



Roj: **SAN 276/2022 - ECLI:ES:AN:2022:276**

Id Cendoj: **28079230062022100023**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/01/2022**

Nº de Recurso: **330/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000330 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 3694/2016

Demandante: GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTE S.L.

Procurador: D. VICTORIO VENTURINI MEDINA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

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 veinte de enero de dos mil veintidós.

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 330/16, seguido a instancia de **GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTE S.L.** representada por el Procurador de los Tribunales D. Victorio Venturini Medina, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 12 de Mayo de 2.016 dictada en el expediente nº S/0455/12, por la que se impuso a la recurrente una multa de 87.117,00 euros por una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y artículo 1 de la Ley 15/2007. Ha sido parte demanda la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala dictase sentencia, por la que se revoque la resolución impugnada.

SEGUNDO: El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO: Dada por reproducida la prueba documental propuesta, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 24 de noviembre del 2021, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 12 de mayo de 2.016 dictada en el expediente nº S/0455/12, por la que se impuso a la recurrente una multa de 87.117,00 euros por una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y artículo 1 de la Ley 15/2007

Dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- 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:

(...)

6. GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES S.L., por el período comprendido entre el 19 de junio de 1999 y el 23 de octubre de 2009.

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

(...)

5. GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES S.L.: 87.117 euros.

QUINTO. - intimarles para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a las tipificadas y sancionadas en la presente Resolución.

SEXTO. - Ordenar a los responsables de las conductas infractoras la difusión entre sus asociados y partícipes del texto íntegro de esta Resolución.

SÉPTIMO. - Instar a la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."

SEGUNDO: La resolución recurrida, tras recoger los hitos procedimentales que culminaron con el dictado de la resolución recurrida, identifica a las partes interesadas y, entre ellas, a la ahora recurrente, 7. GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L. , señalando que es una sociedad mercantil de responsabilidad limitada constituida el 11 de marzo de 1994, con domicilio social en Torremolinos (Málaga). Su objeto social lo constituye la promoción, representación e intermediación de empresas y productos turísticos. De este modo, GEA desarrolla la intermediación de comercio entre las empresas (agencias de viajes) adheridas al grupo a través de un contrato mercantil de representación y los proveedores de servicios turísticos con los que negocian las condiciones de compraventa y de pago de productos turísticos para las agencias de viajes que representan.

Refiere que GEA en diciembre del 2012 contaba en España y Andorra con 707 puntos de venta (folios 2684 a 2694) y en cuanto a proveedores tiene contrato de colaboración con unos 116 proveedores de servicios



turísticos (folios 480 a 487) y que en 2011 obtuvo un importe neto de la cifra de negocios de 1.622.297,39 euros y según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente (folios 6407 a 6408, 6650 y 6790):

2011: 1.622.297,39

2012: 1.497.142,88

2013: 1 372.649,71

2014: · Sin datos

2015: .340.262,00

Añade que según el "Ranking Nexotur" en 2011 las agencias de viajes asociadas a GEA habrían facturado 540 millones de euros, lo que representa una cuota del 10,05% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión (folios 2677 y 2678) y que GEA fue uno de los Grupos de Gestión fundadores de AGRUPA hasta su salida en octubre de 2009 y ostentó la presidencia desde su creación hasta febrero del 2006 (folios 253 a 260).

A continuación, señala que el mercado de producto afectado es el correspondiente a los servicios prestados por los denominados grupos de gestión a las agencias de viajes independientes de pequeño y mediano tamaño y define los "grupos de gestión" 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.

Explica que los grupos de gestión surgieron hace 20 años como alternativa ofrecida a las pequeñas y medianas agencias de viajes para competir con las grandes redes o cadenas, cuyo modelo se basa en la acumulación de poder de compra y la obtención de mejores condiciones de los proveedores y que han tenido una gran acogida entre las agencias independientes medianas y pequeñas, pues más del 80% de ellas pertenecen o han pertenecido a un grupo de gestión.

Precisa que los servicios que los grupos de gestión ofrecen a las agencias de viajes que se adhieren al grupo, consisten fundamentalmente en:

- Servicios de intermediación comercial, negociación y contratación con todo tipo de proveedores del sector turístico, en beneficio propio y de los clientes del grupo.
- Servicios de asesoramiento y representación de agencias de viajes.
- Servicios de asistencia técnica, comercial y publicitaria.

Añade que el grupo comercial puede adoptar la forma de una sociedad mercantil de responsabilidad anónima o limitada, de una asociación, dirigidas por un equipo gestor nombrado por las agencias que a su vez será dirigido por un Gerente o Director General contratado o un modelo mixto.

Refiere que el perfil de agencia de viajes que se adhiere a un grupo de gestión es el de una agencia minorista de tamaño pequeño o mediano, que desea guardar su independencia frente a un grupo franquiciado o frente a las grandes cadenas turísticas, pero que busca las ventajas de acumular poder de compra-venta frente a los grandes proveedores pero que, los grupos de gestión también cuentan en su red de agencias de viajes independientes con empresas de mayor tamaño que disponen de una casa central y varios puntos de venta. Que las agencias franquiciadas se benefician del paraguas de una marca común, con todo lo que ello conlleva: cartera de clientes, una estrategia comercial común encaminada a generar una mayor venta y promoción publicitaria, sin tener que pagar royalties por permanecer en él, ni se les exige un mínimo de permanencia, ni una penalización en caso de no cumplir con este mínimo y que en los grupos de gestión se paga una cuota de entrada y la cuota mensual, con independencia del volumen de compra-ventas o de facturación. Expone que los grupos de gestión, en la mayoría de los casos, ceden a sus agencias el 100% de los rapeles o descuentos en el precio por volumen de compras realizadas a los mayoristas, así como los overs de gestión o comisiones pagadas por los proveedores mayoristas ante el ahorro en costes de transacción por la firma de acuerdos comerciales con los grupos de gestión, no siendo esta la regla general en las agencias franquiciadas-.

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



Por cuanto se refiere la estructura del mercado, por el lado de la oferta, explica la resolución recurrida que además de los grupos de gestión de agencias de viajes independientes incoados, que representaban aproximadamente dos tercios de la oferta en el mercado de referencia en diciembre de 2013 al tiempo de dictar el PCH, existían otros grupos de gestión y que, frente a los grupos de gestión se sitúan las grandes agencias de viajes, pertenecientes a una gran cadena turística o a una franquicia. Por el lado de la demanda, se consigna que estaba compuesta, por las pequeñas y medianas agencias de viajes independientes, aunque excepcionalmente existían empresas de mayor tamaño adheridas a un grupo de gestión.

Tras ello, se recoge que no hay norma nacional, ni autonómica ni de derecho comunitario, que regule expresamente los grupos de gestión de agencias de viajes independientes y que, por ello, dependerá de la forma jurídica que adopte el grupo comercial. Y que, en relación con la prestación de servicios de estos grupos de gestión a las agencias de viajes, se realiza a través de contratos mercantiles, que en algunos supuestos se denomina contrato de colaboración.

Dicho lo anterior, en el Apartado de "Hechos Probados" expone que, de acuerdo con la información que obra en el expediente, tanto la obtenida por la DC en las inspecciones realizadas el 26 de septiembre de 2012 en las sedes de AIRMET y GEA, como la procedente de las contestaciones de las incoadas a los requerimientos de información formulados por la DC, ha considerado 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 acuerdos relativos a la fijación de condiciones comerciales, reparto de mercado y/o clientes, así como acuerdos para el boicot a determinadas agencias de viajes independientes y que el origen de los hechos descritos por el órgano de instrucción se remonta a la creación de la asociación AGRUPA en 1999 por parte de los principales grupos de gestión de agencias de viajes independientes para permitir dar cobertura a sus contactos y acuerdos.

Estas conductas se califican como una práctica prohibida en el artículo 1 de la LDC y de la Ley 16/1989, que constituyen una infracción única y continuada y una restricción por objeto y por efecto de la competencia que ha tenido aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre concurrencia en el mercado al ser ejecutada por parte de AGRUPA y de los grupos de gestión integrantes de dicha asociación.

TERCERO: Disconforme con la resolución recurrida, la parte recurrente, con carácter previo denuncia, a efectos de una posible caducidad del procedimiento, la falta de transparencia en el expediente sancionador S/0455/12 Grupos de Gestión porque se han dictado acuerdos de levantamiento de la suspensión del plazo máximo para dictar la resolución, sin determinar el nuevo plazo máximo para resolver, estableciéndose únicamente en el último acuerdo de levantamiento de la suspensión, impidiendo a las partes conocer el nuevo plazo máximo de resolución.

Por lo demás, opone los siguientes motivos de impugnación:

- 1.- Vulneración del principio de presunción de inocencia.
- 2.- Inexistencia de un cártel por parte de AGRUPA y la pertenencia de GEA en él, y de práctica alguna restrictiva de la competencia. Aplicación del artículo 1.3 LDC.
- 2.- Aplicación de la regla minimis.
- 3.- Error en el cálculo de la sanción.
- 4.- Infracción del principio "non bis in ídem" y
- 6.- Prescripción de la infracción impuesta a GEA, para el caso de que se entendiese que GEA es responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC y artículo 1 de la Ley 16/1989.

El Abogado del estado se opone al recurso e interesa su desestimación por los propios fundamentos de la Resolución recurrida.

CUARTO: Expuestos, en apretada síntesis los términos del debate, antes de entrar a examinar los motivos de impugnación articulados por la recurrente, cumple manifestar que carece de toda trascendencia la denuncia que se efectúa en la demanda respecto de la falta de transparencia en el expediente sancionador S/0455/12 Grupos de Gestión, por cuanto que no se ha opuesto la caducidad del expediente sancionador.

Dicho lo anterior, la parte recurrente opone la vulneración del derecho a la presunción de inocencia argumentando que en la Asamblea de 7 de agosto de 1.999 no sirve de base para sustentar ningún acuerdo alcanzado en AGRUPA que pudiera entenderse restrictivo de la competencia, por lo que dicha fecha tampoco serviría para fijar la duración de la conducta imputada y que no existe prueba de cargo suficiente que desvirtúe el principio de presunción de inocencia. Considera que en caso de que alguna Asamblea celebrada en el seno de AGRUPA pudiera entenderse como acreditativa de la comisión de una infracción restrictiva de la

competencia consistente en acuerdos de fijación de precios, ésta debería ser desde la Asamblea de 23 de noviembre de 2.000 ya que, cuando la CNMC evalúa los supuestos acuerdos alcanzados restrictivos de la competencia no menciona ningún acuerdo anterior a dicha fecha. Y respecto al boicot a determinadas agencias de viajes independientes, no solo no cabe imputar a GEA dicho boicot por no constar prueba alguna que acredite su participación, sino que, además, GEA dejó de formar parte de AGRUPA en octubre de 2.009 por lo que sería imposible que hubiese podido intervenir en el boicot imputado.

Así las cosas concluye que la CNMC estaría sancionando a la recurrente por una supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 y artículo 1 de la Ley 16/1989, desde junio de 1.999 hasta octubre de 2.009 sin haber probado que desde dicha fecha se estuviese cometiendo prácticas restrictivas de la competencia.

Pues bien, en el caso examinado, en la resolución recurrida se consignan los siguientes hechos probados:

1.- En 1999 determinados grupos de gestión de agencias de viajes independientes -AIR, AMA, AVANTOURS, AVASA, BESAIDE, EUROPA VIAJES, GEA, m-70, MET, OVER, STAR Y UNIDA- constituyeron la denominada plataforma de grupos de gestión, como paso previo a la creación de una Asamblea de grupos de gestión de agencias de viajes independientes.

2.- En el ámbito de la citada Plataforma, en la reunión de 15 de enero de 1999 celebrada en Barcelona se 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, y entre ellos GEA, entre los que se incluía a varias de las implicadas, para aprobar la redacción final de los Estatutos de AGRUPA (Asociación m española de grupos de Gestión de Agencias de Viaje).

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. La resolución sancionadora considera esta reunión como la constitutiva del cartel.

5.- Desde la constitución de AGRUPA, se constató la celebración de reuniones en las siguientes fechas:

- (i) En el año 1999: 7 de agosto y 2 de diciembre.
- (ii) En el año 2000: 18 de julio, 10 de octubre y 23 de noviembre.
- (iii) En el año 2001: 30 de enero, 12 septiembre y 27 de noviembre.
- (iv) 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.
- (vi) En el año 2004: 27 de enero.
- (vii) En el año 2005: 19 de julio y 25 de octubre.
- (viii) En el año 2006: 9 de febrero y 2 de noviembre.
- (ix) En el año 2007: 8 de marzo.
- (x) En el año 2008: 23 de enero y 19 de junio.
- (xi) En el año 2009: 28 de abril, 17 de junio, 17 de septiembre y 23 de noviembre.
- (xii) En el año 2010: 13 de enero, 14 de julio y 10 de octubre.
- (xiii) En el año 2011: 6 de octubre.

6.- En relación con 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 y políticas comerciales respecto de los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos. El inicio de la participación de GEA en estos acuerdos se sitúa desde junio de 1999 hasta octubre de 2009, fecha en que causó baja en AGRUPA.

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.- Este Decálogo fue completado en las sucesivas reuniones y así, en la Asamblea de AGRUPA DE 25 de septiembre de 2002 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 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).

(ii) 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).

(iii) 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).

(iv) 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 que 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. Este pacto se mantuvo en vigor hasta octubre de 2011, con excepción de GEA que causó baja en AGRUPA en octubre de 2009. A estos efectos 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).

A la vista de los hechos expuestos debemos concluir que en el caso examinado existe prueba de cargo de la comisión la infracción por la que ha sido sancionada la recurrente.

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 la comisión infracción imputada por cuanto que, a juicio de esta Sala (Sección Sexta) acreditan que las sancionadas y, entre ellas GEA, han estado adoptando acuerdos de fijación y unificación de las condiciones comerciales, para el reparto del mercado de las agencias de viaje independientes a través de pactos de no agresión así como la 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.

Por lo expuesto, debemos desestimar el motivo de impugnación que denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y los argumentos en los que la recurrente lo fundamenta por existir prueba de cargo suficiente que desvirtúe el principio de presunción de inocencia.

A estos efectos cumple manifestar que ha quedado acreditado que el inicio de la conducta sancionada se sitúa en la Asamblea de AGRUPA celebrada en Frankfurt el 19 de junio de 1999, a la que asistió GEA, en la que se fijaron los Estatutos de la Asociación y 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. En dicha Asamblea se acordó el establecimiento de unas tablas recomendadas para los gastos de gestión, por lo que hemos de convenir con la Administración demanda en que la conducta sancionada se inició en 1999.

QUINTO: A lo largo de la demanda, se reitera que, en el caso de que se entendieran acreditadas las posibles prácticas restrictivas de la competencia consistentes en el boicot a determinadas agencias de viajes independientes desde, al menos, junio de 2.009 hasta octubre de 2.011 y su carácter restrictivo de la competencia, GEA debería quedar desvinculada de ellas ya que dejó de formar parte de AGRUPA en el año 2.009.

A estos efectos se argumenta en la demanda que se imputa a GEA acuerdos alcanzados en el seno de AGRUPA desde 19 de junio de 1.999 hasta el 23 de octubre de 2.009, fecha en la que GEA se da de baja en AGRUPA, por lo que al iniciarse las actuaciones de la hoy denominada CNMC, el 29 de enero de 2.013, la Resolución impugnada solo se puede retrotraer a 29 de enero de 2.009, debiéndose considerar prescrita cualquier actuación anterior. Y añade que, dado que GEA dejó de formar parte de AGRUPA el 23 octubre de 2.009, la CNMC tendría que haber acreditado la participación o intervención de GEA en una práctica restrictiva de la competencia durante el 29 de enero de 2.009 al 23 de octubre de 2.009, lo cual no ha sido acreditado, no pudiendo imputarle infracción alguna.

Así las cosas concluye que la infracción consistente en los acuerdos para fijación de las condiciones comerciales ha prescrito, al ser la última Asamblea en la que pudo intervenir GEA la de 25 de octubre de 2.005, dado que GEA causó baja en AGRUPA en octubre de 2.009, siendo la siguiente Asamblea que recoge la CNMC en la que se fijan condiciones comerciales de fecha 18 de junio de 2.009, por lo que la adopción de acuerdos en dicha Asamblea no repercutía en nada a GEA ya que era su intención salir de AGRUPA, lo cual hizo efectivo en octubre de 2.009, sin que ni siquiera se hubiese podido llegar a ejecutar los posibles acuerdos adoptados.

Respecto del Acuerdo de reparto de mercado a través de agencias de viajes independientes, la última Asamblea recogida en la Resolución es de junio de 2.008, por lo que estaría prescrita la infracción imputada por dichos acuerdos, al haber transcurrido más de 4 años desde la celebración de la Asamblea hasta la incoación del Expediente Sancionador S/0455/12 AGRUPA el 29 de enero de 2.013.

Por lo demás, la demanda no entra a examinar la prescripción de la infracción consistente en el boicot a determinar agencias de viajes porque sostiene que GEA no ha podido participar en el mismo ya que salió de AGRUPA en octubre de 2.009, siendo imposible que, en tan breve periodo de tiempo, GEA haya podido llevar a cabo dicha actuación.

Para dar respuesta a estas cuestiones debemos recordar que la recurrente ha sido sancionada por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la 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.

Una vez afirmado que nos encontramos ante una infracción única y continuada, cuestión no combatida en la demanda, resulta inevitable analizar la jurisprudencial que, sobre este tipo de infracciones ha elaborado el TJUE.

Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, que por lo que ahora interesa, manifiesta lo siguiente:

"157 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en



el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 42 y la jurisprudencia citada).

158 en consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43)."

Pues bien, en el caso examinado, afirmada la existencia de una infracción única y continuada, el hecho de que GEA no participase en los acuerdos adoptados con posterioridad a su salida de AGRUPA en octubre de 2009, no le exime de responsabilidad por su participación en la infracción única y continuada por la que ha sido sancionado, sin perjuicio de que el concreto periodo temporal de su participación en aquella sea tenido en cuenta a los efectos de la cuantificación de la sanción correspondiente.

Debemos insistir en que la calificación de una infracción del artículo 101 del TFUE como infracción única y continuada tiene importantes consecuencias en la imputación de la conducta en el ámbito temporal, ya que una empresa que haya participado en una infracción de este tipo, mediante comportamientos propios, calificables de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendía contribuir a la realización de la infracción en su conjunto, es también responsable, durante todo el tiempo que dure su participación en dicha infracción, de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción, STJUE Comisión/Anic Partecipazioni, (apartado 83).

Además, permite presumir que la infracción o la participación de una empresa no se ha interrumpido, aunque no se disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto, STG 17 de mayo de 2013, T147/09 y T14 8/09 Trelleborg, (apartado 61). Con la infracción única y continuada se presume que, a pesar de periodos de aparente inactividad o donde no es posible desplegar toda la carga probatoria, la infracción continúe permitiendo la imputación de la responsabilidad por todo ese periodo de latencia.

La falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un periodo concreto, [no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en periodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua [...]», STJUE 11 de enero de 2008, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, (apartados 57, 97 y 98), STJUE de 7 de enero de 2004 Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 260), y STG Trelleborg, (apartado 59).

Esta circunstancia permite la imposición de una multa por la totalidad del periodo de infracción considerado y determina la fecha en la que empieza a correr el plazo de prescripción, a saber, la fecha en la que la infracción continua ha finalizado, STG Trelleborg, (apartado 62).

Las consecuencias son muy relevantes. (i) Permite que la infracción o la participación de una empresa en ella, no se haya interrumpido aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, siempre apreciación esa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto; (ii) habilita la imposición



de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes; (iii) y el plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción.

Por todo ello, el dies a quo del plazo de prescripción debe quedar fijado en el día en el que la infracción cesó, a saber, el en el día 6 de octubre de 2011, por lo que en la fecha en que se incoó el expediente sancionador- 29 de enero de 2013, no había transcurrido el plazo de prescripción de 4 años.

SEXTO: Re cuerda la recurrente que la disposición adicional cuarta apartado segundo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia define cártel como: "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" y sostiene que, en este caso, no ha quedado acreditada la creación de un cártel por AGRUPA en la reunión de 19 de junio de 1.999, en la que únicamente se aprobaron los Estatutos de la Asociación y se establecieron los objetivos que entendían que deberían ser abordados por la Asociación, en la que no se adoptó ningún acuerdo que pueda enmarcarse en dicha definición de cártel ni conducta colusoria del artículo 1 de la LDC.

Frente a estas manifestaciones cumple manifestar que la calificación como cartel de las conductas sancionadas, que en todo caso resulta de la calificación de aquellas como infracción por el objeto, no resulta desvirtuada por la Disposición Adicional 4 de la LDC.

En cualquier caso, entendemos que la enumeración contenida en la mencionada Disposición Adicional de la LDC no es de carácter cerrado ni de interpretación restrictiva. El artículo art. 62 LDC prescinde del término cártel, calificando como infracción toda contravención del artículo 1 de la LDC. En esa concepción del sentido de la mencionada disposición adicional cuarta de la LDC subyace la idea de que la misma debe necesariamente comprender todo acuerdo secreto cuyo objeto incida o pueda incidir, ya sea de forma directa o mediata, en la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, en el reparto de mercados, incluidas pujas fraudulentas o la restricción de importaciones o exportaciones". Esta interpretación resulta avalada por la posterior redacción dada a la citada Disposición Adicional Cuarta por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo. (BOE- A-2017-5855) vigente desde el 27 de mayo de 2017, en la que el cártel aparece definido como "todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia.

Por lo demás, debemos insistir en que la relación de hechos probados a la que ya nos referido evidencia la existencia de cartel y que ya en la asamblea de AGRUPA de junio de 1999, los Grupos de Agencias de Viajes asistentes, entre ellos GEA acordaron el establecimiento de unas tablas recomendadas para los gastos de gestión, y, en consecuencia, un acuerdo restrictivo de la competencia.

SÉPTIMO: Insiste la parte recurrente en que la creación de AGRUPA fue debida a la defensa y protección de los intereses de las agencias de viajes, no pudiendo entender que con la creación de esta Asociación se estuviesen llevando conductas colusorias de las enmarcadas en el artículo 1 de la LDC y considera que, en todo caso, en el caso examinado sería de aplicación el artículo 1.3 de la LDC, que establece que: << *La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas, b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.>>*

La redacción del citado precepto es similar a la del artículo 101.3 de del Tratado de la Unión Europea. De acuerdo con las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 3 del apartado 81 del Tratado 101/97, de 27 de abril, (actual artículo 101.3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea), la viabilidad de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se supedita a cuatro condiciones acumulativas, de las cuales dos son positivas y dos negativas:

- a) los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;
- b) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;



- c) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos, y
- d) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Cuando se reúnen estas cuatro condiciones que son, insistimos, acumulativas, el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia.

La carga de la prueba de la concurrencia de dichas condiciones recae en la empresa que invoque la excepción.

Además, es preciso puntualizar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente pueden tenerse en cuenta los beneficios objetivos, lo que significa que las eficiencias no se evalúan desde el punto de vista subjetivo de las partes. Asimismo, el nexo causal entre el acuerdo y las eficiencias alegadas debe ser directo. Las eficiencias han de ser calculadas o estimadas con la mayor exactitud posible. El acuerdo restrictivo ha de ser, en sí, razonablemente necesario para obtener las eficiencias y, a su vez, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe ser a la vez razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias, esto es, las eficiencias deben ser específicas al acuerdo de manera que no exista otra forma económicamente viable y menos restrictiva para alcanzarla, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Por lo demás, la participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante debe compensar a estos por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia.

Hechas estas consideraciones, podemos afirmar que en el caso examinado no ha quedado acreditada la concurrencia de las condiciones exigidas para la aplicación de la exención prevista en el artículo 1.3 LDC.

Por lo demás cumple manifestar que si estaba en el convencimiento de que la actividad llevada a cabo por las empresas agrupadas era lícita no se explica 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.

OCTAVO: Se denuncia en la demanda la no aplicación a la recurrente de la denominada "regla de mínimis" contenida en el artículo 5 de la LDC, al considerar que, por un lado, las conductas imputadas a GEA no producen una afectación en el mercado y, por otro lado, que su capacidad para determinar el comportamiento del mercado es inexistente. Alude a la escasa incidencia y repercusión de GEA en la representación de las agencias asociadas en el sector turístico, en relación con el gran número de agencias de viajes en España, recordando que el porcentaje de agencias de viajes asociadas a GEA no alcanza ni el 5% de las agencias de viajes existentes en España, pero lo que es más importante, su incidencia no se debe calificar por su número sino por su facturación que supone menos de un 0,5% de las agencias de viajes de toda España. A estos efectos recuerda que el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución Vileda/Tervi, acogiendo la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, señaló que no todos los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas están incluidos en la prohibición de las conductas colusorias, sino solamente aquellos que producían o bien podían producir una restricción sensible de la competencia, resaltando de esa manera que los acuerdos colusorios de escasa importancia, realizados por operadores con escaso poder de mercado o con escasa incidencia en el mismo, no deberían incluirse en la prohibición del artículo 81.1 del Tratado CE.

Por lo demás denuncia que la resolución impugnada incurre en error cuando sostiene que la regla de minimis no se aplica a un acuerdo apto para restringir la competencia.

Este motivo de impugnación ha de ser igualmente rechazado pues desconoce la limitación que a la aplicación de dicha regla impone el artículo 2.1 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, que, bajo la rúbrica " Conductas excluidas del concepto de menor importancia", dispone lo siguiente:

"1. Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:

- a) *La fijación de los precios de venta de los productos a terceros;*
- b) *la limitación de la producción o las ventas;*
- c) *el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones".*

Pues bien, una vez afirmado que la conducta de la recurrente 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, integra una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, nos encontramos ante una infracción por su objeto que, por tanto no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, bastando con que se tienda a ese fin, tenga éxito o no. Es decir, la conducta que se prohíbe en el citado artículo 1 de la LDC ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia. Y es precisamente la naturaleza del objeto de esta prohibición lo que impide admitir la afirmación de la recurrente. Por lo dicho, la ponderación de los efectos concretos de la referida conducta es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

No es ocioso recordar en este punto la doctrina contenida en la conocida sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 (EDJ 2009/91757) T-Mobile, que reitera la doctrina anterior, y que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre " infracciones por objeto" e " infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17).

30. En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia".

Por todo lo expuesto, encontrándonos ante una infracción por el objeto, queda excluidas del concepto de menor importancia de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de Competencia.

NOVENO: Por lo que se refiere a la sanción, aduce la parte recurrente que la CNMC no ha tenido en cuenta que, determinado el tipo sancionador global en un 4,5%, éste podrá ser individualizado a cada sujeto responsable a la baja y no al alza como lo hace en el presente expediente sancionador en el que se ha aplicado a la recurrente un tipo del 6,50%, sin que proceda un ajuste al alza del tipo sancionador por haber sido sancionado en un expediente anterior, S/0444/12 GEA dado que la Resolución por la que fue sancionada GEA ha sido recurrida por esta parte, encontrándose pendiente de resolución en la Audiencia Nacional, por lo que no podemos entender dicha Resolución firme.

Así las cosas, entiende que, en caso de que finalmente se declarase que GEA es responsable de una infracción del artículo 1 22 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y artículo 1 de la Ley 16/1989, la sanción impuesta deberá ser nuevamente cuantificada, aplicando únicamente un ajuste a la baja al haber interrumpido su participación en AGRUPA, siendo dicha baja reconocida en la propia Resolución recurrida.



Añade que la CNMC ha fijado la duración de la conducta desde el 19 de junio de 1.999, fecha de la Asamblea en la que AGRUPA fue constituida, hasta el 23 octubre de 2.009, fecha en la que GEA sale de AGRUPA, no habiéndose acreditado que, durante dicho periodo, GEA haya participado en la conducta que se imputa ya que, a pesar de que GEA dejase de formar parte en AGRUPA el 23 de octubre de 2.009 no quiere decir que estuviese llevando a cabo prácticas restrictivas de la competencia antes su salida del grupo de gestión, sin que exista prueba que lo acredite y que en todo caso la su participación en el tiempo ha sido menor que la del resto de las imputadas y que pese a ello, es a quien más sanción se impone.

Los motivos de impugnación expuestos han de ser desestimados por las razones que pasamos a exponer.

El recurso contencioso administrativo interpuesto por GEA contra la resolución de 12 de junio de 2014 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, dictada en el expediente nº S/0444/12, ha sido resuelto y desestimado en nuestra sentencia de fecha de 17 de mayo de 2017, en el Procedimiento Ordinario tramitado con el nº 332/2014. Dicha sentencia es firme por no haberse interpuesto contra ella recurso de casación.

Por lo que se refiere a la falta de prueba de la participación de GEA en las conductas que integran la infracción única y continuada por la que ha sido sancionada, durante todo el periodo de duración de la misma, nos remitimos a lo ya resuelto en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente resolución.

Por lo demás, en la resolución sancionadora recoge de forma expresa que, " en el caso de GEA, de cara a la sanción conviene tener en cuenta que interrumpió su participación en la conducta en 2009, antes de que la CNMC practicara las investigaciones domiciliarias que dieron lugar a la apertura del expediente, por lo que procede un ajuste a la baja del tipo sancionador, si bien, al propio tiempo tiene en cuenta que dicha empresa ya había sido sancionada por la CNMC en expediente anterior por una infracción del artículo 1, lo que justifica un ajuste al alza del tipo sancionador de esta empresa".

Así las cosas, la sanción finalmente impuesta responde a los criterios establecidos en el 64. 1 de la Ley 15/2007.

DÉCIMO: Denuncia la recurrente la vulneración del principio " non bis in idem ", al considerar que el procedimiento sancionador que ha culminado con la resolución ahora recurrida, guarda identidad de hechos y fundamentos con el Expediente sancionador S/0444/12, por lo que si fuera sancionada por ambas causas supondría una doble sanción incompatible con el citado principio.

Pues bien, esta cuestión quedó resuelta en nuestra sentencia dictada con fecha de 17 de mayo de 2017, en el Procedimiento Ordinario tramitado con el nº 332/2014, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la ahora recurrente contra la resolución dictada en fecha 12 de junio de 2014 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente nº S/0444/12.

Pues bien, decíamos en ella y reiteramos ahora que:

"(...) EL apartado 598 de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (STPI) de 18 de junio de 2008, asunto Hoescht T-410/03, nos recuerda con carácter general que "El principio non bis in idem, también recogido en el artículo 4 del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el órgano jurisdiccional (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2006, SGL Carbon/ Comisión, C-308/04 P, Rec. p. I-5977, apartado 26)", para añadir en el apartado 600 que "Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha recordado que la aplicación del principio non bis in idem está supeditada a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. El citado principio prohíbe, por tanto, sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger el mismo bien jurídico (sentencia Aalborg Portland y otros/ Comisión, citada en el apartado 145 supra, apartado 338)."

En esta misma línea, aunque con matices relevantes para este caso, nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo al TEDH, recuerda en la STC 2/2003 de 16 de enero, Pleno, que: "desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos reconocido que el principio non bis in idem integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, hemos declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones "en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento" (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2)."

La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo



hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona (STC 66/1986, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, FJ 3). La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (SSTC 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3; y 204/1996, FJ 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente".

Así, en el presente procedimiento (nº S/0444/12) se ha analizado si GEA entre, al menos, marzo de 2005 hasta septiembre de 2012, impuso a las agencias de viajes adheridas a dicho grupo de gestión las decisiones de no vender los productos y servicios ofrecidos por determinados proveedores mayoristas y no firmar acuerdos individuales por dichas agencias con proveedores vetados por GEA, limitando en los mercados descendentes la distribución minorista de productos y servicios turísticos por estas agencias de viajes en el mercado nacional.

Por su parte, en el expediente S/0455/12 (Grupos de Gestión) se investigan una serie de prácticas prohibidas por el artículo 1 de LDC, que entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de dichas prácticas consistió en la adopción de acuerdos en los que se fijaron las condiciones comerciales de los Grupos de gestión asociados en AGRUPA respecto de los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos, se repartió el mercado mediante el reparto de las agencias de viajes independientes adheridas a estos grupos de gestión, a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a los grupos de gestión asociados en AGRUPA, así como boicotearon a las agencias de viajes expulsadas de los grupos de gestión asociados en AGRUPA, evitando así su adhesión a alguno de los otros grupos de gestión asociados en AGRUPA. La resolución imputa a GEA por la participación en el cártel en el periodo comprendido entre junio de 1999 y octubre de 2009.

Resultan evidentes las diferencias entre ambos procedimientos, no sólo en los hechos investigados (unos en los mercados descendentes y otros en los mercados de compras), sino también en la calificación jurídica de las infracciones que se han podido cometer, ya que en el presente procedimiento se dirige una práctica prohibida consistente en la toma de decisiones adoptadas por GEA y ejecutadas por las agencias adheridas al grupo y en el expediente de Grupos de Gestión la conducta ha sido calificada de cártel; en las fechas en las que se han producido los hechos susceptibles de ser sancionados, que no son coincidentes en uno y otro expediente; y en los sujetos intervinientes en las conductas prohibidas pues si bien GEA se encuentra imputada en ambos expedientes, en el expediente de Grupos de Gestión la práctica investigada se imputa a una pluralidad de sujetos investigados, mientras que en el presente expediente se imputa únicamente a GEA, de acuerdo con la realidad de los hechos imputados.

No puede apreciarse, por tanto, la existencia de una vulneración del principio invocado por GEA, en tanto en cuanto, no concurren los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para considerar la existencia de una doble sanción administrativa".

UNDÉCIMO. - Lo expuestos en los anteriores fundamentos determina la desestimación del presente recurso con imposición de costas a la parte recurrente.

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

FALLO

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por **GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTE S.L.** representada por el Procurador de los Tribunales D. Victorio Venturini Medina, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 12 de mayo de 2.016 dictada en el expediente nº S/0455/12, por la que se impuso a la recurrente una multa de 87.117,00 euros por una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y artículo 1 de la Ley 15/2007.

Se imponen a la recurrente las costas procesales ocasionadas en este proceso.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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