



Roj: **SAN 5850/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5850**

Id Cendoj: **28079230062021100604**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/12/2021**

Nº de Recurso: **332/2016**

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: 0000332 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 3722/2016

Demandante: Grupo de Gestión Star S.A.

Procurador: DON JOSÉ LUIS PINTO-MARABOTTO RUIZ

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 **332/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **Grupo de Gestión Star S.A.**, representada por el procurador don José Luis Pinto-Marabotto Ruiz 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 29.854 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 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 «*[e]stime este recurso y se anule y, deje sin efecto el acto impugnado y alternativa o subsidiariamente, por las razones que bajo el número 4 (metodología), se indican en el cuadro de la página 4 (in fine) del Informe pericial, deduzca la sanción al importe de VEINTE MIL CIENTO OCHENTA Y TRES EUROS (20.183 euros). [...]*».

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 24 de noviembre 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 de Gestión Star S.A. (en adelante STAR) una sanción consistente en una multa de 29.854 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 el 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:

(...)

9. GRUPO DE GESTIÓN STAR S.A., 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:

(...)

8. GRUPO DE GESTIÓN STAR S.A.: 29.854 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, en 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, información sobre el volumen de negocio.

7.- El 14 de mayo de 2014, la representación procesal de STAR formuló recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de 18 de marzo de 2014 de la Sala de Competencia que inadmitió su propuesta de prueba testifical. Recurso que fue inadmitido por esta Sala.

8.- 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 en los mercados afectados, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos entre 2009 y 2011.

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

10.- 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; (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, como es el caso de STAR; (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.

11.- 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.

12.- Por lo que se refiere a la estructura del mercado, en cuanto a 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.

13.- STAR es una sociedad anónima con domicilio social en Madrid constituida el 4 de octubre de 1990. Es más conocida por su marca comercial «GRUPO STAR VIAJES». Su objeto social es la prestación de servicios a las agencias de viajes de asesoramiento, información, prospección y sobre mercados y gestión de compras, excluidas las actividades legalmente reservadas a las agencias de viajes (folios 799 a 809). Sus ventas, según balance, ascendieron en 2010 a 425.961,03 euros (folio 68) y según los datos aportados al expediente su volumen de negocio durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 6405-6406 y 6643): cuenta con 172 puntos de venta en territorio nacional y en 2011 las agencias adheridas habrían facturado 368 millones de euros, lo que representa una cuota del 6,85% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión (folios 2677 y 2678). STAR ha pertenecido a AGRUPA desde su constitución en 1999 hasta la actualidad y además pertenece a la Agrupación de Interés Económico CEUS integrada por CYBAS, EUROPA VIAJES y STAR (folios 799 a 809).

14.- 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) afirma que no existía grupo de gestión de agencias de viajes al que reiteradamente se refiere la resolución impugnada. No concurrían los requisitos legales para considerarlo como un grupo, las actas no tenían la condición de documento probatorio, no había secretario, ni se cumplían los requisitos del Registro Mercantil. (ii) Niega e impugna la cuota de mercado que le atribuye la resolución recurrida en sus páginas 12 y 13, y que sitúa a la recurrente en un 6,85%, cifras análogas para UNIDA, OVER, GEA y EUROPA. (iii) El acuerdo sancionador se apoya solamente en conjeturas y en una prueba simplemente indiciaria, sin nada sólido que demuestre la realidad de los hechos infractores. (iv) Falta el carácter de secreto del supuesto cártel.

El Abogado del Estado, cuyo esfuerzo se ha circunscrito a reproducir, 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, 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 cumpliesen 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 cumpliesen 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 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 viajes 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 del 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 pidió 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 y agrupar los apartados (i), (iii) y (iv), donde cuestiona que exista un Grupo de Gestión de agencias de viajes, que el acuerdo sancionador se apoya solamente en conjeturas y que falta el carácter secreto del cártel.

(i) En primer lugar, la actora parece confundir los requisitos mercantiles y registrales para la constitución de una sociedad con la mera existencia fáctica de un grupo o asociación que, no reuniendo todos aquellos extremos,

sea un instrumento apto para cometer las infracciones que se le han imputado a los identificados como Grupo de Gestión. Para la comisión de cualquiera de las infracciones imputadas, no se requiere la existencia de una sociedad legalmente constituida, ni la existencia de una previa en escritura pública donde conste el pacto asociativo, ni la inscripción en el Registro Mercantil o la existencia de un secretario que de fe de las reuniones y levante acta de lo acordado. Ninguno de estos extremos son necesarios, al contrario, la mayoría de las prácticas colusorias ni se consuman a plena luz ni muchos menos se publican o explicitan a terceros ajenos al núcleo en el que tiene lugar la toma de decisiones o se gestan los acuerdos. Este tipo de asociaciones se caracterizan tanto por la ilicitud de sus comportamientos competitivos, como por la alejidad en su forma de constitución y funcionamiento.

Parece un tanto iluso por parte de la demandante, identificar la idea del Grupo y la aptitud para cometer las infracciones imputadas con la de una sociedad mercantil o civil legalmente constituida, como si solo estas últimas fueran posibles sujetos activos de las infracciones. Por el contrario, en contadas ocasiones la conducta antielusoria queda expuesta al exterior o explicitada de manera más o menos pública.

(ii) En segundo lugar, no estamos ante meras conjeturas o hipótesis de trabajo por parte del órgano sancionador sino de hechos acreditados y constatados de los que se desprenden 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.

Por lo que respecta a la llamada prueba indiciaria para justificar la culpabilidad del infractor, 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 han adoptado acuerdos para el reparto del mercado de las agencias de viaje independientes a través de pactos de no agresión; y el punto del 18 al 20 explicitan conductas de boicot a las agencias de viajes 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 del porqué se adoptaron esos acuerdos, o del porqué se tomaron tales decisiones.

Si estaba 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, 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.

(iii) En tercer lugar, pocas dudas existen de 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 persigue 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, lo que constituye una restricción de la competencia por objeto, que por sus características merecen ser calificados 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 reduce 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.

QUINTO.- Merece una respuesta separada la crítica que hace la demanda a la fijación de la cuota de mercado que hace la resolución recurrida en sus páginas 12 y 13, y que por parte de la contestación del abogado del Estado ha recibido la llamada por respuesta.

La resolución impugnada sitúa a la recurrente en un 6,85%, en cifras análogas para UNIDA, OVER, GEA y EUROPA. Concretamente al folio 13 dice la que « *[S]us ventas según balance ascendieron en 2010 a 425.961,03 euros (folio 68) y según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 6405-6406 y 6643):*

-2011, sin datos.

-2012, 255.448,99.

-2013, 218.518,65.

-2014, sin datos.

-2015, 533.101.

Cuenta con 172 puntos de venta en territorio nacional y en 2011 las agencias adheridas habrían facturado 368 millones de euros, lo que representa una cuota del 6,85% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión (folios 2677 y 2678). [...]

Para combatir este volumen, se aportó una pericial con el escrito de demanda en la que se aprecia que la CNMC incurrió en un error al realizar el cálculo ya que, a juicio del perito ratificado en Sala, los datos ofrecidos por «Ranking Nexotour» en el que se apoyó no eran fiables. El informe pericial se sustenta en las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, y en la declaración del Impuesto sobre Sociedades del año 2015. En ambos se puede comprobar que el volumen de negocios ascendió a 360.408 euros y no a los 533.101 euros que dice la resolución.

A pesar de la categórica afirmación que hace el perito, sus conclusiones no son ajustadas a Derecho. Recordemos 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.

Siguiendo esta doctrina lo que no explica la pericial, a la luz de la documentación sobre la que se practicó, es porqué solo incluyó en el volumen de actividad los rendimientos de la cuenta 40100 por importe de 360.408,22 euros, y excluyó los de la cuenta 45000 relativos a otros ingresos de la explotación que ascendían a 172.692,6 euros. En el concepto de volumen «total», de cara al cómputo de la sanción, no explica la exclusión de otros rendimientos del ejercicio; al menos la pericial no dice nada al respecto, sobre todo cuando la suma de ambos importes coincide con los 533.100 euros a los que ascendió el cálculo de la CNMC.

SEXTO.- De los anteriores razonamientos se desprende que el presente recurso debe ser íntegramente desestimado, y corroboramos la legalidad de la resolución impugnada que consideró que se habían estado adoptando acuerdos de fijación y unificación de las condiciones comerciales, repartiéndose el mercado de las agencias de viaje independientes a través de pactos de no agresión y boicoteando 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. Nos encontramos, por tanto, ante la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC y el artículo 1 de la Ley 16/1989, cumpliéndose los requisitos previstos en el apartado segundo de la disposición adicional cuarta de la misma Ley para ser calificada de cártel.

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 de Gestión Star S.A.**, 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 a 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.