



Roj: **SAN 5845/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5845**

Id Cendoj: **28079230062021100602**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/12/2021**

Nº de Recurso: **334/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000334 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03748/2016

Demandante: Grupo Airmet de Gestión Comercial S.L.,

Procurador: DON NOEL DE DORREMOCHEA GUIOT

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a treinta de diciembre de dos mil veintiuno.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **334/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **Grupo Airmet de Gestión Comercial S.L.**, representada por el procurador don Noel de Dorremochea Guiot contra la resolución de 12 de mayo de 2016, S/0455/12 Grupos de Gestión, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 78.106 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

AN TECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando « [s]e dicte sentencia en la que se reconozca y declare:

1) *Que la Resolución de la Sala del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 12 de mayo de 2.016 objeto de impugnación no es ajustada a derecho, declarando su anulación por cualquiera de los motivos de Recurso aducidos por esta parte con condena en costas.*

2) *Subsidiariamente, para el caso que la conducta de AIRMET se considere prescrita, si no en su totalidad, si en el periodo de tiempo proporcional, se reduzca la sanción en al menos al 50% o porcentaje proporcional que la Sala considere adecuado.*

3) *Cumulativamente con la anterior, de considerarse que la resolución es correcta, se proceda a variar el importe de la sanción, aplicando el porcentaje real de participación de mi mandante en el mercado, al cifrar su volumen de negocio en el 0,012% del mercado de agencias de viajes, sobre el volumen de negocio de mi mandante. [...].».*

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 1 de diciembre de 2021 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución de 12 de mayo de 2016, S/0455/12 Grupos de Gestión, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNMC), por la que se le impuso a Grupo Airmet de Gestión Comercial S.L. (en adelante AITMET) una sanción consistente en una multa de 78.106 euros por la comisión de una infracción de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, y por el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (LDC) consistente en acuerdos para la fijación y unificación de las condiciones comerciales de las entidades imputadas; el reparto del mercado y/o clientes, a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a estos Grupos de Gestión asociados en AGRUPA; así como al boicot a las agencias de viajes expulsadas.

En la parte dispositiva de la resolución, se indicaba:

« [P]RIMERO.- *Declarar la existencia de una práctica prohibida por el Artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia , y por el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia que entra dentro de la definición de cártel, consistente en acuerdos para la fijación y unificación de las condiciones comerciales de las entidades imputadas; el reparto del mercado y/o clientes, a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a estos Grupos de Gestión asociados en AGRUPA; así como al boicot a las agencias de viajes expulsadas.*

SEGUNDO.- *La infracción descrita debe ser calificada como muy grave, tipificada en el Artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y en el Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia .*

TERCERO.- *De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de dicha conducta infractora de la competencia a las siguientes entidades:*

(...)

7. *GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL S.L., por el período comprendido entre el 19 de junio de 1999 y el 6 de octubre de 2011.*

(...)

CUARTO.- *Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas sancionadoras:*

(...)

6. *GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL S.L.: 78.106 euros. [...].».*

Como resumen de los hitos más relevantes podemos señalar que:

1.- En el marco de la información reservada y en cumplimiento de las ordenes de investigación la Dirección de Competencia (en adelante, DC) se realizaron inspecciones domiciliarias simultáneas el 26 de septiembre del 2012, en las sedes de GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL S.L. (AIRMET) y de GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L. (GEA).

2.- Con la información obtenida y la recibida el 29 de enero del 2013, la DI acordó la incoación del expediente sancionador S/0455/12 Grupos de Gestión, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, al observar indicios racionales de la existencia de conductas y prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la LDC contra AIRMET, AVANTOURS, CYBAS, EDENIA, EUROPA VIAJES, GEA, RET, STAR, OVER, UNIDA, AGRUPA.

3.- El 31 de julio del 2013 se dictó el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue debidamente notificado a las partes a los efectos de que pudieran presentar las alegaciones.

4.- El 7 de octubre de 2013, de conformidad con lo dispuesto en la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, entró en funcionamiento la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia donde quedaron integradas las actividades y funciones de la Comisión Nacional de Competencia (CNC).

5.- El 7 de febrero de 2014, tras el cierre del procedimiento de instrucción, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento que fue elevada al Consejo de la CNMC.

6.- Informada la Comisión Europea, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir el 27 de marzo de 2014 a las empresas incoadas, la información sobre el volumen de negocios.

7.- El 7 de abril de 2016, y tras el alzamiento de la suspensión, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir a las empresas y asociaciones incoadas información sobre: (i) el volumen de negocios total consolidado de cada una de ellas en 2015; y (ii) el volumen de negocios de las mismas en los mercados afectados, ambos antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos entre 2009 y 2011.

8.- El 12 de Mayo de 2016 se dictó la resolución que es objeto del presente recurso.

9.- El mercado del producto está constituido por los servicios prestados por los denominados grupos de gestión a las agencias de viajes independientes de pequeño y mediano tamaño. Los grupos de gestión pueden definirse como aquellas entidades que representan a agencias de viajes independientes en sus negociaciones con los proveedores o distribuidores mayoristas turísticos. Su función principal radica en la acumulación de poder de compra para, de este modo, obtener mejores condiciones comerciales aunque algunos de estos grupos de gestión también desarrollan otras estrategias comunes con sus agencias, como sistemas tecnológicos de gestión compartidos (páginas web o portales en internet, intranet, herramientas informáticas, etc.), asesoramiento y una marca e imagen comunes.

Estos grupos surgieron hace 20 años como alternativa ofrecida a las pequeñas y medianas agencias de viajes para competir con las grandes redes o cadenas, y tuvieron gran aceptación entre las agencias independientes. En la actualidad se ha ampliado a otro tipo de servicios como planes de formación del personal, control de calidad, herramientas tecnológicas, acuerdos en materia de asesoría laboral y fiscal o bolsas de trabajo. El grupo comercial puede adoptar diversas formas jurídicas: (i) la de sociedad mercantil de responsabilidad anónima o limitada; (ii) la de asociación, dirigida por un equipo gestor nombrado por las agencias que a su vez está dirigido por un Gerente o Director General contratado, como en el caso de AIRMET; (iii) el modelo mixto, en el que al estilo de la empresa de servicios se integran en el grupo de gestión beneficiándose de sus servicios tanto las agencias propietarias como otras que no lo son pero sí están adheridas comercialmente al grupo; y (iv) otro modelo de desarrollo es el de las franquicias que se benefician del paraguas de una marca común.

En los grupos de gestión se paga una cuota de entrada y la cuota mensual, con independencia del volumen de compra-venta o de facturación, por lo que no se pagan ni *royalties*, ni se les exige un mínimo de permanencia o penalización por dejar el grupo. Suelen ceder a sus agencias el 100% de los *rapeles* o descuentos en el precio por volumen de compras realizadas a los mayoristas.

10.- El mercado geográfico afectado abarca todo el territorio nacional, dado que los servicios ofrecidos por AGRUPA en relación con la intermediación comercial, negociación y contratación, se prestan a agencias de viajes repartidas por la totalidad del territorio nacional.

11.- Por lo que se refiere a la estructura del mercado, en cuanto la oferta esta abarca dos tercios de la oferta en el mercado de referencia en diciembre de 2013. Las diez primeras posiciones correspondientes a los siguientes grupos de gestión eran, por orden: GEBTA ESPAÑA, AIRMET, GEA, TRAVEL ADVISOR GUILD, UNIDA, EUROPA VIAJES, STAR, OVER, AVASA y AVANTOURS, y aglutinaban casi la totalidad de las pequeñas agencias de viajes independientes en el mercado español.

En junio de 2010 se constituyó la ALIANZA DE GRUPOS COMERCIALES A.I.E. (ACG), formada por AIRMET, AVANTOURS, AVA, EDENIA y OVER; y en octubre del mismo año, la UNIÓN CEUS DE GRUPOS COMERCIALES A.I.E. (CEUS), formada por CYBAS, EUROPA VIAJES, STAR y UNIDA. Tras su constitución, las negociaciones por parte de cada uno de los grupos de gestión con los principales proveedores de viajes y productos turísticos se realizan a través de ACG y CEUS.

En cuanto a la demanda, estaba constituida por las pequeñas agencias de viajes, sin descartar la adhesión de otras de mayor volumen. A finales de 2012, el sector de las agencias de viajes independientes estaba constituido en un 41,5% de pymes (2.477 puntos de ventas), sobre un total de 6.075 agencias españolas conectadas al sistema de gestión de reservas para agencias de viajes independientes, Amadeus.

12.- AIRMET tiene como objeto los servicios de intermediación comercial, negociación y contratación por cuenta propia y/o ajena con todo tipo de proveedores del sector turístico, en beneficio propio y de los clientes de la sociedad, servicios de asesoramiento y representación de agencias de viajes y servicios de asistencia técnica, comercial y de publicidad. En 2010, firmó acuerdos de colaboración con 111 proveedores de servicios turísticos AIRMET, y a finales del 2012 representaba a 654 agencias de viajes independientes (folios 971 a 999). Posee la marca «viajando por el mundo» y en 2011 sus ventas ascendieron a 1.648.088,73 euros. Según el «Ranking Nexotur», las agencias de viajes adheridas a AIRMET habrían facturado 655 millones de euros en 2011, lo que representa una cuota del 12,19% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión (folios 2677 y 2678).

AIRMET pertenece a AGRUPA desde su constitución en 1999 (folios 837 y 838) y además a la Agrupación de Interés Económico GRUPO AGC AIE desde su constitución el 17 de Junio del 2010, si bien de acuerdo con la información aparecida en una publicación digital sectorial, el 1 de Enero del 2012 abandonó dicha agrupación (folios 2665 y 2666).

13.- Frente a los grupos de gestión se sitúan las grandes agencias de viajes, pertenecientes a una gran cadena turística o a una franquicia y que, según el «Ranking NEXOTUR», para 2011 serían: VIAJES EL CORTE INGLÉS, HALCÓN VIAJES ECUADOR, VIAJES VIBO (antiguo VIAJES IBERIA), CARLSON WAGONLIT TRAVEL, ALMEIDA VIAJES, VIAJES JUMBO TOURS, VIAJES EROSKI, AMERICAN EXPRESS, BARCELÓ, OLYMPIA VIAJES e IA VIAJES.

SEGUNDO.- La actora, en su escrito de demanda, (i) en primer lugar invoca la vulneración de la presunción de inocencia y la quiebra del derecho de defensa.

(ii) Pasa a analizar el objeto de AIRMET y de AGRUPA en relación al poder de mercado. Define a la recurrente como una sociedad limitada cuyo objetivo se basa en la negociación y representación de las agencias de viajes con operadores turísticos y en la provisión de otros servicios, como la puesta a disposición de herramientas y soporte tecnológico y/o de gestión, nuevos canales de venta, apoyo en la publicidad y marketing, asesoramiento legal, etc. Visto el objeto de sociedad y el mercado, afirma que la actora carece de poder de mercado.

Por esto considera en el punto (iii) que se ha producido un error en la definición del mercado. Su actividad no debe confundirse con la de sus clientes. En ningún momento AIRMET comercializa el producto de las agencias mayoristas vendiéndolos directamente al usuario o consumidor, ni elabora, organiza y/o vende ninguna clase de servicios turísticos o viajes combinados. AIRMET es una sociedad totalmente independiente a la de sus clientes, que no comparten ningún otro vínculo que el contrato de colaboración detallado con anterioridad, sin poseer participación alguna en el accionariado de sus clientes, ni participa en los beneficios de los mismos. Es materialmente imposible que ninguno de los grupos de gestión sepa cuánto facturan sus agencias clientes. Ni se trata de la misma empresa o grupo de empresas, ni esta clase de datos se comunican, ni las agencias minoristas realizan toda su distribución en base a los acuerdos de los grupos. Hemos de decir que el volumen de negocio de AIRMET utilizados por la CNMC no es correcto, ni para determinar la acción, ni su influencia, ni para la determinación de la sanción; y resalta la confusión que lleva a cabo la resolución al atribuir porcentajes del volumen de negocio en el mercado que no son reales. La fuente de su información no es oficial, no es sino la mera referencia a unos periódicos digitales. Lo que debiera haber consultado no es la prensa sino una fuente oficial, como es el Instituto Nacional de Estadística.

En cuarto lugar, (iv) afirma que en ningún momento se define por qué nos encontramos ante un cártel que no tiene carácter secreto. No existe un cártel porque se coordine un comportamiento, sino que el hecho de coordinar un comportamiento puede ser la manera en que se ejecuta un cártel. Por ello hay que demostrar que el objeto del acuerdo era uno de los que recoge la disposición adicional cuarta.

En quinto lugar, (v) cuestiona que estemos ante una infracción única y continuada. No existe prueba de que los acuerdos tuviesen aptitud alguna para poner en peligro el bien jurídico protegido



Acto seguido, (vi) va discutiendo las distintas conductas imputadas defendiendo las decisiones tomadas en la fijación de condiciones comerciales, la fijación de comisiones mínimas, los pactos de no «agresividad», los boicots, en la aplicación del código de buenas conductas o respecto de la exención del artículo 101.3 TFUE, cuya aplicación insta de manera subsidiaria. En todas ellas, la CNMC llega a conclusiones equivocadas y a erróneas interpretaciones, cuyo sentido intenta explicar.

Por último, (vii) dice que la cuantificación de la sanción no fue correcta en cuanto al cálculo de la cifra de negocios de AIRMET en el año 2015 por importe de 1.531.484 euros. El volumen de negocios del sector de las agencias de viajes fue de 12.487.414.000 euros, por lo que estaríamos hablando del 0,012% del volumen total de ventas de AIRMET en el mercado, porcentaje que de considerarse la actividad de AIRMET como ilícita sería de 1.531.484 euros, importe considerado más adecuado a tener en cuenta a efectos de imponer alguna sanción.

El Abogado del Estado, siguiendo sustancialmente los argumentos de la resolución sancionadora, solicita la desestimación de la demanda.

TERCERO.- La CNMC destaca varios extremos sobre los que sustenta el resultado de su investigación y le sirven para justificar la imposición de la sanción.

1.- Entre los más relevantes podemos destacar que se ha acreditado que, entre junio de 1999 y octubre de 2011, distintos Grupos de Gestión integrados en la asociación AGRUPA celebraron un total de al menos 35 Asambleas Generales Extraordinarias y Ordinarias, en las que en al menos 31 de ellas llegaron a distintos acuerdos en los que la Administración consideró que se gestaron las infracciones relativas a la fijación de condiciones comerciales, reparto de mercado y/o clientes, así como acuerdos para el boicot a determinadas agencias de viajes independientes.

2.- AGRUPA es la denominada Plataforma de Grupos de Gestión, que en la reunión de 15 de enero de 1999 celebrada en Barcelona designó una comisión de trabajo para la redacción de los Estatutos de una Asociación que agrupase a los anteriores grupos de gestión.

3.- La Plataforma de Grupos de Gestión se reunió en Murcia los días 17 y 18 de abril de 1999, participando todos los miembros de la Plataforma entre los que se incluía a varias de las implicadas.

4.- El 19 de junio de 1999 en Frankfurt se reunió la Asamblea de AGRUPA, a la que asistieron varias de las sancionadas. Se aprobaron los Estatutos de la Asociación y se fijaron los objetivos a conseguir por la misma, estableciendo unos puntos comunes para su incorporación a los distintos contratos que cada uno de los grupos de gestión firmasen con los proveedores, así como el establecimiento de unas tablas recomendadas para los gastos de gestión.

5.- Se constató la celebración de reuniones en las siguientes fechas:

(i) En el año 1999: 7 de agosto y 2 de diciembre.

(i i) En el año 2000: 18 de julio, 10 de octubre y 23 de noviembre.

(i ii) En el año 2001: 30 de enero, 12 septiembre y 27 de noviembre.

(i v) En el año 2002: 29 de enero, 16 de abril y 30 de julio.

(v) En el año 2003: 28 de enero, 19 de febrero, 12 de marzo y 23 de mayo.

(v i) En el año 2004: 27 de enero.

(v ii) En el año 2005: 19 de julio y 25 de octubre.

(v iii) En el año 2006: 9 de febrero y 2 de noviembre.

(i x) En el año 2007: 8 de marzo.

(x) En el año 2008: 23 de enero y 19 de junio.

(x i) En el año 2009: 28 de abril, 17 de junio, 17 de septiembre y 23 de noviembre.

(x ii) En el año 2010: 13 de enero, 14 de julio y 10 de octubre.

(x iii) En el año 2011: 6 de octubre.

6.- En relación a lo que se calificó como acuerdo de fijación de condiciones comerciales, se llevaron a cabo varios para la fijación de comisiones mínimas y unificación de las condiciones comerciales respecto de los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos. Se creó una comisión de trabajo para la fijación de acuerdos mínimos en las negociaciones con proveedores y el contrato tipo de modelo de viaje combinado

(folio 234 a 240). En octubre de 2000 se informó a los socios de AGRUPA de las condiciones del contrato común acordado por todos ellos con un determinado mayorista, en concreto VIVA TOURS, y se entrega a cada uno de ellos una copia del nuevo contrato.

7.- En la asamblea de AGRUPA de 23 de noviembre de 2000, se pactaron (folios 173 y 174) unas comisiones mínimas que deberían respetar todos los miembros de la asociación en las negociaciones con los proveedores, que se renovaron en las reuniones de las asambleas de 2001, 2002, 2003 y 2005.

8.- En noviembre de 2000 (folio 173 y 174), los Grupos de Gestión aprobaron un «Decálogo de AGRUPA» que contenía ocho medidas de presión a tomar por los Grupos frente a mayoristas, entre las que destaca la indicación de no firmar comisiones por debajo de los mínimos aprobados, bloquear de manera coordinada las ventas de determinados proveedores o no firmar contratos después de una fecha, así como la adopción de medidas comerciales contra dos mayoristas específicos (IBEROJET y PRIMERA LÍNEA).

9.- Fue completado en el 2002 cuando se elaboró un «Decálogo AGRUPA en firma de acuerdos comerciales» en el que se recogían una serie de instrucciones para garantizar la unidad y coordinación en la ejecución de la política comercial de los grupos comerciales asociados a AGRUPA con los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos como, « *No firmar comisiones por debajo de los mínimos acordados*», « *recomendar devolver ofertas con comisiones inferiores a los mínimos acordados*», o « *bloquear ventas de una manera coordinada, durante periodos de tiempo*».

10.- Este Decálogo fue inspirador, primero, para un «Código de Conducta», y posteriormente para el «Código de ética comercial», aprobado en la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 25 de octubre de 2005. Se regularon una serie de aspectos a exigir a los proveedores mayoristas por parte de los grupos de gestión miembros del cártel, como la necesidad de que « *todo producto ofertado en el mercado por una agencia mayorista, incluyendo las denominadas "líneas blancas", tendría el mismo PVP para toda la red de distribución minorista física o virtual*», o que la denominación « *Oferta*» solo podrá ser aplicada cuando se reduzca el PVP publicado en un porcentaje igual o superior al 5%. Con todos aquellos proveedores de servicios turísticos que cumplieren con este código, se creaban unas « *Listas Blancas*» que recogían, por tanto, los proveedores de productos y servicios turísticos recomendados por AGRUPA.

11.- En la Asamblea General Extraordinaria de 18 de junio de 2009, los Grupos de Gestión utilizaron las listas blancas con el fin de unificar y coordinar la política comercial con respecto a los productos y servicios turísticos de los proveedores que cumplieren las condiciones establecidas por los grupos de gestión en el documento denominado «Decálogo» (folios 2155 a 2157).

12.- Estas listas blancas fueron asunto en el orden del día de varias asambleas de AGRUPA, como la de 17 de septiembre de 2009, 23 de noviembre de 2009 o 13 de enero de 2010.

13.- Se acordó la fijación de comisiones mínimas de un 1% para compañías aéreas en la las Asambleas de enero de 2001 (folios 168 y 169), septiembre de 2002 (folio 261) y febrero de 2003 (folios 262 a 266).

14.- Otro tipo de prácticas y pactos destacables de los Grupos de Gestión integrados en AGRUPA fueron:

(i) La coordinación y renuncia a la contratación individual con algún mayorista dejando esta labor a AGRUPA (folio 195 a 201).

(i i) El intercambio de información sensible como las comisiones cargadas por cada grupo de gestión, el estado de las negociaciones y políticas comerciales de cada Grupo de Gestión con mayoristas, o la exigencia a un mayorista de rentabilidades mínimas (Asamblea de enero de 2002).

(i ii) El bloqueo de determinados canales de venta y la unidad de acción de los grupos de gestión, y la no aceptación conjunta de las condiciones impuestas por un tour operador (TRAVELPLAN) al estar sus comisiones por debajo del nivel mínimo acordado por AGRUPA (Asamblea de noviembre de 2006).

(i v) La unificación de políticas comerciales mediante la inclusión de unos documentos anexos a los contratos con mayoristas iguales para todos los grupos de gestión.

15.- En la Asamblea de marzo de 2003, se acordó la adopción de ciertas medidas que pueden calificarse como represivas como la apertura de un expediente informativo por el incumplimiento de uno de los grupos de gestión de los acuerdos pactados en el seno de AGRUPA.

16.- En la Asamblea de junio de 2008 se acordó la suscripción de un seguro que cubriese la responsabilidad de los administradores y grupos de gestión asociados a AGRUPA, incluidas las multas y sanciones administrativas derivadas del desarrollo de su actividad.



17.- Por lo que se refiere al reparto de mercado y/o agencias de viajes independientes, desde noviembre de 2000 los grupos de gestión integrados en AGRUPA acordaron un reparto de mercado y/o clientes a través del reparto de las agencias de viajes independientes adheridas a cada uno de ellos. Se materializó en un pacto de no agresión respecto a la cartera de clientes de estos grupos de gestión y las agencias de viajes independientes adheridas a cada uno de ellos. Se mantuvo en vigor hasta octubre de 2011. Se consideraba «agresión», una invitación por parte de un grupo de gestión de AGRUPA a alguna agencia de viaje asociada con otro Grupo de Gestión integrante de AGRUPA. Dicha invitación o «agresión» podía desarrollarse bien a través de envío de publicidad o bien mediante la visita de un delegado comercial. Detectada la «agresión», la cuestión se debatía en el seno de AGRUPA y se acordaba un apercibimiento del Grupo de Gestión al «agresor», como fue el caso de OVER.

Este pacto de no agresión se mantuvo en vigor entre los socios de AGRUPA a la hora de adherir a nuevas agencias de viajes. La virtualidad del pacto se recordaba a través de correos electrónicos advirtiendo el compromiso de no realizar políticas activas de captación de agencias de viajes de otros grupos de gestión asociados a AGRUPA (folios 1958 a 1960).

El pacto era trasladado para su implementación y seguimiento a los gestores del Grupo de Gestión, como lo revela el correo electrónico de 2 de febrero de 2009 remitido por el Director General de GEA a sus delegados, en el que se pide información sobre las razones de la baja de las agencias de viajes adheridas a GEA y se alude al pacto de no agresión con el resto de grupos de gestión asociados en AGRUPA (correo electrónico interno de GEA de 2 de febrero de 2009, asunto: BAJAS EN GEA (folio 2098).

18.- En cuanto al llamado boicot a determinadas agencias de viajes independientes, de junio de 2009 hasta octubre de 2011, los grupos de gestión asociados en AGRUPA acordaron boicotear a las agencias de viajes expulsadas de algunos de ellos por incumplimiento de las políticas y acuerdos adoptados en el seno de AGRUPA, relativos a la incompatibilidad de la utilización de determinadas herramientas online o por las críticas emitidas contra las funciones realizadas por estos Grupos de Gestión.

19.- El 29 de septiembre de 2009, AIRMET envió un correo electrónico a AVANTOURS, CYBAS, EDENIA, GEA, OVER, STAR, RET y UNIDA comunicándoles la expulsión de tres agencias de viaje por compartir las opiniones de la recién expulsada VIAJES GLAUKA ALCALA, y solicitándoles que no la admitiesen en sus organizaciones

20.- Este boicot se refleja en varias Asambleas con amenaza de expulsión, en especial contra las agencias de viajes y Grupos de Gestión que negocian o contratan con TRAVELTOOL, empresa que ofrecía una novedosa herramienta tecnológica y que AGRUPA consideraba un grave riesgo contra los grupos de gestión que incluso podía acabar con ellos (folios 778, 2175 a 2177, 2104, 783 a 786, 2106, 2186, 2108, 2109, 2112, 2113, 2111, 2114, 2198 a 2202, 2210 a 2211, 2209 y 2210).

CUARTO. - Analizando el escrito de demanda, podemos dar una respuesta conjunta a las críticas que se centran en (i) la vulneración del principio de la presunción de inocencia; (ii) y (iii) la controversia en el objeto del mercado, su definición, y la falta de poder sobre el mercado de la actora para condicionarlo o modificarlo efectivamente; (vi) y el análisis de las diferentes conductas imputadas.

No materializa la actora en que se traduce la queja sobre la vulneración de la presunción de inocencia, cuando durante el procedimiento han sido respetadas todas las garantías. La Administración no sustenta su resolución en meras conjeturas o hipótesis de trabajo por parte del órgano sancionador, sino en hechos acreditados y constatados de los que se desprende la comisión de las distintas conductas colusorias. Recordemos que el TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C 89/85, C 104/85, C 114/85, C 116/85, C 117/85 y C 125/85 a C 129/85, Rec. p. I 1307, apartado 127; del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T 62/98, Rec. p. I 2707, apartados 43 y 72). Estas premisas se cumplen en el presente procedimiento sancionador y quedan claramente reflejadas en el acuerdo impugnado.

En nada se ve vulnerado este principio por el hecho de que la imputación se sustente en la llamada prueba indiciaria. Quien sanciona parte de un hecho conocido y cierto del que, a través de un razonado proceso de análisis deductivo, se concluye la existencia de otro desconocido hasta ese momento, pero también cierto y veraz, donde se culmina y manifiesta la conducta infractora y la culpabilidad de quien la cometió.

Este proceso debe estar trabado con la suficiente fuerza persuasiva que lleve, sin dudas, a la convicción de quien sanciona de que los hechos se han producido tal y como se describen, de manera que sea posible establecer una directa relación entre estos y las consecuencias punitivas que se anudan, descartando cualquier otra explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado.



En definitiva, para que la prueba de presunciones supere la barrera de la presunción de inocencia se requiere que los indicios no se sustenten en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

En el presente caso, el relato de hechos probados ofrece pocas dudas en cuanto a las conclusiones que se extraen respecto de las infracciones imputadas. Las conductas recogidas en los puntos del 6 al 16 del fundamento tercero revelan que se han estado adoptando acuerdos de fijación y unificación de las condiciones comerciales; las descritas en el punto 17, que se ha llevado a cabo el reparto del mercado de las agencias de viaje independientes a través de pactos de no agresión; y los puntos del 18 al 20 explicitan conductas de boicot a las agencias de viaje expulsadas de esos Grupos, al menos desde el 23 de junio de 1999 y hasta el 6 de octubre de 2011. En ninguno de estos casos, la actora ha sabido dar una respuesta razonable de porqué se adoptaron esos acuerdos, o de porqué se tomaron tales decisiones.

Frente al análisis que la demanda hace de cada uno de las cuestiones sobre las que la CNMC incide para corroborar las prácticas colusiones, a esta Sala no le cabe la menor duda de que ciertas prácticas implementadas por el Grupo podían tener una vocación de eficiencia, servicio a los consumidores finales, procedimientos para la reclamación de daños, etc. Pero el hecho de que los Protocolos, los Decálogos, tuvieran aspectos positivos, mercantil y comercialmente razonables, no significa que otros aspectos, como los que hemos destacado, no fueran compatibles con las buenas prácticas en el Derecho de la Competencia.

La prueba de ello es que si estaban en el convencimiento de que la actividad llevada a cabo por las empresas agrupadas era lícito no se explica, como recogemos en el punto 16 del fundamento tercero, que en la Asamblea de junio de 2008 se acordara la suscripción de un seguro que cubriese la responsabilidad de los administradores y grupos de gestión asociados a AGRUPA, incluidas las multas y sanciones administrativas derivadas del desarrollo de su actividad.

Vincula la actora la definición de mercado con su efectiva posibilidad de que pudiera tener poder sobre el mismo. Es evidente que la actuación llevada a cabo por AIRMET con los acuerdos y pactos trabados en las diferentes asambleas y reuniones, tuvo incidencia decisiva en las relaciones con proveedores, con el resto de las empresas del sector a las que prestaban servicios, e indirectamente en el precio de los servicios que las agencias prestaban a sus clientes. La fragmentación que pretende hacer la demandante entre el mercado de los servicios que prestaban a las agencias y el que las agencias prestaban a consumidores finales, supone una fragmentación irreal de cara al sector en el que las prácticas colusorias tuvieron lugar.

Por último, pide de manera subsidiaria la aplicación del artículo 101.3 del TFUE, que se desarrolla en la Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (2004/ C 101/08), reflejado en el artículo 1.3 de la LDC. Por esta vía se reconoce que ciertos acuerdos restrictivos podrían generar beneficios económicos objetivos que compensan los efectos negativos de la restricción de la competencia y eximen de tales prohibiciones a estos acuerdos. Para que resulte viable esta excepción se requiere que:

1. - El acuerdo o los acuerdos deben contribuir a la mejora de la producción, la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico.
2. - Los usuarios deben recibir una participación equitativa en los beneficios resultantes.
3. - Las restricciones deben ser indispensables para alcanzar tales objetivos.
4. - El o los acuerdos no deben ofrecer a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Nada de esto se ha acreditado por la actora, que se limita a reclamar su aplicación sin poner de relieve las concretas circunstancias que lo harían posible.

QUINTO.- También cuestiona la demanda que (iv) estemos ante un verdadero cártel y que (v) se trate de una infracción única y continuada sin que los acuerdos tuvieran virtualidad para ocasionar perjuicio alguno.

Pocas dudas existen que estemos ante un cártel, a pesar de que niegue que sus actividades fueran secretas, como exige la definición de la disposición adicional cuarta 2 de la LDC.

Como tuvimos ocasión de decir en nuestra sentencia de 27 de diciembre de 2019, recurso 682/2015, esa disposición adicional en su punto 2, en la redacción vigente en la fecha aplicable a este expediente sancionador, establecía que « [A] efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones. [...]». Este



precepto fue modificado por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE de 27 de mayo) con entrada en vigor en el momento de su publicación.

Lo que se persigue por la CNMC es el intercambio de información entre competidores proscrito en el 1.1 de la LDC que prohíbe « *[t]odo 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 parte del mercado nacional [...]*»; reproducción del artículo 101.1 del TFUE donde se establece que « *[s]erán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior [...]*». El que el medio utilizado para cometer la infracción haya sido la formación o a través del cártel formado por las empresas sancionadas, ni aporta ni quita nada a la tipificación de la infracción cometida ni a la sanción impuesta. De hecho, el artículo 62 de la LDC prescinde del término cártel, calificando como infracción toda contravención de su artículo 1.

La previsión de la disposición adicional tiene un carácter descriptivo de lo que puede ser considerado como cártel, pero no excluye que a través de una formación de estas características sea cometida una infracción como la sancionada. De hecho, puede y suele constituir un vehículo idóneo para que esta infracción sea cometida.

En esta línea, podemos recordar lo dicho en la Comunicación de la Comisión Europea (2011/ C 11/01) por la que se establecen las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, (DOUE de 14 de enero de 2011). En ella se recogen determinados intercambios de información que tienen altas probabilidades de desembocar en un resultado colusorio, por lo que constituyen una restricción de la competencia por objeto que por sus características merece ser calificado como cártel. Así, en su apartado 59 se puntualiza que « *[l]a comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán cárteles y, como tales, serán multados. El intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cártel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cártel. [...]*». Por lo tanto, los intercambios de información horizontales entre competidores pueden constituir una práctica concertada si reducen la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando la colusión.

Esta línea hermenéutica pone de manifiesto que no existe problema alguno de tipicidad en los términos expresados por la actora, por el hecho de que, estando implicadas las entidades sancionadas en un cártel, hayan sido sancionadas por intercambio de información, a pesar de que en la descripción de la disposición adicional cuarta no estuviera expresamente recogida esta conducta en la descripción de las diferentes prácticas colusorias que induzcan a pensar que estemos ante un cártel.

El carácter descriptivo de la disposición adicional cuarta se corrobora tras la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, con un elenco que no hace más que fijar con un mayor rigor los términos de la norma española al marco de la Directiva Comunitaria.

La infracción fue definida como única y continuada, y a la vista de cómo se describen los pactos, los acuerdos, su prolongación en el tiempo y la unidad de acción, la valoración a la que llegó la CNMC nos parece acertada.

Como hemos tenido ocasión de decir en reiteradas ocasiones, y entre otras en la SAN recurso 464/2016, estamos ante una infracción única y continuada cuando se participa en prácticas colusorias que constituyen (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, por todas la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

Se destaca de este concepto la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción. En cuanto al carácter único, se aprecia cuando hay identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, STG de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T21 /99, Rec. p. II1681, apartado 67, STJUE de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C113/04 P, Rec. p. I88 31, apartados 170 y 171, y la STG de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T43 /02, Rec. p. II3435, (apartado 312); en la identidad de los productos y servicios afectados, SsTJUE de 15 de junio de 2005, Tokai Carbón y otros/Comisión, T71 /03, T74/03, T87 /03 y T91/03, no publicada en la Recopilación, (apartados 118, 119 y 124), y STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); en la identidad de las empresas que han participado en la infracción STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); y en la identidad de sus formas de ejecución STG Dansk Rørindustri/Comisión,



(apartado 68). Además, también se pueden tener en cuenta para ese examen la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

Por lo que respecta a la continuidad, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no solo de un acto aislado sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o el comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» con un idéntico objeto, que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, lo que permite imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156).

Para que las prácticas colusorias puedan ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia, es necesario « [q]ue se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo [...]», STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25 /95, T26/95, T30 /95 a T32/95, T34 /95 a T39/95, T42 /95 a T46/95, T48 /95, T50/95 a T65 /95, T68/95 a T71 /95, T87/95, T88 /95, T103/95 y T10 4/95, Rec. p. II491, (apartados 4027 y 4112).

En el presente caso, a la luz de la actividad probatoria llevada a cabo por la Administración y que hemos reflejado en el razonamiento tercero, constamos la existencia de varias asambleas, reuniones y protocolos o documentos de trabajo que ofrecen pocas dudas sobre las prácticas colusorias sancionadas a las que nos hemos referido en el anterior fundamento en relación con la descripción de hechos del razonamiento tercero de esta sentencia. Además, y como ha dicho, entre otras la STS de 9 de diciembre de 2015, recurso 978/2014, « [c]uando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia y consecuentemente sobre el mercado que se aplican. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior. [...] ».

Volvemos a reiterar la plena consciencia que tenían los componentes del cártel, tanto de su ilicitud como de la reiteración en la infracción, como se acredita en la intención de suscribir contratos de seguros para poder hacer frente a sus ilícitas prácticas. Nadie dentro de una organización de corte o estructura asociativa se plantea tal previsión si no es plenamente conocedor de la ilicitud de sus decisiones y de las consecuencias que estas pueden tener en el ámbito sancionador, como finalmente ocurrió.

No exageramos si afirmamos que estamos ante un cártel anticompetitivo, donde la actividad en la que se sustenta tanto la infracción como la participación y culpabilidad de los implicados resulte tan copiosa, documentada y determinante.

SEXTO.- Nos queda por abordar, en último lugar, (vii) la queja relativa a la incorrecta cuantificación de la sanción por el indebido cálculo del volumen de negocios de la actora. Dice literalmente la demanda sobre este particular que « [a] efectos de graduación de la sanción, que si consideramos como válida la cifra de negocios de AIRMET en el año 2015 por importe de 1.531.484 Euros (cifra elegida por la CNMC como base de la sanción impuesta), y resulta que el volumen de negocios del sector de agencia de viajes es el 12.487.414.000 Euros, estaríamos hablando del 0,012% del volumen total de ventas de AIRMET en el mercado, porcentaje éste, que de considerarse la actividad personal de AIRMET como ilícita, sería el porcentaje sobre 1.531.484 Euros considerado más adecuado tener en cuenta a efectos de imponer alguna sanción a mi mandante [...] ».

Reproducimos la literalidad de este argumento porque la Sala no alcanza a comprender muy bien, ni qué significa ni qué se pretende. Solo recordaremos que la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013, ha dicho que la expresión «volumen de negocios total» del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción, toma como referencia el volumen de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta. No es cierto que los datos utilizados por la CNMC se obtuvieran de periódicos, las fuentes fueron la información facilitada por las propias empresas afectas y el «Ranking Nexotour», cuyo información coincide con la que facilita el Registro Mercantil.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA deben imponerse a la actora las costas causadas.

FA LLAMOS



Que debemos desestimar el recurso interpuesto por **Grupo Airmet de Gestión Comercial S.L.**, contra la resolución de 12 de mayo de 2016, S/0455/12 Grupos de Gestión, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con expresa condena a la actora de las costas causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ