturaleza y lo justifican atendiendo a las características de la existencia de subvención, colectivo al que va dirigido, y temporada en la que se desarrolla, sin tener en cuenta que la actividad de las empresas turísticas es más amplia. Propone que se considere como mercado relevante el turístico nacional. Del informe pericial aportado se desprende que la recurrente participa en un 0,38% del mercado nacional del turismo, y las cuatro agencias incursas alcanzarían un 1,55 % de la facturación total. Ninguna de las agencias incursas supera el 6,21 del número de empleados, y la que más puntos de venta tiene sólo alcanza el 7,24%, y en conjunto superan ligeramente el 15% del sector.

3) Exigencias de comercialización del programa de vacaciones para personas de la tercera edad durante la temporada 1995/1996 gestionado por el IMSERSO: Eran tan exigentes que restringían el acceso a este concurso por lo que la recurrente se asoció con las otras empresas para garantizar el servicio. Subraya que desde 1991 a 1998 resultaron adjudicatarias distintas empresas de viajes (Halcón, Marsans, Barceló, e Iberia) que subcontrataron con Mundosocial AIE, y que en 1999 estas empresas se agruparon en una Unión Temporal de Empresas que resultó adjudicataria no siendo sancionadas en ese ejercicio, por lo que concluye que en realidad la forma de presentación ha sido el criterio para sancionar. De acuerdo con la comunicación de la Comisión aparecida en el DOCE C/% de 29 de junio de 1968, no restringen la competencia los Acuerdos cuyo objetivo sea, entre otros, presentar a las empresas agrupadas una oferta interesante siempre que no estén obligadas a actuar exclusivamente en el seno de una agrupación temporal, y la STJCE de 11 de noviembre de 1997 que justifica la agrupación desde el punto de vista de la competencia.

4) El principio de confianza legítima: Invoca la STS de 23 de febrero de 2000 (ANELE) y señala que la Comisión de Clasificación denegó a Mundosocial AIE la posibilidad de presentarse al concurso porque podían hacerlo los socios agrupados. Los años anteriores había presentado ofertas conjuntas con el conocimiento de la Administración, El IMSERSO autorizó expresamente la subcontratación. No existía conciencia de infracción (error invencible).

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente: Existen pruebas directas de que la recurrente, con las empresas sancionadas contaba con una importante cuota del mercado turístico español y también hay pruebas directas de la naturaleza y entidad de la práctica competitiva: presentación de ofertas idénticas con acuerdo para el reparto de interno de la ejecución del contrato si cualquiera era adjudicataria, existencia de acuerdos de colaboración a través de Mundosocial AIE con agencias para la ejecución del contrato, prohibiendo a dichas agencias o acudir directamente al concurso o hacerlo en colaboración con otras distintas de las sancionadas. No justifica la conducta descrita el hecho de que el nivel de exigencia del concurso fuera alto, pero silencia que el pliego no exigía que la red comercial formara parte de la empresa concursante, sólo que estuviera en disposición de contratar dichos servicios para la ejecución. Los hechos demostraron que la conducta era anticompetitiva al ser las empresas sancionadas las

únicas adjudicatarias en concursos sucesivos. No se ha acreditado la necesidad que tenían las empresas de llegar al acuerdo anticompetitivo. Recuerda la doctrina comunitaria sobre la prohibición de Acuerdos entre empresas competidoras, y cita la Comunicación de la Comisión de 16 de febrero de 1993, y subraya que las excepciones tienen que estar expresamente autorizadas. Niega la aplicación del principio de confianza legítima, pues el INSERSO no es un órgano cuya actuación permita validar conductas anticompetitivas, sin que en ningún caso pudiera afectar a las medidas prohibitivas (STJCE de 28 de julio de 1997).

CUARTO: D. Antonio Puyol Varela, Procurador de los Tribunales y de "Viajes Halcón", personado en las actuaciones se adhirió a la argumentación presentada por la recurrente destacando su posición de recurrente en otro recurso.

QUINTO:.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO:.- Señalado el día 18 de enero de 2005 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en este proceso ha sido sustancialmente resuelta por este Tribunal en las SSAN de 19 de diciembre de 2003 (rec. 1002/00), y las de 12 de febrero de 2003 (rec. 991/2000 y 1000/00), por lo que debemos remitirnos a las mismas y a la resolución impugnada cuya fundamentación es asumida por este tribunal, para de esa forma desestimar el recurso interpuesto. Se recuerda que las exigencias del concurso no impedían realmente a las 4 empresas sancionadas competir de forma autónoma por su adjudicación, por lo que el pacto colusorio, que no se niega, carece de toda justificación. Por otra parte la aplicación del principio de confianza legítima exige, de acuerdo con la doctrina del TPI (Sentencias de 22 de octubre de 1997 (asuntos T- 213/95 y 18/96, así como la de 9 de julio de 2003 (asunto T- 220/00, punto 33) que exista por parte de la Administración el ofrecimiento de garantías concretas de que la actuación controvertida es ajustada a derecho lo que no consta que ocurriera en este caso.

SEGUNDO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA* .

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.