



Roj: **SAN 346/2022 - ECLI:ES:AN:2022:346**

Id Cendoj: **28079230062022100041**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/01/2022**

Nº de Recurso: **338/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000338 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 3770/2016

Demandante: CYBAS TURISMO S.L.

Procurador: D. NOEL DE DORREMOCHEA GUIOT

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

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 veintiocho de enero de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 338/16 promovido por el Procurador D. Noel de Dorremochea Guiot, en nombre y representación de "**CYBAS TURISMO S.L.**" contra la resolución de 12 de mayo de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 20.567 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala, se dicte sentencia en la que se reconozca y declare que:

" la resolución de la Sala del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 12 de mayo de 2016 objeto de impugnación no es ajustada aa derecho declarando su anulación por cualquiera de los motivos de recurso aducidos por esta parte con condena en costas .

Subsidiariamente, para el caso de que la conducta de Cybas Turismo sl en el periodo de los meses de septiembre de 2009 a octubre de 2011 pueda entenderse como ilícita a efectos de la normativa de competencia se reduzca la sanción a un 20% de la impuesta en la resolución impugnada, en definitiva, a la cantidad de 4.113,4 euros."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Mediante auto de 16 de diciembre de 2016, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 20.567 euros y sin necesidad de abrir el periodo probatorio se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo y los aportados por la recurrente en su escrito de demanda y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 23 de julio de 2021, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 24 de noviembre de 2021, en que tuvo lugar

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. **Ramón Castillo Badal**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 12 de mayo de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 20.567 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "Expediente Sancionador S/0455/12 Grupos de Gestión, " era del siguiente tenor literal:

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 las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...).

4. CYBAS TURISMO S.L., por el período comprendido entre septiembre de 2009 y el 6 de octubre de 2011.

CUARTO.- imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

3. CYBAS TURISMO S.L.:20.567 euros.

SEPTIMO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:



1. El día 13 de abril del 2012, la Dirección de Investigación de la entonces Comisión Nacional de la Competencia inició una Información Reservada (DP/0011/12) tendente a determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que podrían justificar la incoación de expediente sancionador y ello, a la vista de determinada información relacionada con posibles conductas anticompetitivas "en el mercado de la distribución minorista de viajes y paquetes turísticos a través de agencias de viajes independientes", recabada de diversas publicaciones digitales especializadas del sector turístico.
2. El día 26 de septiembre del 2012, la Dirección de Investigación, en el marco de la citada Información Reservada, realizó inspecciones simultáneas en las sedes de GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL S.L. (AIRMET) y de GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L. (GEA).
3. Durante la fase de información reservada la DI dirigió requerimientos de información relativos a su estructura legal y control, identificación de sus cargos directivos, objeto social y presencia en el mercado a AIRMET, AVAN TOURS, S.L. (AVANTOURS), CYBAS TURISMO, S.L. (CYBAS), EDENIA GRUPO VIAJES, S.L. (EDENIA), ASOCIACIÓN EMPRESARIAL GRUPO EUROPA (EUROPA VIAJES), GEA, CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L. (RET), GRUPO DE GESTIÓN STAR, S.A. (STAR), GRUP D'EMPRESARIS TURISTICS OVER, S.A. (OVER), UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. (UNIDA) y a la ASOCIACION DE VIAJES BESAIDE AIE.
4. El día 29 de enero del 2013, la DI acordó la incoación de expediente sancionador S/0455/12 Grupos de Gestión, al observar indicios racionales de la existencia de conductas y prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el Artículo 1 de la LDC contra AIRMET, AVANTOURS, CYBAS, EDENIA, EUROPA VIAJES, GEA, RET, STAR, OVER, UNIDA, AGRUPA.
5. Durante la instrucción del expediente sancionador incoado la antigua DI realizó las siguientes actuaciones:
El 5 de marzo del 2013, la DI solicitó información a STAR en relación con las actas de las Asambleas Generales de AGRUPA desde febrero de 2006 hasta septiembre de 2009.
El 11 de abril de 2013 la DI, acordó la deducción de testimonio de determinada documentación obrante en el Expediente Sancionador 3 S/0444/12 GEA para incorporarla al presente expediente sancionador S/0455/12 Grupos de Gestión.
El 14 de mayo de 2013, la DI solicitó información a AGRUPA sobre la existencia de reuniones en su seno posteriores a la del 6 de octubre de 2011 así como sobre las bajas sufridas desde 2012.
El 25 de Mayo de 2013, solicitó a AIRMET información adicional, acerca de su estructura social, cargos directivos, si perteneció a AGRUPA y las comisiones aplicables a la relación comercial de las agencias de viajes con sus proveedores mayoristas a través, en su caso, de los grupos comerciales.
6. El 31 de julio del 2013, la Dirección de Investigación formuló Pliego de Concreción de Hechos contra el que formularon alegaciones las empresas incoadas.
7. El día 3 de diciembre del 2013, la DC, acordó el cierre de la fase de instrucción, lo que fue notificado a las partes interesadas.
8. El 20 de diciembre de 2013, la DC formuló Propuesta de Resolución y que se declarara la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y por el artículo 1 de la LDC, por los acuerdos adoptados e implementados por las imputadas a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas entidades en el seno o de AGRUPA, desde junio de 1999 hasta octubre de 2011, englobando dicha práctica en el concepto de cártel.
9. El 7 de febrero de 2014, la DC elevó su Informe y Propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC.
10. Con fecha de 27 de marzo de 2014, la Sala de Competencia acordó requerir a las imputadas los datos relativos a sus volúmenes de negocios totales correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos.
11. El 7 de abril de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó requerir a las empresas y asociaciones incoadas información sobre: (i) el volumen de negocios total consolidado de cada una de ellas en 2015; y (ii) el volumen de negocios de las mismas en los mercados afectados, ambos antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos entre 2009 y 2011
12. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 12 de mayo de 2016.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, CYBAS TURISMO, S.L, del siguiente modo:

CYBAS TURISMO, S.L. (CYBAS) es una sociedad limitada unipersonal constituida en el año 2000, con domicilio social en Madrid. Su objeto social es la mediación en la negociación de las condiciones de compra-venta y pago de productos turísticos (como pasajes de avión, barco, tren, paquetes vacacionales, estancias en hoteles, alquiler de coches, etc.) entre las agencias de viaje y los distintos proveedores de estos productos (Compañías aéreas, marítimas, de ferrocarril, Tour Operadores, Compañías Hoteleras, etc.) a fin de intentar mejorar las condiciones de contratación final.

Cuenta con 232 puntos de venta repartidos por todo el territorio nacional, casi un centenar de ellos en Madrid y utiliza la marca comercial "Cyberagencias". Sus ventas en 2011 ascendieron a 823.377,19 euros. Según los datos aportados al expediente su volumen de negocios durante los últimos años ha sido el siguiente: 823.377,19, 740.677,28, 497.512,88 y 457.044,00 euros. Según el "Ranking Nexotur" las agencias de viajes adheridas a CYBAS facturaron en 2011 un importe inferior al 1% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un grupo de gestión (folios 2677 y 2678). CYBAS entró en AGRUPA en Septiembre del 2009 y solicitó su baja en 2013. Asimismo, desde octubre del 2010 forma parte de CEUS Agrupación de Interés Económico a la que también pertenecen Unida, Star y Europa Viajes.

TERCERO.- La resolución sancionadora explica 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 la resolución 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.

En ese mercado de producto es donde la CNMC ha entendido que la recurrente, CYBAS TURISMO, 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.

Los acuerdos citados 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.

CUARTO.- La resolución sancionadora entiende 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.

QUINTO.- Posteriormente, la resolución sancionadora analiza las conductas que entiende, acreditan su calificación como colusorias y que ha sancionado, aunque al propio tiempo reconoce el trabajo desarrollado por los grupos de gestión, indicando 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".

Seguidamente, la CNMC analiza las conductas que califica como anticompetitivas en la medida en que unifican las políticas de actuación de cada una de las entidades sancionadas eliminando así la incertidumbre en el mercado.

A) 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 TURISMO CYBAS desde septiembre 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", tendrá 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.

B) 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"*).

C) 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.

SEXTO.- Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la resolución de la CNMC en su fundamentación jurídica califica los hechos que describe como constitutivos de una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007 consistente en acuerdos para la fijación y unificación de las condiciones comerciales de las entidades imputadas; el reparto del mercado y/o clientes, a través de un pacto de no agresión respecto a las agencias de viajes independientes adheridas a estos Grupos de Gestión asociados en AGRUPA; así como al boicot a las agencias de viajes expulsadas.



En el caso de CYBAS TURISMO, la imputación obedece a su participación en una infracción consistente en las conductas citadas por el período comprendido entre septiembre de 2009 y el 6 de octubre de 2011.

SÉPTIMO.- En su demanda, la parte recurrente plantea, en síntesis, los siguientes motivos impugnatorios.

En primer lugar, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la mercantil GEA, debiendo declararse nula la deducción de testimonio e incorporación al expediente de la documentación recabada en la inspección de GEA por sus efectos contra CYBAS.

Expresa su disconformidad con los medios de prueba utilizados por las autoridades de competencia consistente en los documentos incautados en el marco de las inspecciones domiciliarias de GEA (incluyendo correos electrónicos, anotaciones de agendas, documentos contables y en especial las presuntas Actas de AGRUPA, entre otras).

En abril de 2012 ya se había iniciado otro expediente contra la propia GEA derivado, según se indica, de una actuación investigadora distinta, en el marco del expediente sancionador S/380/11, Coches de Alquiler, a diferentes empresas en el sector del mercado de alquiler de coches sin conductor. En el transcurso de las inspecciones llevadas a cabo por la DI de enero de 2012, tuvo acceso a determinada información según la cual, GEA habría podido incurrir en la práctica de conductas prohibidas por la LDC en el sector de la distribución minorista de viajes y servicios turísticos lo que, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, dio lugar a la incoación de expediente sancionador S/0444/12 por una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y en el artículo 1 de la LDC.

Se ha utilizado información derivada de otra investigación en un mercado diferente vulnerando el derecho constitucional de un tercero como CYBAS. Es casual el hallazgo de la documentación comprometida a raíz de las inspecciones del expediente de los coches de alquiler sin conductor y que acabó desembocando en las inspecciones de GEA y AIRMET partiendo de información que debe ser sometida a análisis por la Sala no resultando válida por conculcar la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 18.2 de la CE, y que se extiende tanto a personas físicas como a personas jurídicas tal y como han reconocido reiteradamente tanto el TC como el TS.

En segundo lugar, denuncia la inadmisión de la prueba propuesta por los administrados con vulneración del art. 24.2. C.E.

El 13 de marzo de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó acuerdo inadmitiendo tanto la prueba testifical solicitada por STAR, así como las propuestas de celebración de vista solicitadas por AGRUPA, EDENIA, CYBAS y AIRME. También eludió pronunciarse sobre la solicitud de prueba testifical de GRUPO AIRMET y la propuesta por otros expedientados.

En tercer lugar, denuncia la falta de prueba de la existencia del cartel porque las conductas de los grupos de gestión en el seno de AGRUPA, no eran secretas, no lo era su actividad habitual, ni tampoco las conductas objeto de sanción.

CYBAS no estuvo presente en la creación y funcionamiento del supuesto cártel de grupos de gestión constituido en el seno de AGRUPA, PLATAFORMA DE GRUPOS DE GESTIÓN.

De entre las 35 supuestas Asambleas presuntamente celebradas por el cártel de los grupos de gestión, CYBAS pudo estar presente en apenas 6 o 7 de ellas a partir del último trimestre del 2009 y desde luego se abstuvo de dar seguimiento o ejecutar instrucción alguna relativa a la fijación de condiciones comerciales, de reparto del mercado y/o clientes y pactos para boicotear a determinadas agencias independientes.

Por tanto, sólo sería achacable y en su caso a CYBAS las conductas sucedidas en el período 2009-2011 y que según se desprende de la propia Resolución recurrida quedaría reducida básicamente al Reparto de mercado y/o agencias de viajes independientes y más específicamente en pacto de no agresión del año 2009-2010 por una contingencia puramente temporal.

Considera por ello que si no existe tal cartel procede aplicar la regla de "minimis" a CYBAS.

Denuncia también la inexistencia de infracción única y continuada porque no existe prueba siquiera indiciaria de la existencia de un plan preconcebido.

Sostiene, por último, la falta de motivación y desproporción de la sanción.

OCTAVO. - Entrando a analizar los diferentes motivos impugnatorios, el primero carece de fundamento porque la actora no ofrece argumento alguno que sustente su denuncia de inviolabilidad del domicilio de GEA. Además, la jurisprudencia sobre el hallazgo casual recogida en la sentencia de 25 de octubre de 2019, rec. 5839/2018



y las que en ella se citan parte de la premisa que, realizándose una entrada y registro ajustada a derecho y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora.

El hecho de que se obtuviera documentación comprometida a raíz de las inspecciones del expediente de los coches de alquiler sin conductor y que acabó desembocando en las inspecciones de GEA y AIRMET no implica, a falta de otros datos que la actora no proporciona que esa prueba resulte inválida, con independencia de que el material probatorio que sustenta la resolución sancionadora no se limita a la allí intervenida pues ha de tenerse en cuenta también la que resulta de las contestaciones a las incoadas a los requerimientos de información formulados por la DC.

Tampoco presenta relevancia el segundo, relativo a la denegación de prueba testifical propuesta por otras incoadas porque no indica qué relevancia pudo tener la falta de práctica de dichas pruebas y en todo caso reconoce que ello supondría únicamente la nulidad formal excluyendo así la indefensión material que sí tendría trascendencia.

NOVENO.- 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 integrante 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 CYBAS TURISMO S.L. por su participación desde el mes de SEPTIEMBRE 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.

Hemos dicho en otras ocasiones, por ejemplo, en la sentencia de 9 de junio de 2016, rec. 551/13), que 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*).

A la recurrente se le imputa la comisión de la infracción única y continuada referida desde septiembre de 2009 a octubre de 2011 y en ese periodo asistió a diversas reuniones en la sede de AGRUPA lo que permite 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 CYBAS TURISMO 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 CYBAS TURISMO y en ella se aprobó por unanimidad nombrar una Comisión para *"reunirse con los principales proveedores de Cruceros y poder negociar unos mínimos"*. 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 CYBAS TURISMO 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 reconoce su participación en seis o siete reuniones a partir del último trimestre del 2009, que es precisamente el periodo que la imputa la CNMC.

En realidad, tuvo una participación activa en las reuniones celebradas en el periodo temporal imputado en las que también se adoptaron acuerdos anticompetitivos porque pese a conocer la existencia de los acuerdos



anticompetitivos no consta que rechazara de forma expresa y publica 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. De hecho, reconoce en la demanda que, " sólo sería achacable en su caso a CYBAS las conductas sucedidas en el período 2009-2011 y que según se desprende de la propia Resolución recurrida quedaría reducida básicamente al Reparto de mercado y/o agencias de viajes independientes y más específicamente en pacto de no agresión del año 2009- 2010 por una contingencia puramente temporal".

Frente a lo que sostiene la recurrente, la jurisprudencia del TJUE es constante al declarar que se forma parte de un cártel, como el que aquí enjuiciamos, 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 en sus párrafos 53, 61 y 62 dice 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 publica.

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 dada la pluralidad de conductas y su complementariedad para adoptar condiciones comerciales y acuerdos de reparto de mercado



unidas a medidas de presión como el boicot 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 destaca la jurisprudencia comunitaria, estamos ante una infracción única y continuada cuando se participa en prácticas colusorias que comprenden (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, Puffers 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 T10 4/95, Rec. p. II491, (apartados 4027 y 4112).

En el presente caso, a la luz de la actividad probatoria que describe la resolución sancionadora apreciamos la existencia de varias asambleas, reuniones y protocolos o documentos de trabajo que nos permiten calificar como infracción única y continuada las prácticas colusorias sancionadas por la resolución impugnada.

El hecho de que la recurrente 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.

DÉCIMO.- 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.

Tampoco resulta de aplicación la regla de "minimis" dada la limitación que a la aplicación de dicha regla impone el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia el cual, bajo la rúbrica Conductas excluidas del concepto de menor importancia, dispone en su apartado 1 que, con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores, el reparto de mercado.

No puede tampoco prosperar la denuncia de infracción del principio de confianza legítima pues, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, rec. 2468/2015, precisamente en el ámbito del Derecho de la Competencia y conforme " *con reiterada jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea, recogida en las sentencias de 18 de junio de 2010 (asunto T549/08 , apartado 71) , 16 de septiembre de 2013 (asunto T-3/07 , apartado 53) y 18 de junio de 2014 (asunto T-260/11 , apartado 84), y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expresada en sentencias de 18 de julio de 2007 (asunto C213/06, apartado 33) y 26 de enero de 2017 (asunto C-611/13 , apartado 44), que ha sido seguida por esta sala en sentencias de 7 de noviembre de 2016 (recurso 1047/2016) y 28 de noviembre de 2016 (recurso 699/2016) , el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima exige que concurren tres requisitos acumulativos, en primer lugar, la Administración debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y coherentes que emanen de fuentes autorizadas y fiables, en segundo lugar, estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen, y en tercer lugar, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables."*

En el presente caso es evidente que las prácticas realizadas no eran conformes con las normas de competencia y tampoco tuvieron amparo alguno en actuaciones o signos proporcionados por la Administración.

DÉCIMOPRIMERO.- Se denuncia también la infracción del principio non bis ídem, que proscribe la doble sanción cuando concurre identidad de hechos, sujeto y fundamento, al entender la actora que se la sanciona doblemente en cuanto miembro de AGRUPA.

A juicio de la Sala no concurren tales identidades pues AGRUPA tiene personalidad jurídica propia y se la sanciona por el papel propio que desempeñaba como representante del cartel de empresas, pero a CYBAS no



se la sanciona por formar parte de AGRUPA sino por adoptar acuerdos anticompetitivos por lo que no existe identidad de hechos ni sujetos.

DÉCIMOSEGUNDO.- Por último, la recurrente denuncia la falta de motivación y desproporción de la sanción impuesta por la CNMC.

in embargo, la CNMC ha seguido el mismo método empleado en otras ocasiones para cuantificar la sanción y que tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013. En ella se explica 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.

Entiende 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"*.

A partir de aquí, explica la resolución sancionadora 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 (45 7.044 euros), el tipo sancionador (4,50 %) y la multa (20 .567 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.

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.

Afirma la recurrente que la resolución infringe los arts 1, 63 y 64 de la Ley 15/2007 porque pese a aplicarle el tipo más bajo los resultados en poco se diferencian de los del resto de administrados con una presunta mayor participación temporal y cualificada.

No nos dice por qué entiende vulnerados esos preceptos ni como establecer la comparación ni con quien para concluir que, en su caso, la sanción resulta desproporcionada.

Ha de insistirse en que, en el caso que nos ocupa, las razones expuestas en la resolución ofrecen respuesta adecuada 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.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

DÉCIMOTERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la parte recurrente, dada la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso interpuesto por el Procurador D. Noel de Dorremochea Guiot, en nombre y representación de **"CYBAS TURISMO S.L."** contra la resolución de 12 de mayo de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 20.567 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que declaramos conforme a derecho.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

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.