



Roj: **SAN 247/2022 - ECLI:ES:AN:2022:247**

Id Cendoj: **28079230062022100019**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/01/2022**

Nº de Recurso: **327/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000327 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 3673/2016

Demandante: Asociación Empresarial Grupo Europa Viajes

Procurador: DÑA. ANDREA DORREMOCHEA GUIOT

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N°:

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 veintiuno de enero de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo nº 327/16, interpuesto por la Procuradora Dña. Andrea Dorremochea Guiot, en nombre y en representación de la **Asociación Empresarial Grupo Europa Viajes**, contra la resolución dictada en fecha 12 de mayo de 2016 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador S/0455/12 GRUPOS DE GESTION, que impuso a la recurrente una sanción de multa por importe de 31.837 euros por la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Ha sido parte demandada 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 que dicte sentencia, por la que se acuerde:

"1) Que la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 12 de mayo de 2.016 objeto de impugnación y recurso, en cuanto a la sanción impuesta a la Asociación Empresarial Grupo Europa Viajes, no es ajustada a Derecho, declarando su anulación.

2) Subsidiariamente, para el caso de que se entienda que la conducta de la Asociación Empresarial Grupo Europa Viajes en el seno de AGRUPA en el periodo de los meses de noviembre de 2.009 a octubre de 2.011 puede entenderse como ilícita en términos de competencia, que la sanción que se le imponga sea reducida a un 15,44 % de la impuesta, esto es 4.915,63 €".

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. Posteriormente, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 24 de noviembre de 2021, en cuya fecha tuvo lugar.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillan Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo la representación procesal de la ASOCIACION EMPRESARIAL GRUPO EUROPA VIAJES impugna la resolución dictada en fecha 12 de mayo de 2016 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador S/0455/12 GRUPOS DE GESTION por la que se impuso a la recurrente una sanción de multa por importe de 31.837 euros por la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Concretamente, la parte dispositiva de la citada resolución dispone:

"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:

1 ASOCIACION EMPRESARIAL GRUPO EUROPA, por el periodo comprendido entre noviembre de 2009 y el 6 de octubre de 2011.

(...)

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

1. ASOCIACION EMPRESARIAL GRUPO EUROPA: 31.837 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".

En la resolución recurrida se indica que la recurrente, ASOCIACION EMPRESARIAL GRUPO EUROPA VIAJES, "es una asociación de agencias de viajes minoristas con domicilio social en Barcelona. Fue constituida en 1998 y contaba en diciembre del 2012 con 272 empresas asociadas y 308 puntos de venta. Su objeto social es, según

sus Estatutos, fomentar el desarrollo del sector de agencias de viajes, colaborando en su gestión, en la defensa de sus intereses y la coordinación de los recursos profesionales del sector y de sus asociados. Según "Ranking Nexotur de grupos comerciales de Agencias de Viajes" para 2011, las agencias de viajes adheridas a EUROPA VIAJES habrían facturado 425 millones de euros, lo que representa el 7,91% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un Grupo de Gestión".

Asimismo, la resolución sancionadora señala que el mercado de producto afectado por este expediente sancionador 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 la CNMC 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.

Y en ese mercado de producto es donde la CNMC ha entendido que la recurrente, Asociación Empresarial Grupo Europa Viajes, junto con los otros grupos de gestión también sancionados, han realizado conductas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Precepto que considera como conductas prohibidas *"todo 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 en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (...); c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. [...]".* Conductas que, además, la CNMC ha calificado como una infracción única y continuada por cuanto que como asociados de AGRUPA han adoptado en diversas reuniones acuerdos anticompetitivos tales como (i) fijación y unificación de las condiciones comerciales de los grupos de gestión asociados a AGRUPA en relación con la negociación con los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos; (ii) reparto de mercado y/o clientes a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes adheridas a estos grupos de gestión; y (iii) boicot a determinadas agencias de viajes expulsadas de esos grupos por incumplimiento de las políticas y acuerdos adoptados entre ellos o por criticar las funciones de los mismos. Y esos acuerdos se han adoptado a través de diversos contactos y de reuniones celebradas como asociados de AGRUPA desde junio de 1999 hasta octubre de 2011. Acuerdos que perseguían el objetivo de reducir la incertidumbre y coordinar estrategias comerciales con un efecto evidente de distorsión de la competencia en beneficio de los partícipes en la conducta y ello constituye una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE calificada como cártel conforme a la disposición adicional cuarta 2 de la LDC.

SEGUNDO. En el escrito de demanda presentado por la recurrente se solicita la nulidad de la resolución recurrida y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Inicia su defensa destacando que la Asociación Empresarial Grupo Europa Viajes es una asociación empresarial sin ánimo de lucro, inscrita como tal ante el Ministerio de Justicia, en la que se han asociado una multitud de empresas nacionales que tienen por actividad la intermediación en viajes -agencias de viajes-, normalmente microempresas o empresas familiares, que buscan un paraguas que les proteja ante la feroz competencia del sector y que les permita así salir al mercado en igualdad de condiciones que las grandes agencias de viaje. En esta misma línea refiere que para las agencias de viaje minoristas, es decir aquellas



que comercializan paquetes turísticos organizados y gestionados por los tours operadores y por las agencias de viajes mayoristas, es esencial que las comisiones que reciben por dicha comercialización sean lo más altas posible al objeto de poder ofrecer luego a sus clientes el mejor precio. Por ello, el Grupo Europa aglutinó como asociadas, ya desde el año 1.999, aquellas agencias de viajes independientes que querían seguir siendo empresas independientes, pero integrándose en un grupo de gestión turístico que defendiera sus intereses y que les ofreciera una plataforma de negociación de contratos con mayoristas y tour operadores de manera conjunta.

Por ello justifica su actuación indicando en su demanda que *"siempre ha buscado ampliar su fuerza negociadora sobre la base de (1) tener el máximo de asociados posible ya que ello le reporta una capacidad de venta conjunta de sus agencias asociadas y (2) establecer acuerdos con otros grupos de gestión para aunar aún más capacidad de venta. En este contexto, absolutamente legal y de acuerdo con la normativa sobre competitividad empresarial en un mercado libre, mi mandante siempre ha buscado pertenecer a entidades mayores -cómo lo puede ser AGRUPA- o como lo era CEUS, una Agrupación de Interés Económico creado por varios grupos de gestión para negociar conjuntamente ante mayoristas y tour operadores y así aunar fuerza de negociación sobre la base de aunar capacidad de venta"*.

En su defensa alega el erróneo análisis de las conductas que se imputan a Grupo Europa, así como el error en la valoración de las pruebas. Sostiene que ha participado en muy pocas reuniones y asambleas en la sede de AGRUPA y que, precisamente, en las que ha participado no se han adoptado conductas contrarias a la competencia. En ese sentido niega que sean anticompetitivas:

(i) la conducta llevada a cabo por la recurrente en relación con aquellas agencias de viajes asociadas a Grupo Europa que deciden contratar una herramienta informática para la contratación de viajes combinados comercializada por la sociedad mercantil Traveltool, S.L. Y ello porque, a su juicio, en la medida en que Traveltool, S.L. es un grupo de gestión y los estatutos de Grupo Europa prohíben la adscripción de una agencia de viajes simultáneamente a dos o más grupos de gestión, tiene una justificación razonable que a las agencias de viaje pertenecientes simultáneamente a Grupo Europa y a Traveltool, S.L. se les avise primero de esa incompatibilidad para luego darlas de baja. Y entiende que es errónea la calificación efectuada por la CNMC de que tal actuación implica una conducta de boicot a las agencias de viaje o de imposición arbitraria a éstas que suponga una limitación a la libertad de contratación de las agencias de viajes.

(ii) Sobre el pacto de no agresión entre los grupos de gestión la recurrente señala que lo desconocía ya que cuando el Grupo Europa se incorpora en AGRUPA no se le informa de los acuerdos tomados en asambleas o reuniones anteriores.

(iii) En relación con las comisiones para negociar con los principales proveedores de cruceros se le imputa por estar en una reunión en la que se nombró una Comisión para "reunirse con los principales proveedores de cruceros y poder negociar unos mínimos" pero niega que esa conducta fuera anticompetitiva ya que, precisamente, permitía a las agencias de viajes obtener unas condiciones de venta que benefician al mercado y al consumidor. Entiende en este sentido que si una agencia de viajes ve su margen de ventas ampliado gracias a la obtención de mejores comisiones o por el cobro de rappels tendrá automáticamente mayor libertad para fijar sus precios a la baja y ello favorece la competitividad y redundará, sin ninguna duda, en el consumidor.

Finaliza su defensa indicando el "grave error de valoración en los criterios adoptados para fijar la sanción en la Resolución que se recurre". En este sentido critica que la CNMC para la determinación de la estructura de mercado haya acudido a datos extraídos del Ranking NEXOTUR de Grupos Comerciales para 2011 cuando es un ranking publicado por una revista digital privada que determina que la cuota de mercado de las entidades infractoras en el mercado relevante llegaba al 52%. Añade que, si el mercado es el de servicios prestados por los grupos de gestión a sus agencias de viajes asociadas no puede calcularse su volumen de negocios atendiendo a las ventas al público de dichas agencias de viajes. Y termina señalando que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la imposición de la cuantía de la multa.

TERCERO. Esta Sala acepta el mecanismo de actuación de las entidades sancionadas según ha constatado la CNMC en la resolución impugnada y que ha quedado acreditado a través de los diversos medios de prueba obtenidos por la CNMC de diversas fuentes, tales como los obtenidos en las inspecciones domiciliarias realizadas a las empresas AIRMET y GEA, así como la documentación aportada por las entidades tras los correspondientes requerimientos de información efectuados por la Dirección de Competencia. Y, como luego describiremos de forma más detallada, las entidades competidoras en el mercado de la prestación de servicios por los grupos de gestión a las agencias de viajes independientes de pequeño y mediano tamaño adoptaron acuerdos de forma conjunta con el fin de alcanzar una política comercial común y concertada contraria a las normas de competencia. Acuerdos que tienen origen en la creación de la asociación AGRUPA en 1999 por parte de los principales grupos de gestión de agencias de viajes independientes para dar cobertura a



sus contactos y acuerdos. Y, en este sentido, ha quedado 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 un acuerdo para la fijación de las condiciones comerciales; un acuerdo de reparto de mercado a través del reparto de agencias y de viajes independientes clientes, y un acuerdo para el boicot a determinadas agencias de viajes independientes.

Incluso, en 1999 y con anterioridad a la creación de AGRUPA, 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. Y en el ámbito de la citada Plataforma, en la reunión de 15 de enero de 1999, celebrada en Barcelona, a la que asistió GRUPO EUROPA, se designó una comisión de trabajo para la redacción de los Estatutos de una Asociación que agrupase a los anteriores grupos de gestión. Posteriormente, 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 para aprobar la redacción final de los Estatutos de AGRUPA (Asociación Española de Grupos de Gestión de Agencias de Viaje).

Y ya el 19 de junio de 1999, en Frankfurt, se reunió la Asamblea de AGRUPA, a la que asistieron varias de las sancionadas. En esa fecha se aprobaron los Estatutos de la Asociación y se fijaron los objetivos a conseguir por la misma; establecieron unos puntos comunes para su incorporación a los distintos contratos que cada uno de los grupos de gestión firmasen con los proveedores; y establecieron unas tablas recomendadas para los gastos de gestión. La resolución sancionadora considera esa reunión como la constitutiva del cártel.

Una vez constituida 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.

CUARTO. Posteriormente, la resolución sancionadora analiza y destaca que conductas son las que permiten dar por acreditado cada uno de los comportamientos que ha calificado como colusorias y que ha sancionado. Aunque, la CNMC, como es consciente del diverso trabajo desarrollado por los grupos de gestión, especifica en la resolución impugnada que: *"En cualquier caso, es importante indicar que el objeto de la presente Resolución no puede confundirse con la reprobación de toda la actividad negociadora desarrollada tanto por AGRUPA en nombre de los grupos de gestión asociados como de los propios grupos de gestión en nombre de las agencias de viajes independientes adheridas a su red. Por el contrario, lo que aquí se sustancia es si los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades en el seno de AGRUPA descritos constituyeron una infracción de la normativa de competencia bajo la forma de cártel con el objeto de alcanzar acuerdos consistentes en la fijación y unificación de condiciones comerciales, el reparto de mercado a través de un pacto de no agresión y el boicot a agencias de viajes expulsadas de los Grupos de Gestión asociados en AGRUPA. Como resultado de las conductas descritas se habrían infringido las reglas de la libre competencia durante los años de vigencia del cartel, con efectos directos sobre los mayoristas o proveedores de servicios turísticos, con los que se intentaba negociar unas condiciones comerciales previamente pactadas por las entidades participantes en el cártel y también sobre las agencias de viajes adheridas a los grupos de gestión participantes en el cártel, así como también respecto de sus empresas competidoras u otros grupos de gestión. De hecho, los acuerdos horizontales entre competidores para la consecución de mejores condiciones en la adquisición de bienes o servicios no son*

desconocidos en el Derecho de la Competencia y han sido objeto de análisis por la doctrina y jurisprudencia comunitaria. Así, dicha doctrina ha quedado expuesta en las "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal" y en relación, por ejemplo, con los acuerdos de compra conjunta, indican las directrices que pueden presentar problemas de competencia -e incluso constituir infracciones por objeto de la normativa comunitaria- en determinados casos. Se trata, pues, de una cuestión factual ligada al contexto específico en el que se desarrolle el acuerdo de compra conjunta; en particular, como se indica en el párrafo 5 de las mencionadas Directrices "ciertos criterios económicos como el del poder de mercado de las partes, así como otros factores referentes a la estructura de los mercados, constituyen un elemento clave para la evaluación de los efectos que un acuerdo de cooperación puede producir en los mercados". Así pues, en la medida en que dichos acuerdos entre los Grupos de Gestión no vienen referidos a compras conjuntas, resultan contrarios al derecho de defensa de la competencia, de acuerdo con el párrafo 205 de las Directrices citadas que expresamente indica que: "Los arreglos de compra conjunta constituyen una restricción de la competencia por el objeto si no se refieren realmente a compras conjuntas, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel encubierto, es decir, para incurrir en actividades que por lo general están prohibidas, como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados".

Y, posteriormente, la CNMC en la resolución analiza las conductas que merecen calificarse como anticompetitivas en las diversas y variadas funciones llevadas a cabo por los grupos de gestión. Conductas que esta Sala, al igual que la CMC, entiende que son anticompetitivas en la medida en que se unifican las políticas de actuación de cada una de las entidades sancionadas eliminando así la incertidumbre en el mercado.

Así, en relación con el llamado "*acuerdo de fijación de condiciones comerciales*", la CNMC incluye las conductas consistentes en la fijación de comisiones mínimas y en la unificación de las condiciones y políticas comerciales respecto de los proveedores mayoristas de productos y servicios turísticos. Dicha conducta se desarrolló desde junio de 1999 hasta octubre de 2011. Y en el caso de EUROPA VIAJES desde noviembre de 2009.

La CNMC refiere en este sentido que ya en la primera reunión, el 23 de junio de 1999, los grupos de gestión fundadores de AGRUPA fijaron unos objetivos comunes para todos los asociados en los que se constata que, en el seno de la asociación se pretendía fijar y unificar las condiciones comerciales de los Grupos de Gestión asociados:

- Punto nº 4: Elaborar una serie de puntos comunes para su incorporación a los distintos contratos que cada uno de los grupos comerciales firme con los distintos proveedores.

-Punto nº 11: Establecer unas tablas recomendadas para gastos de gestión.

Además, se adoptaron acuerdos que buscaban unificar las políticas comerciales de los miembros de AGRUPA con respecto a la negociación con los respectivos proveedores mayoristas (o tour operadores) de productos y servicios turísticos; incluso se crea una comisión de trabajo para la fijación de acuerdos mínimos en las negociaciones con proveedores y el contrato tipo de modelo de viaje combinado. En la Asamblea de AGRUPA de noviembre de 2000 los grupos de gestión aprobaron un "Decálogo de AGRUPA" que contenía ocho medidas de presión a tomar por los grupos de gestión frente a mayoristas, entre las que destaca: (i) la indicación de no firmar comisiones por debajo de los mínimos aprobados, (ii) bloquear de manera coordinada las ventas de determinados proveedores, (iii) no firmar contratos después de una fecha, (iv) adoptar medidas comerciales contra dos mayoristas específicos (IBEROJET y PRIMERA LINEA). Este "Decálogo" fue el germen de un "Código de Conducta" y posteriormente del "Código de ética comercial", aprobado en la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 25 de octubre de 2005, regulando 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. Así en la Asamblea General Extraordinaria de 18 de junio de 2009 los grupos de gestión acordaron la creación de dichas listas blancas con el fin de unificar y coordinar la política comercial de todos ellos 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". 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».



Asimismo, en la asamblea de marzo de 2003, se acordó la adopción de ciertas medidas 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.

Por lo que se refiere a la conducta colusoria sancionada consistente en el *"reparto de mercado y/o agencias de viajes independientes"* la CNMC refiere en la resolución impugnada que 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 a las agencias de viajes independientes adheridas a cada uno de ellos. Este pacto se mantuvo en vigor hasta octubre de 2011. 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. 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 en el que se refiere: *"A fin de llevar un mejor control de las bajas que se produzcan en nuestro grupo, ruego que me envíes por escrito las razones de la baja de esa agencia, si es por cierre del negocio, etc. Todas aquellas agencias que se den de baja y no sea por el cierre del negocio, debemos controlar su trayectoria, a fin de comprobar si posteriormente se dan de alta en otro Grupo, pues sabéis que tenemos un pacto de no agresión con el resto de Grupos de Agrupa que debe de ser respetado"*).

Finalmente, en relación con la conducta anticompetitiva calificada por la CNMC como *"llamado boicot a determinadas agencias de viajes independientes"*, 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. El boicot pactado buscaba evitar la adhesión de la agencia de viajes independiente expulsada a alguno de los otros grupos de gestión también integrados en AGRUPA y fue realizado por AIRMET, AVANTOURS, OVER, STAR y UNIDA, desde junio de 2009, CYBAS y EDENIA desde septiembre de 2009, RET desde octubre de 2009, EUROPA VIAJES en noviembre de 2009, así como GEA hasta su salida de AGRUPA en octubre de 2009. En este sentido, la CNMC destaca el correo electrónico enviado el 29 de septiembre de 2009 por AIRMET 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 solicitándoles que no la admitiesen en sus organizaciones. Posteriormente, en numerosas Asambleas aparecen referencias al acuerdo de boicot y 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 una grave amenaza contra los grupos de gestión.

QUINTO. Corresponde ahora a esta Sala analizar si existe o no prueba que acredite la participación de la recurrente en las actuaciones que se le han imputado y que se han calificado como infracción única y continuada como integrantes de un plan preconcebido organizado por las empresas competidoras en la prestación de servicios por los grupos de gestión a las agencias de viajes independientes de pequeño y mediano tamaño dirigido a controlar el mercado a través de actuaciones anticompetitivas.

La CNMC ha sancionado a la mercantil recurrente ASOCIACION EMPRESARIAL GRUPO EUROPA VIAJES por su participación desde el mes de noviembre de 2009 hasta el mes de octubre de 2011 en los acuerdos adoptados entre las empresas competidoras en el mercado de prestación de servicios por los grupos de gestión a las agencias de viajes independientes de pequeño y mediano tamaño mediante la fijación de condiciones comerciales, el reparto de mercado y/o clientes y mediante el boicot a determinadas agencias de viajes.

Mientras que la recurrente sostiene que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque entiende que se le ha sancionado a pesar de que no hay constancia de que hubiera participado en las reuniones celebradas en AGRUPA en las que pudieron adoptarse acuerdos anticompetitivos, la CNMC, sin embargo, apoya la imputación a la recurrente por su participación en el cártel desde noviembre de 2009 porque conocía la existencia de los acuerdos colusorios y participaba en su cumplimiento.



Como ya decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016 (recurso nº 551/13), en este tipo de actuaciones es difícil encontrar pruebas directas que permitan acreditar la participación de la recurrente en un plan concertado, así como la existencia de ese plan. Por ello para poder acreditar ambas situaciones debemos acudir, en la mayoría de las ocasiones, a la prueba de indicios aceptada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador y se encuentren en directa relación con las consecuencias que pretenden extraerse de los mismos. Para que la prueba de indicios pueda desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que los indicios no se basen 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, y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración.

El Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/07, al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

"(46) ... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II- 93, apartado 47).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

En primer lugar, destacamos que a la recurrente se le imputa la comisión de la infracción única y continuada referida desde noviembre de 2009 a octubre de 2011 y en ese periodo asistió a diversas reuniones en la sede de AGRUPA y, además, envió diversos correos electrónicos que permiten concluir que participó en la adopción e implementación de los acuerdos colusorios sancionados y que, incluso, conocía cual era el mecanismo de actuación del resto de las entidades asociadas en AGRUPA. Así destacamos los siguientes elementos de prueba que acreditan su participación en el plan preconcebido que se le ha imputado:

1. En la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 23 de octubre de 2009, a raíz de la baja de GEA de AGRUPA al incorporarse a TRAVELTOOL, consta en el acta emitida que: *"en GRUPO EUROPA se harán efectivas las cláusulas de su contrato por el cual resulta incompatible la pertenencia simultánea a otro grupo de gestión, por lo que, tras un expediente contradictorio, serán baja en su grupo las agencias que se hayan incorporado a TRAVELTOOL"*. En dicha reunión se adoptó por unanimidad no admitir la doble militancia en relación con TRAVELTOOL, así como el acuerdo y boicot con respecto a las agencias de viajes que contrataran esta herramienta online, aspectos con los que EUROPA VIAJES estaba conforme. Y esa incompatibilidad supuso una limitación a la libertad de contratación de las agencias de viajes.

2. En la Asamblea General Extraordinaria de AGRUPA de 23 de noviembre de 2009 también estuvo presente GRUPO EUROPA y en ella se aprobó por unanimidad nombrar una Comisión para *"reunirse con los principales proveedores de Cruceros y poder negociar unos mínimos"* de la que, además, EUROPA VIAJES formó parte. Asimismo, en esa reunión se informó de la vigencia de la *"recomendación de informar sobre las bajas que se producen en cada Grupo por alta en TRAVELTOOL"*.

3. En la reunión de 14 de julio de 2010 a la que también asistió EUROPA VIAJES se acordó restablecer el pacto de no agresión entre los presentes en dicha reunión, así como respetarlo. E incluso llegó a decir: *"debe haber un escarmiento a quién haya incumplido el pacto puesto que hay que ser serio y cumplir con las decisiones que se toman"*.



4. Correo electrónico enviado el 8 de octubre de 2009 por EUROPA VIAJES a UNIDA solicitándole que haga llegar al resto de GRUPOS DE GESTIÓN de AGRUPA el comunicado que EUROPA VIAJES envió a todas sus agencias asociadas. En dicho comunicado se indica expresamente:

"Os detallamos las conclusiones a las que ha llegado AGRUPA en esa reunión

-Se llegó al acuerdo de invitar a las agencias de los grupos que tuvieran Travel Tool a cancelar el contrato con ellos o a que abandonasen el grupo donde estén. Cerrando la admisión a aquellas agencias que tengan acuerdo con Travel Tool.

-Formar un frente común contra mayoristas que firmen con esta empresa, solicitando compensaciones contractuales o, incluso, no firmando contratos con ellos.

-Aunar esfuerzos para lograr una verdadera unión de los grupos a nivel comercial y de innovación y tecnología.

Por nuestra parte, y como respuesta a este tema, hemos aprobado tomar estas tres decisiones:

1.-No firmar el acuerdo con Travel Tool y apoyar el punto 1 anterior, invitando a las agencias de nuestra asociación a cancelar el contrato con Travel Tool, poniendo un tiempo límite de 15 días para realizar este acto.

Si esto no se produce, pasaremos el tema a la comisión disciplinaria y al gabinete jurídico, dado que pensamos que la firma de este contrato unilateralmente, supone un incumplimiento de los estatutos y de la normativa de régimen interno, y, por tanto, acarrearía la expulsión de nuestra asociación (...)"

4. Correo electrónico enviado el 13 de noviembre de 2009 por EUROPA VIAJES a AVANTOURS, AIRMET, CYBAS, EDENIA, OVER, RET, STAR y UNIDA en el que comunicaba un total de ocho bajas en su seno con motivo del mantenimiento de sus contratos con TRAVELTOOL por parte de esas agencias de viajes independientes:

"De acuerdo con lo hablado y transcurrido el plazo dado a las agencias que seguían con Traveltool, hemos procedido a dar de baja como sigue: BAJAS AGENCIAS GRUPO EUROPA VIAJES.

Siguiendo los pasos del protocolo de actuación para la BAJA de las agencias GEV, les informamos que con fecha 7 DE NOVIEMBRE DEL 2009, cursa BAJA las siguientes agencias asociadas: (...)"

Es cierto que la recurrente no participó en todas las reuniones celebradas por los grupos de gestión asociados en AGRUPA, pero consta que tuvo una participación activa en las reuniones celebradas en el periodo temporal imputado en las que también se adoptaron acuerdos anticompetitivos. Y a pesar de que la recurrente conocía la existencia de los acuerdos anticompetitivos, sin embargo, no consta que rechazara de forma expresa y pública la recepción de los datos que le permitían conocer la ilicitud de los acuerdos lo cual permite, al menos, presumir que ha aceptado la información recibida y que, en consecuencia, ha podido adaptar su conducta en el mercado del producto afectado a la vista de los datos proporcionados por las entidades competidoras.

Frente al criterio de la recurrente, la jurisprudencia del TJUE es constante al declarar que se forma parte de un cártel, aunque no se participe en todas las reuniones o encuentros celebrados a lo largo de los años, pues es suficiente con tener conocimiento de su celebración y no manifestar de forma pública y expresa su rechazo a esa práctica ni manifestar su decisión de abandonar esos pactos comunes. Situación está que se da en el caso de la recurrente pues consta que conocía los acuerdos sin mostrar pública discrepancia a ello por lo que se benefició del citado sistema de pactos y de acuerdos comunes.

Esa doctrina jurisprudencial comunitaria referida se refleja entre otras en la sentencia de 24 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia en la que se dice: *"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 solo 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 esta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens C-441/11 P, EU:C:2012:778 , apartado 43 y jurisprudencia citada)".*

Igualmente destacamos en esta misma línea la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en la sentencia del Asunto T-Mobile cuando destaca en sus párrafos 53, 61 y 62 que:

"(53). A la luz de las consideraciones que preceden, debe responderse a la segunda cuestión que, en el marco del examen de la relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento en el mercado de las empresas



que participan en ella -relación exigida para determinar la existencia de una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1-, el juez nacional está obligado a aplicar, salvo prueba en contrario que incumbe aportar a estas últimas, la presunción de causalidad establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual las referidas empresas, si permanecen activas en el mercado, tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores.

(61). En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado.

(63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

Por tanto, se forma parte de un plan preconcebido para adoptar acuerdos anticompetitivos aunque las empresas no participen en la adopción de todos los acuerdos colusorios; basta con acreditar su conocimiento y consentimiento en cuanto que ello permite a todas las empresas alcanzar ya un objetivo común en ese mercado de producto afectado. Y precisamente por ello, para poder entender que se ha participado en un cártel, es suficiente con acreditar que se conocía, por cualquier medio, la existencia de los acuerdos colusorios y que, a pesar de ese conocimiento, no se ha apartado de su cumplimiento y seguimiento de forma expresa y pública.

En consecuencia, esta Sala concluye que existen pruebas que acreditan la intervención de la entidad recurrente en el cártel constituidas, por un lado, por la evidencia de la existencia del cártel mismo y, por otro, por la intervención de la sancionada, que permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la entidad actora en la infracción única y continuada, de carácter complejo, que se le imputa. Y ello implica que se le puede sancionar por su participación en dicho plan común, global y preconcebido encaminado a un objetivo único, aunque no haya participado desde el inicio, ni en todas las reuniones ni en todos los ámbitos de las conductas imputadas porque no consta que haya manifestado expresamente de forma pública su intención de abandonar el plan común.

Como hemos tenido ocasión de decir en reiteradas ocasiones, estamos ante una infracción única y continuada cuando se participa en prácticas colusorias que constituyen (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, por todas la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T- 211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35). Se destaca de este concepto la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción. En cuanto al carácter único, se aprecia cuando hay identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, STG de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T21 /99, Rec. p. II1681, apartado 67, STJUE de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C113/04 P, Rec. p. I88 31, apartados 170 y 171, y la STG de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T43 /02, Rec. p. II3435, (apartado 312); en la identidad de los productos y servicios afectados, SsTJUE de 15 de junio de 2005, Tokai Carbón y otros/Comisión, T71 /03, T74/03, T87 /03 y T91/03, no publicada en la Recopilación, (apartados 118, 119 y 124), y STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); en la identidad de las empresas que han participado en la infracción STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); y en la identidad de sus formas de ejecución STG Dansk Rørindustri/Comisión, (apartado 68). Además, también se pueden tener en cuenta para ese examen la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas. Por lo que respecta a la continuidad, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no solo de un acto aislado sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o el comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» con un idéntico objeto, que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, lo que permite imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156). Para que las prácticas colusorias puedan ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia, es necesario que "se inscriben en un plan global que persigue un



objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo", STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25/95, T26/95, T30/95 a T32/95, T34/95 a T39/95, T42/95 a T46/95, T48/95, T50/95 a T65/95, T68/95 a T71/95, T87/95, T88/95, T103/95 y T104/95, Rec. p. II491, (apartados 4027 y 4112).

En el presente caso, a la luz de la actividad probatoria llevada a cabo por la Administración y que hemos reflejado constamos la existencia de varias asambleas, reuniones y protocolos o documentos de trabajo que nos llevan a concluir que es correcto calificar como infracción única y continuada las prácticas colusorias sancionadas a las que nos hemos referido anteriormente. Y como dice el Tribunal de Justicia en la sentencia de 24 junio 2015, asunto C-263/2013:

"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, una vez afirmada la existencia de una infracción única y continuada, el hecho de que no participase en la adopción de todos los acuerdos, 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.

SEXTO. 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, 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.

SÉPTIMO. Subsidiariamente, la entidad actora determina error en la cuantificación del importe de la multa por parte de la CNMC.

Sobre tal cuestión ha de decirse que el sistema seguido en este caso por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores. Tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende 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 (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta. Considerando el Tribunal Supremo que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, han de concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma, precepto que interpreta en el sentido de que *"... el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora -interpretada en el sentido que ya hemos declarado- se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o no puede, simultáneamente operar en otros mercados"*.

Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2015, y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica, por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como *"respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría"*. En consecuencia, analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso.

La resolución individualiza las multas, tomando en consideración, como factor determinante y de acuerdo con el artículo 64.1.a) y 64.1.d) de la LDC, la dimensión de la actuación de la empresa en el mercado afectado por



la infracción. Y determina el importe final de las multas que procede imponer a cada una de las empresas que consigna en las tablas correspondientes las cuales incluyen, en tres columnas sucesivas, el volumen total de negocios de la entidad recurrente en 2015 (677.373 euros), el tipo sancionador (4,70 %) y la multa (31.837 euros) que resulta de aplicar dicho tipo al referido volumen de negocios.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

La actora destaca que existe error en esa cuantificación en cuanto que la CNMC ha acudido a datos extraídos del Ranking NEXOTUR de Grupos Comerciales para 2011 que, a su juicio, es un ranking publicado por una revista digital privada que señala que la cuota de mercado de las entidades infractoras en el mercado relevante llegaba al 52%. No entendemos muy bien en qué medida ese dato le ha podido perjudicar ya que la resolución señala que precisamente limita el alcance de la infracción el hecho de que la cuota de mercado de las entidades infractoras en el mercado relevante no llegue al 52%.

Por otra parte, la CNMC al imponer la sanción a cada una de las empresas de forma individualizada tiene en cuenta no solo el periodo concreto de participación en la conducta sino también la cuota de participación de cada una de ellas en el volumen de negocios en el mercado afectado. Por eso no aceptamos la afirmación de la recurrente de que debería, en su caso, reducirse el importe de la sanción si se aplicara una regla matemática en comparación con las empresas a las que se les ha imputado todo el periodo temporal.

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo, siendo así que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador y como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."*

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

OCTAVO. Lo expuesto en los anteriores fundamentos determina la desestimación del presente recurso contencioso administrativo con imposición de costas a la parte recurrente.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 327/16, interpuesto por la Procuradora Dña. Andrea Dorremochea Guiot, en nombre y en representación de la **Asociación Empresarial Grupo Europa Viajes**, contra la resolución dictada en fecha 12 de mayo de 2016 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente sancionador S/0455/12 GRUPOS DE GESTION, por la que se impuso a la recurrente una sanción de multa por importe de 31.837 euros por la realización de conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Y, en consecuencia, confirmamos dicha resolución en lo que afecta a la recurrente por entender que es ajustada al ordenamiento jurídico.

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.

Así, lo mandamos, firmamos y pronunciamos.