

**RESOLUCIÓN**  
**(Expte. S/0444/12 GEA)**

**SALA DE COMPETENCIA**

**PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

**CONSEJEROS**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

**SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 12 de junio de 2014

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), ha dictado esta Resolución en el expediente S/0444/12 GEA, incoado por la extinta Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), contra GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.L. por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 16/1989) y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La incoación de este expediente deriva de la investigación realizada por la extinta Dirección de Investigación en el marco del expediente sancionador S/380/11, Coches de Alquiler, a distintas empresas en el sector del mercado de alquiler de coches sin conductor. En el transcurso de las inspecciones llevadas a cabo por ésta el 11 de enero de 2012, se 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.

2. A la vista de la información recabada, el 13 de marzo de 2012 se iniciaron, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, diligencias previas por posibles prácticas anticompetitivas en el sector de la distribución minorista de viajes y servicios turísticos. Y el 13 de abril de 2012, la antigua Dirección de Investigación acordó en el ámbito del expediente S/0380/11 Coches de alquiler, deducir testimonio de la documentación contenida en el DVD "GEA. CORREOS ELECTRONICOS", para la incorporación de dicha documentación a la información reservada DP/0011/12 (folios 3 a 214 del expediente de referencia) y determinar, si dicha documentación pudiera constituir una infracción tipificada en la LDC que justificase la incoación de un expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia.
3. El 26 de septiembre de 2012 la Dirección de Investigación llevó a cabo una inspección en la sede de GEA (folios 219 a 246). Y el 26 de noviembre de 2012, remitió a GEA una solicitud de información que ésta respondió el 5 de diciembre de 2012 (folios 253 a 492).
4. El 17 de diciembre de 2012, la entonces Dirección de Investigación, considerando la existencia de indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC acordó, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, 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, consistente en una recomendación para la limitación de la distribución minorista de viajes y paquetes turísticos ofrecidos por determinados proveedores mayoristas en el territorio español a través de las agencias de viajes independientes representadas por GEA (folios 502 a 509).
5. El 18 de diciembre de 2012, la extinta Dirección de Investigación notificó a GEA el acuerdo de incorporación de la documentación en formato papel de la inspección recabada en su sede el 26 de septiembre de 2012 (folios 510 a 704), y comunicó a Florencio Barrera e Hijos, S.L., la incorporación a este expediente de la deducción de testimonio de la información recabada en el expediente S/0380/12 Coches de Alquiler (folios 705 a 710). Asimismo, el 15 de febrero de 2013, notificó a GEA el acuerdo de incorporación de la información en formato electrónico recabada en la inspección de su sede el 26 de septiembre de 2012, (folios 712 a 1206), y le remitió un nuevo requerimiento de información que la empresa contestó el día 1 de marzo de 2013 (folios 1214 a 2333). Más adelante, el 11 de abril de 2013, la Dirección de Investigación acordó la deducción de testimonio del presente expediente para incorporar determinada información relacionada con el objeto del expediente S/0455/12 Grupos de Gestión (folios 2334 a 2367), de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC).
6. El 21 de mayo de 2013, la Dirección de Investigación remitió un requerimiento de información a varias agencias de viajes antiguas clientes de GEA:

Compara Tu Viaje, Lagomar, Aptic Viajar, Insite Agencia De Viajes, Veturis Travel y Airbus (folios 2375 a 2378); el 22 de mayo de 2013 a Aventour Viajes y Servicios Turísticos (folios 2379 a 2382). La respuesta a estos requerimientos tuvo entrada entre los días 24 de mayo y 5 de junio de 2013.

7. El 11 de junio de 2013 la Dirección de Investigación notificó un requerimiento de información a las siguientes empresas mayoristas de productos y servicios turísticos: 1001 Hoteles, Acciona Travelling Turismo, Bancotel, Pullmantur, Royal Vacaciones, Soltour, Travelplan y Versys Travel. Las respuestas a estos requerimientos tuvieron entrada entre los días 19 de junio y 9 de julio de 2013. Pullmantur solicitó confidencialidad (folios 2555 a 2913), siéndole denegada parcialmente el día 15 de julio de 2013.
8. Con fecha 25 de julio de 2013, la Dirección de Investigación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC formuló Pliego de Concreción de Hechos (en adelante PCH) (folios 2940 a 2984). Y, con fecha 14 de agosto de 2013, tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones al PCH de GEA (folios 3032 a 3112).
9. El 17 de septiembre de 2013, la Dirección de Investigación acordó el cierre de la instrucción (folio 3116) y el 18 de septiembre de 2013, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, la entonces Dirección de Investigación emitió Propuesta de Resolución (folios 3121 a 3206).
10. Con fecha 21 de octubre de 2013 tuvo entrada en la CNMC el escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de GEA (folios 3294 a 3320).
11. Con fecha 25 de octubre de 2013, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, se eleva por la Dirección de Competencia de la CNMC Informe y Propuesta de Resolución y se remite el expediente para resolución del Consejo.
12. El Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 12 de junio de 2014.
13. Son interesados:
  - GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES

### **HECHOS ACREDITADOS**

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por este Consejo partiendo de los hechos acreditados estimados por la Dirección de Competencia de la CNMC a partir de la instrucción que inició y llevó a cabo la extinta Dirección de Investigación y, posteriormente, la Dirección de Competencia y que se transcriben a continuación.

## **I. LAS PARTES**

**GEA** es una sociedad mercantil de responsabilidad limitada, constituida en 1994 por dos socios (personas físicas cónyuges) administradores solidarios –sin que haya habido cambios societarios desde su constitución-. De acuerdo con sus Estatutos Sociales, su objeto social lo constituye la promoción, representación e intermediación de empresas y productos turísticos. En particular, GEA presta servicios de intermediación a las agencias de viajes independientes que se adhieren al grupo a través de un contrato mercantil de representación o colaboración.

En diciembre de 2012, GEA estaba integrada por 502 agencias de viajes independientes y 707 puntos de ventas en España y Andorra. Además, están adheridas a GEA agencias de viajes independientes portuguesas y argentinas. En total, 1300 oficinas de viajes constituyen el Grupo GEA.

La red de agencias adheridas a GEA se sitúa en todo el territorio de la Península, así como en las Islas Baleares, Islas Canarias, Ceuta y Melilla, contando con Delegaciones Zonales en todo el territorio nacional: Delegación Norte (Aragón, Navarra, Cantabria, Galicia, La Rioja y País Vasco), Delegación Cataluña (Andorra, Cataluña e Islas Baleares), Delegación Centro (Castilla León, Castilla la Mancha, Comunidad de Madrid y Asturias), Delegación Sur (Andalucía, Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, Comunidad Valenciana, Extremadura y Murcia) y Delegación Islas Canarias.

## **II. LA ACTIVIDAD DE LOS GRUPOS COMERCIALES O DE GESTIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN MINORISTA DE VIAJES Y SERVICIOS TURÍSTICOS**

Como indica la Dirección de Competencia en su Informe Propuesta, el sector de actividad del presente expediente es el de los denominados grupos comerciales o de gestión de agencias de viajes independientes.

Los grupos de gestión pueden definirse como aquellas entidades que representan a agencias de viajes independientes en sus negociaciones con los proveedores o distribuidores mayoristas turísticos. Su función principal radica en la acumulación de poder de compra para de este modo obtener mejores condiciones comerciales, aunque algunos de estos grupos de gestión también desarrollan otras estrategias comunes con sus agencias, como sistemas tecnológicos de gestión compartidos (páginas web o portales en internet, intranet, herramientas informáticas, etc.), asesoramiento y una marca e imagen comunes. Indica la Dirección de Competencia que el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia tuvo en 2004, mediante Resolución de 2 de abril, la ocasión de definir los grupos de gestión en el expediente de concentración económica N-04010 Viajes Iberia/Tui España, como aquéllos:

*“(...) formados por la unión de pequeñas y medianas agencias minoristas independientes mediante acuerdos comerciales y planes de marketing conjuntos, que en algunos casos propician proyectos de integración a partir de una marca e imagen corporativa común. Estas agrupaciones comerciales han propiciado*

*entidades jurídicas cuyos objetivos son mantener y potenciar la remuneración que reciben de los proveedores, así como mejorar la imagen de calidad y garantía en el servicio ante sus clientes.”*

## **1. Estructura del Mercado**

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.

Se trata de una fórmula que ha tenido una gran acogida entre las agencias independientes medianas y pequeñas, pues más del 80% de las agencias independientes pertenecen o han pertenecido a un grupo de gestión. Los servicios que los grupos de gestión ofrecen a las agencias de viajes que se adhieren al grupo, como se ha indicado anteriormente, 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.

La evolución del mercado ha supuesto que, en la actualidad, el abanico de servicios ofrecidos por los grupos de gestión, como parte de su estrategia comercial para atraer a las agencias de viajes independientes, se haya ampliado hacia otro tipo de servicios como planes de formación del personal, control de calidad, herramientas tecnológicas, acuerdos en materia de asesoría laboral y fiscal o bolsas de trabajo.

El 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. No obstante, los grupos de gestión también cuentan en su red de agencias de viajes independientes con empresas de mayor tamaño que disponen de una casa central y varios puntos de venta. Otra alternativa para las pequeñas y medianas agencias de viajes, que en los últimos años ha ganado protagonismo y que, como los grupos de gestión, presenta la ventaja cualitativa de acumular fuerza de venta para conseguir mejores condiciones de los proveedores, es la de las franquicias. Las agencias franquiciadas se benefician del paraguas de una marca común, con todo lo que ello conlleva: cartera de clientes, una estrategia comercial común encaminada a generar una mayor venta y promoción publicitaria. Las principales diferencias entre los grupos de gestión y

las franquicias residen en el mantenimiento de la independencia y libertad empresarial de la agencia de viajes cuando se integra en el grupo de gestión.

Además, las agencias de viajes en un grupo de gestión no tienen que pagar royalties por permanecer en él, ni se les exige un mínimo de permanencia, ni una penalización en caso de no cumplir con este mínimo. En los grupos de gestión se paga una cuota de entrada y la cuota mensual, con independencia del volumen de compra-ventas o de facturación.

Asimismo, los grupos de gestión, en la mayoría de los casos, ceden a sus agencias el 100% de los rapeles o descuentos en el precio por volumen de compras realizadas a los mayoristas, así como los overs de gestión o comisiones pagadas por los proveedores mayoristas ante el ahorro en costes de transacción por la firma de acuerdos comerciales con los grupos de gestión, no siendo esta la regla general en las agencias franquiciadas. Hay muchos tipos de grupos de gestión, pero todos ellos insisten en presentar ventajas propias frente a las franquicias, además de la independencia y libertad empresarial de cada una de las agencias de viajes adheridas, como comisiones similares a las agencias de grandes redes, herramientas tecnológicas y de gestión, nuevos canales de venta, apoyo en marketing o un equipo de delegados de zona distribuidos por todo el territorio nacional para dar un trato personalizado.

Por lo que respecta a la estructura de la oferta, según el “Ranking NEXOTUR de grupos comerciales de Agencias de Viajes” para 2011, GEA ocuparía la tercera posición con 540 millones de euros de facturación entre todas sus agencias de viajes adheridas a dicho grupo de gestión, lo que representa una cuota del 10,05% de la facturación total obtenida por las agencias de viajes adheridas a un grupo de gestión, detrás de GRUPO AIRMET DE GESTIÓN COMERCIAL, S.L. con 655 millones de euros y de GEBTA ESPAÑA con 1.836 millones de euros facturados entre todas sus agencias. Siguen en el ranking, por este orden, TRAVEL ADVISOR GUILD con 520 millones de euros, UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. con 406 millones de euros, EUROPA VIAJES con 425 millones de euros, seguido de GRUPO DE GESTION STAR, S.A., GRUP D’EMPRESARIS TURISTICS OVER, S.A., AVASA y en décimo lugar AVAN TOURS, S.L., con 81 millones de euros facturados. Los diez principales grupos comerciales de agencias de viajes cerraron 2011 con una facturación de sus agencias de viajes adheridas de 5.372,5 millones de euros, 3% menos que en 2010 (5.435 millones de euros) y en términos de agencias, contaban en total con 3.973 puntos de venta, 423 menos que en el ejercicio anterior.

Por su parte, la demanda en este mercado estaría compuesta por las pequeñas y medianas agencias de viajes independientes, aunque excepcionalmente existen empresas de mayor tamaño adheridas a un grupo de gestión, como es el caso de GEBTA ESPAÑA, que tiene entre las empresas adheridas a su grupo a dos grandes agencias, como son VIAJES EROSKI o AMERICAN EXPRESS.

A finales de 2012, el sector de las agencias de viajes independientes estaba constituido en un 41,5% de pymes (2.477 puntos de ventas), sobre un total de

6.075 agencias españolas conectadas al sistema de gestión de reservas para agencias de viajes independientes, Amadeus.

Las cifras del sector revelan que hasta el año pasado se mantuvo el nivel de concentración, pero las grandes cadenas del sector turístico representan ya el 58,4% (con 3.551 puntos de venta) del total de la agencias de viajes del país conectas a Amadeus (unas 6.075) mientras que hace seis años la proporción era parecida al de las pymes, un 50%, según el barómetro de agencias de viajes conectadas a dicho sistema de gestión de reservas para agencias de viajes independientes.

Frente a los grupos de gestión estarían las grandes agencias de viaje, pertenecientes a una gran cadena turística o a una franquicia, y que según el “Ranking NEXOTUR de Agencias de Viajes Minoristas” para 2011, la cifra de negocio de las diez agencias con más peso en España -VIAJES EL CORTE INGLÉS, HALCÓN VIAJES ECUADOR, VIAJES VIBO (antigua VIAJES IBERIA), CARLSON WAGONLIT TRAVEL, ALMEIDA VIAJES, VIAJES JUMBO TOURS, VIAJES EROSKI, AMERICAN EXPRESS, BARCELÓ, OLYMPIA VIAJES e IA VIAJES- se situó en 6.612,6 millones de euros”.

Finalmente, en el presente caso, el mercado geográfico afectado abarca todo el territorio nacional, dado que los servicios ofrecidos por GEA de intermediación comercial, negociación y contratación, se prestan a agencias de viajes repartidas por la totalidad del territorio nacional.

## **2. Marco normativo**

La Dirección de Competencia señala en su Informe Propuesta que no existe ni a nivel estatal ni a nivel autonómico, ni tampoco en el ámbito de la Unión Europea, norma alguna que regule expresamente los grupos de gestión de agencias de viajes independientes. Así, en función de la forma jurídica que adopte el grupo comercial (sociedad mercantil de responsabilidad anónima o limitada, o asociación), el marco normativo sería la Ley de Sociedades de Capital, cuyo texto refundido ha sido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, o la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, respectivamente.

En la práctica, algunos grupos de gestión están constituidos como una empresa de servicios propiedad del equipo gestor, prestando servicios a las agencias de viajes independientes, que son clientes del Grupo de Gestión, abonándoles una cuota por los servicios ofrecidos (caso de GEA). En otros supuestos, las agencias de viajes constituyen una Asociación, nombran a un equipo gestor dirigido por un Gerente o Director General contratado. En dicho caso, las agencias de viajes tienen la última palabra como asociados, forman parte del Consejo Directivo de la Asociación y marcan las estrategias de la misma. Finalmente, existe un modelo mixto de Grupo de Gestión mediante el cual y al estilo de la empresa de servicios, se integran en el grupo de gestión beneficiándose de sus servicios tanto las

agencias propietarias como otras que no son propietarias pero sí están adheridas comercialmente al grupo.

De esta forma, de acuerdo con la información que obra en el expediente, la actividad desarrollada por los grupos de gestión es fundamentalmente de intermediación y negociación con operadores turísticos mayoristas en nombre de las agencias de viajes adheridas, aunque la mayoría prestan con carácter complementario otros servicios, como herramientas y soporte tecnológico y de gestión, nuevos canales de venta, apoyo en publicidad y marketing, asesoramiento legal, etc. Dicha prestación de servicios se realiza previa la rúbrica de un contrato mercantil denominado contrato de colaboración, de intermediación o de comisión.

En consecuencia, señala la Dirección de Competencia, la naturaleza privada de la relación jurídica determina la aplicación de normas de derecho privado, civil o mercantil, siendo aplicables a dichas relaciones jurídicas el Código de Comercio, así como el Código Civil y sus normas de desarrollo. Por otro lado, la normativa sectorial reguladora de la prestación de los servicios turísticos se recoge en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, derogando la anterior Ley 21/1995 de 6 de julio reguladora de los Viajes Combinados.

### **III. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE GEA**

De acuerdo con la información proporcionada por GEA, las agencias de viajes que se adhieren a GEA firman un contrato de naturaleza mercantil, de colaboración o intermediación. Este contrato es un contrato tipo, que incluye actualmente diez cláusulas y en las que se establece el objeto del contrato, que consiste en la mediación en la negociación de las condiciones de compra-venta y pago de productos turísticos entre las agencias de viajes y los distintos proveedores de estos productos con el fin de intentar mejorar las condiciones de contratación final; las remuneraciones de GEA por sus servicios (cuota de inscripción y cuota mensual durante la vigencia del contrato), que se actualizan anualmente en el mes de julio y de acuerdo con el IPC; la duración del contrato, mínima de un año natural, pudiendo prorrogarse por periodos iguales, aunque se permite a las partes rescindir unilateralmente el contrato previo aviso de un mes y sin indemnización; la autorización a GEA para negociar en nombre de la agencia que suscribe el contrato, con los proveedores, así como a firmar los documentos necesarios que reflejen los distintos acuerdos y el derecho de GEA a rescindir unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento de las condiciones de pago pactadas con cualquier proveedor o de impago de dos o más cuotas mensuales.

Además, en el contrato se hace referencia a que GEA mantendrá informadas a todas las agencias adheridas, de forma periódica, tanto de las gestiones con proveedores como de las altas y bajas de agencias. Por último, se incluyen

cláusulas en cumplimiento de la normativa aplicable en materia de protección de datos y de servicios de la información y comercio electrónico.

En virtud de dicho contrato de colaboración, GEA negocia en nombre de las agencias adheridas con distintos proveedores las condiciones de compra-venta de productos turísticos de todo tipo (billetes de avión, barco, tren, paquetes vacacionales, estancias en hoteles, cruceros, alquiler de coches, etc.), así como las condiciones de pago de las agencias a los proveedores. Sobre estas negociaciones y acuerdos finales, GEA mantiene informadas periódicamente a las agencias adheridas, mediante el envío de correos electrónicos, boletines informativos (denominados INFOGEA) y a través de su intranet.

El contenido de los acuerdos o contratos que GEA negocia y firma con los proveedores en nombre de las agencias de viajes adheridas, recoge las condiciones de ventas y de pago, especificando los productos turísticos objeto del contrato; la vigencia del contrato, que suele ser un año y las retribuciones, que pueden ser de varios tipos: el porcentaje de comisión para la agencia por venta de producto, los rápeles por cumplimiento de determinados parámetros de ventas y otras comisiones adicionales. Además, en algunos casos, se establecen otros tipos de incentivos, unos de carácter económico (como comisiones adicionales o porcentajes por ventas anticipadas o en una determinada época del año o de un determinado producto o alguna promoción especial), pero también de carácter no estrictamente económico, como cursos de formación, catálogos especiales para GEA, paneles publicitarios, promociones, herramientas tecnológicas, etc. En estos acuerdos, GEA se compromete a potenciar la venta de los productos y servicios del proveedor entre sus agencias de viajes y a mantener actualizada la lista de agencias de viajes adheridas.

Una vez firmado un contrato o acuerdo con el proveedor, GEA lo pone en conocimiento de las agencias de viajes adheridas a través de su intranet, con un formulario de adhesión al acuerdo.

Las comisiones que pagan los proveedores las perciben directamente las agencias de viajes independientes. Por el contrario, los importes por rappel que dan los proveedores a partir de un determinado volumen de ventas, se entregan a GEA, junto a una relación de ventas, para su reparto proporcional entre sus agencias de viajes independientes. Una agencia de viajes que no haya alcanzado los objetivos de venta para cobrar comisión o rappel, puede recibir otro tipo de comisiones, por cumplir alguna otra condición pactada, como un determinado volumen de un producto concreto en un determinado periodo de tiempo o de descuento por gastos de gestión. Por razones administrativas, el importe de algunos incentivos (como los "over" o comisiones pagadas por los proveedores mayoristas a los grupos de gestión ante el ahorro en los costes de transacción) se quedan en un fondo común de las agencias de viajes independientes, que gestiona GEA, y con el que se pagan otros servicios (asesoría jurídica, fiscal, IATA, página web, herramientas tecnológicas, etc.). Los contratos celebrados con los distintos proveedores no incluyen ninguna cláusula de exclusividad a favor de

GEA o las agencias de viajes adheridas, tampoco contemplan ningún tipo de penalización para GEA por impago de las agencias de viajes adheridas, aunque si se prevé en algún caso que intervenga de mediador. En caso de incumplimiento de las condiciones de pago por las agencias de viajes independientes, los proveedores pueden deducir el importe de la comisión debida e incluso rescindir el contrato con la agencia de viajes independiente. Las condiciones de pago son las que figuran en el acuerdo marco de colaboración entre GEA y el proveedor.

#### **IV. DECISIONES ADOPTADAS POR GEA**

De acuerdo con la información que obra en el expediente y detallada en el Informe Propuesta de la Dirección de Competencia, recabada en las inspecciones realizadas así como de los requerimientos de información a GEA, a las agencias de viajes adheridas y a otras agencias, proveedores y mayoristas, entre marzo de 2005 y septiembre de 2012, GEA adoptó decisiones de no venta de productos y servicios turísticos de determinados proveedores mayoristas así como de no firma de contratos individuales con determinados mayoristas. Tales decisiones se comunicaron a las agencias de viajes adheridas a GEA a través de correos electrónicos -enviados normalmente por GEA CENTRAL al Director Comercial con copia a todas las agencias adheridas a GEA-, recomendando y demandando la unidad de acción en el cumplimiento de tales decisiones, desactivando en la intranet las opciones de tales proveedores o exigiendo su cumplimiento bajo amenaza de adopción de medidas represivas, en particular la expulsión del grupo de gestión.

En los correos consta que GEA “daba instrucciones al grupo” (encuestas, votaciones, modelos de cartas, actuaciones concretas) y realizaba el seguimiento del cumplimiento de estas decisiones solicitando información a las agencias adheridas, copias de las actuaciones realizadas y recordando a las mismas la necesidad del cumplimiento de tales decisiones.

Consta igualmente en el expediente que a través de las reuniones zonales, GEA informaba de las negociaciones y proponía las estrategias a seguir recordando la necesidad de cumplir las decisiones acordadas a los no asistentes a las reuniones. Así, mediante formularios o encuestas a las agencias de viajes adheridas se elegía, entre varios, a los proveedores para la no venta y, si estos eran elegidos por más del 60% de las agencias adheridas, se imponía el cumplimiento de esta decisión al resto.

Explica la Dirección de Competencia en el Informe Propuesta que la primera de las decisiones data del 3 de marzo de 2005, mediante correo electrónico enviado por el Director Comercial a las agencias de viaje adheridas, indicando que no vendiesen productos de PULLMANTUR ni firmasen acuerdos individuales con este proveedor.

A este correo, y hasta la realización de la inspección en la sede de GEA el 26 de septiembre de 2012, siguen otros de:

- 9 de marzo de 2005: del director general de GEA al director comercial para su remisión a las agencias, con modelo de respuesta a PULLMANTUR para cumplir con la anterior recomendación.
- 11 de noviembre de 2005: del director general de GEA al director comercial para su remisión a las agencias, con instrucciones para la no venta de productos de AIR BERLIN.
- 1 de marzo de 2006: correo del director general de GEA a las agencias adheridas dando instrucciones sobre la no venta de productos HOLIDAY AUTOS, con modelo de notificación a este proveedor.
- 24 de abril de 2006: Instrucciones recibidas de GEA que envía agencia adherida a sus delegaciones con traslado de decisión de no venta de productos SPANAIR.
- 5 de junio de 2006: del director comercial de GEA a las agencias adheridas recordando la no venta de SPANAIR.
- 24 de mayo de 2007: correo del director comercial de GEA a los delegados de zona para que remitan a todas las agencias adheridas la decisión de no vender ni formar individualmente con BINTER CANARIAS.
- 29 de mayo de 2007: correo de GEA a las agencias con recomendación de no venta de productos de ACCIONA TRAVELING, ROYAL VACACIONES, TRANSRUTAS, VALADIS y VUELING.
- 8 de febrero de 2008: correo del director comercial de GEA a delegados de zonas y a directores de agencias adheridas con instrucciones para la no venta de productos de dos mayoristas.
- 11 de febrero de 2008: correo de GEA a los directores de las agencias recordando listado de mayoristas cuyos servicios no se venden.
- 13 de febrero de 2008: correo de GEA a los directores de las agencias adheridas con instrucciones insistiendo en la política de vender sólo los proveedores con acuerdo con GEA como instrumento para mejorar los resultados obtenidos.
- 4 de marzo de 2008: correo de GEA a las agencias recordando no vender ni firmar individualmente con 1001 HOTELES, VESYS TRAVEL-VALADIS, y TRANSRUTAS.
- 13 de marzo de 2008: correo de GEA a las agencias recordando la necesidad de cumplir las instrucciones de grupo.
- 15 de julio de 2008 y 8 de septiembre de 2008: correo a las agencias para no vender servicios de dos compañías aéreas con carácter indefinido y productos BANCOTEL.
- 2 de febrero de 2009: correo del director general de GEA a todas las agencias adheridas en el que reconoce el alto grado de cumplimiento de las

decisiones de no venta y su intención de seguir con dicha práctica y la obligación de que las cumplan bajo amenaza de expulsión.

- 3 de marzo de 2009: correo del director general de GEA al director comercial para traslado a las agencias en las reuniones zonales, con indicación de elección de proveedores cuyos productos no se venderían, la encuesta a completar a título individual para evitar denuncias ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y cumplimiento de la decisión adoptada.
- 13 y 16 de marzo de 2009: correos del director general de GEA a los directores de zona tras las reuniones zonales autorizando el levantamiento de la prohibición de venta de un producto de MUNDICOLOR y la sustitución de otro proveedor para la no venta, recordando obligación de cumplimentar la encuesta y el seguimiento de la decisión
- 15 y 19 de marzo de 2009: correos de los delegados de zona a las agencias adheridas que no habían podido participar en las reuniones zonales una carta del director general de GEA resumiendo las mismas con instrucciones de no venta y las obligaciones de enviar voto firmado así como el cumplimiento de la decisión adoptada.
- 20 de marzo de 2009: correo del director general de GEA a los directores de las agencias sobre resultados de las votaciones y los proveedores a no vender, con obligación cumplimiento de las decisiones de no venta de servicios del grupo ORIZONIA y TIEMPO LIBRE MUNDICOLOR.
- 25 de marzo de 2009: correo de director de zona a director general de GEA planteando consulta de las agencias sobre posibilidad de expulsión de GEA si se seguía contratando con ORIZONIA.
- 1 de abril de 2009: correo del director general de GEA a las agencias adheridas indicando que la suspensión de relaciones comerciales con ORIZONIA se había decidido a título individual por cada agencia de viajes pero reiterando la necesidad de cumplir la decisión adoptada.
- 29 de abril de 2009: correo del director general de GEA a los directores de las agencias para no firmar acuerdos con RHODASOL porque ofrecía mejores ofertas individualmente.
- 5 de julio de 2009: correo del director general de GEA al director comercial para que envíe recordatorio a las agencias adheridas de no venta de productos RHODASOL.
- 2 de marzo de 2010: correo del director general de GEA al director comercial y a los directores zonales recordando la falta de acuerdo con SPANAIR y el desvío de las ventas a otras compañías.
- 9 de febrero de 2011: correos del director general de GEA con el proveedor DIAS LIBRES advirtiéndole de la firma individual con las agencias adheridas a GEA conducirá a la no venta de sus productos.

Hay que tener en cuenta que desde 2005 de forma generalmente implícita pero desde 2009 de forma explícita, GEA se preocupa de que, en apariencia, el cumplimiento de las decisiones se atribuya a decisiones voluntarias e individuales de cada empresa para dar una apariencia de conformidad a Derecho. Así, hasta 2009, en las comunicaciones de GEA se añade la consideración siguiente “... *No obstante a lo anterior, y por imperativo legal, aunque no lo compartamos, siempre respetaremos vuestras decisiones contrarias a nuestras recomendaciones ...*” si bien en uno de los correos de 2006 se dice más expresamente “... *sin perjuicio del libre mercado, las normas de competencia y con el debido respeto a vuestra plena y libre decisión empresarial*”.

Más adelante a partir de comunicaciones del año 2009, cuando empiezan a aparecer amenazas expresas de expulsión y bloqueos de la utilización de la intranet en relación con los proveedores excluidos, se insiste desde GEA en la obligación de cumplimentar las encuestas con declaraciones de cumplimiento individual para evitar denuncias ante el TDC.

Como indica la Dirección de Competencia en su Informe y Propuesta, estas prácticas de GEA así como el mantenimiento de dichas decisiones en secreto constatan el conocimiento de la ilicitud de la conducta.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Habilitación competencial.**

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley “*las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]*”

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “*la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

**SEGUNDO.- Objeto de la Resolución y normativa aplicable.**

El Consejo en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si la empresa GEA ha cometido y es responsable de una infracción muy grave continuada del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la LDC, por las decisiones comerciales que GEA adoptó, entre marzo de 2005 hasta septiembre de 2012, para limitar la distribución minorista de productos y servicios turísticos de determinados proveedores o mayoristas en el mercado nacional.

En cualquier caso, tal como ha venido señalando la Dirección de Competencia a lo largo del procedimiento aquí resuelto, es importante indicar que el objeto de la presente Resolución no puede confundirse con la actividad negociadora desarrollada por GEA como grupo de gestión en nombre de agencias de viajes independientes adheridas a su red, ya que lo que aquí se sustancia es si determinadas decisiones adoptadas por GEA y de obligado cumplimiento para las agencias de viajes adheridas a GEA, ha supuesto para las agencias una ausencia de ese principio de libertad decisoria, en la medida en que la actuación de GEA pudo sustituir la autonomía de las agencias de viajes adheridas a GEA para decidir su propia política comercial, produciendo efectos restrictivos de la competencia, como la limitación de la distribución de productos y servicios turísticos ofrecidos por dichas agencias de viajes al consumidor final, mediante la recomendación e imposición de la decisión de no venta de los productos y servicios de determinados proveedores mayoristas a las agencias de viajes adheridas a GEA, al margen del perjuicio producido a los proveedores y mayoristas vetados por GEA.

Por lo que respecta a la normativa aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC y ambas leyes prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o la inversiones, y en su letra c), el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Así pues, como se ha señalado en ocasiones anteriores, resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal debiendo optarse por una de las dos leyes si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá ser aquella que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de las citadas Leyes sea idéntica, de acuerdo con los precedentes de la extinta CNC, el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989. Así lo reconoce la propia imputada cuando, en sus alegaciones, señala que, en caso de confirmarse por el Consejo, la infracción imputada no sería muy grave, tal como la califica la propuesta de resolución, sino una infracción grave *prevista en el artículo 62.3.a) de la LDC*.

Y así lo ha reconocido también y de forma expresa la Audiencia Nacional en sentencias recientes. En efecto, en la SAN de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. Y L'OREAL S.A.), la Audiencia Nacional señala,

*“En el siguiente motivo afirma la actora que la CNC ha realizado una indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007. Frente a ello conviene destacar que la conducta imputada se habría iniciado el 8 de febrero de 1989, se habría prolongado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, hasta el 28 de febrero de 2008.*”

*Puesto que la incoación del expediente se produjo el 16 de junio de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta, sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que “Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.”*

*Pero en cuanto al derecho material, debe señalarse que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.*

*Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la*

multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua”.

Y, en esta línea argumental, en la SAN de 15 de abril de 2014 (recurso 572/2010, de RHENUS IHG IBERICA, S.A.), la Audiencia Nacional considera que,

“Para las infracciones muy graves, como la imputada en el presente expediente, el artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007 establece como multa máxima el mismo porcentaje que establecía el artículo 10 de la Ley 16/1989: hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución. Tampoco existen diferencias entre ambas leyes en cuanto al importe mínimo de las sanciones por comisión de infracciones de cártel como las aquí imputadas. La diferencia radica en el régimen de clemencia que introduce la vigente LDC y que no existía en la Ley 16/1989. En este sentido no cabe duda de que para los solicitantes de la exención o reducción del importe de la sanción, la Ley 15/2007 ha resultado ser la norma más favorable (siendo por la que ellos mismos han optado), pero esta conclusión también es válida para el resto de los imputados, que aunque no se han acogido al régimen de clemencia, objetivamente hubieran podido hacerlo”.

Es por tanto la Ley 15/2007 la legislación que se va a aplicar en el presente procedimiento sancionador.

### **TERCERO.- Sobre la acreditación de la Infracción.**

#### **1.- Valoración jurídica del órgano instructor**

Finalizada la instrucción del expediente, en base al artículo 50.4 de la LDC, la Dirección de Competencia propone al Consejo la declaración de infracción para GEA. En concreto, propone:

- **Primero.** Que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y por el artículo 1 de la LDC, realizada por GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.A. entre, al menos, marzo de 2005 hasta septiembre de 2012, limitando la distribución minorista de productos y servicios turísticos por parte de las agencias de viajes adheridas a dicho Grupo de gestión, mediante la adopción de decisiones de no venta de productos y servicios turísticos de determinados proveedores o mayoristas en el mercado nacional, así como la no firma de contratos individuales por parte de dichas agencias de viajes con determinados proveedores o mayoristas.

- **Segundo.** *Que esta práctica prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.*
- **Tercero.** *Que se declare a GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.A. responsable de dicha infracción, de acuerdo con el artículo 61 de la LDC, por el periodo comprendido entre marzo de 2005 hasta septiembre de 2012.*
- **Cuarto.** *Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves, con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES, S.A. en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.*

Como fundamento de la anterior imputación, la Dirección de Competencia considera acreditado que la actuación de GEA no se limitaba a meras informaciones o recomendaciones sino que se trata de una conducta que es activa de elaboración, comunicación, coordinación, control y supervisión de las decisiones adoptadas en el seno de GEA que tenían por objeto imponer a las agencias de viajes adheridas la prohibición de la distribución de productos y servicios de determinados proveedores y mayoristas y la firma de contratos individuales con los mismos. La Dirección de Competencia considera asimismo acreditado no sólo el carácter imperativo de la conducta de GEA sino que de hecho se lograba imponer esta estrategia de comercialización porque en la práctica se impedía la contratación, al desactivarse esta posibilidad del panel de reservas de la intranet de GEA, y porque, de hecho, GEA constató en algunas ocasiones que tal estrategia estaba dando los resultados esperados.

Por ello, tales conductas habrían, cuanto menos, limitado la capacidad de negociación de las agencias de viaje adheridas, impidiendo que decidieran individual y libremente su política comercial, limitando la distribución minorista de productos y servicios turísticos de determinados proveedores, perjudicando la competencia efectiva, dado el tamaño de este grupo de gestión, en perjuicio de los consumidores.

## **2.- Alegaciones presentadas a la propuesta de resolución**

Con fecha 25 de octubre de 2013, la Dirección de Competencia elevó su propuesta de Resolución al Consejo de la CNMC, en la que propone, como se ha indicado, que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC, realizada por GEA entre, al menos, marzo de 2005 y septiembre de 2012, y en consecuencia se le imponga al citado Grupo la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves.

Con fecha 21 de octubre de 2013, GEA presentó alegaciones a la propuesta de resolución, que a continuación son contestadas por esta Sala.

### Sobre el concepto, la naturaleza jurídica y el tipo de gestión que realiza GEA

GEA ha señalado repetidamente a lo largo del procedimiento y asimismo en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que, desde el punto de vista de su naturaleza de empresa de carácter mercantil y privada y en su condición de mero intermediario entre las agencias de viajes y los distintos operadores turísticos, no es posible que haya podido disponer de autoridad para imponer a las agencias que integran su Grupo ningún tipo de disciplina de actuación, ni tampoco que haya podido tener la capacidad necesaria para dirigirles recomendaciones aisladas que pudieran tener una incidencia en el mercado.

La citada entidad, tras una extensa explicación sobre la actividad de intermediación que desarrolla y su relación con las agencias y los proveedores, el origen de los ingresos que obtiene por tal actividad, los modelos de contratos suscritos con las agencias y proveedores y el volumen de negocio que representan las agencias asociadas a su Grupo, concluye que ha quedado probado que su actividad es de mero comisionista sin posibilidad de influir en las decisiones empresariales y que, en cualquier caso, la Dirección de Competencia no ha demostrado a lo largo del procedimiento ninguna actuación relativa a la imposición de no venta a las agencias adheridas al Grupo, ni la expulsión del Grupo de alguna de las agencias por los citados motivos.

En respuesta a las alegaciones de GEA cabe señalar, en primer lugar, que esta Sala, al igual que hizo la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución, no contradice la naturaleza jurídica de GEA y su objeto social, ya que, efectivamente, se desprende de sus estatutos sociales y de los contratos firmados con las agencias que GEA se configura como una entidad cuya actividad principal consiste en prestar servicios de intermediación a las agencias de viajes independientes que se adhieren al Grupo a través de un contrato mercantil de representación o colaboración, y ello no se ha puesto en duda en el presente expediente.

En efecto, desde un punto de vista económico, no se pone en duda la función beneficiosa que pueden desempeñar los grupos de gestión como facilitadores de una mayor eficiencia en el proceso de asignación de recursos en beneficio de los consumidores, al proveer de una cierta capacidad de negociación a las pequeñas agencias de viajes de la cual éstas carecen individualmente. No obstante, ello no autoriza a los grupos de gestión a introducir restricciones sobre la competencia o a desarrollar conductas anticompetitivas en los mercados de compras, ni a facilitar la coordinación de las políticas comerciales entre los participantes en los mercados descendentes, ni a excluir directamente a determinados competidores.

Estos comportamientos no sólo no son esenciales para el funcionamiento eficiente del grupo sino que simplemente le protegen de la competencia de forma

ilegítima. En particular, el control de determinados inputs para las agencias de viajes adheridas no puede utilizarse para imponer la coordinación de las condiciones de competencia en los mercados descendentes, mediante la exclusión de determinados proveedores y la recomendación de actuaciones y comportamientos idénticos entre las agencias de viaje adheridas. Estas actuaciones, en particular el boicot a determinados proveedores, reducen la libertad de decisión de las agencias y, en consecuencia, el número de operadores completamente independientes en el mercado, llevando al alineamiento de las políticas comerciales de las mismas. Esta conducta perjudica a medio y largo plazo el proceso competitivo en el mercado.

Así pues, la naturaleza jurídica y la actividad principal de GEA no ha resultado óbice para que la citada entidad, tal como ha quedado acreditado en el presente procedimiento, valiéndose de su posición y capacidad negociadora frente a las agencias y proveedores, haya llevado a cabo una serie de comportamientos restrictivos o con capacidad para restringir la competencia, en cuanto que han supuesto el ejercicio de un control por parte de GEA frente a las agencias adheridas a su Grupo que ha determinado la conducta empresarial de éstas y ha influenciado en sus decisiones con el objeto de limitar aguas abajo la distribución minoristas de productos de los proveedores, lo que, sin duda, ha implicado una alteración manifiesta de la libertad de empresa y, por ende, del funcionamiento normal y lógico del mercado.

En efecto, los hechos acreditados en la presente Resolución, que no han sido desvirtuados en las alegaciones a la propuesta de resolución, demuestran que el papel de GEA dentro del grupo no era únicamente el de mero informador neutral de las negociaciones con los proveedores mayoristas, sino que además GEA en ocasiones dirigía y coordinaba las políticas de venta de las agencias adheridas a su Grupo, ya que sólo así puede entenderse toda una serie de indicaciones dirigidas a éstas solicitándoles y en ocasiones intimándoles, bajo la amenaza del expulsión del Grupo, a no vender los productos y servicios de determinados proveedores.

Es una demostración evidente de la conducta restrictiva llevada a cabo por GEA la existencia acreditada de una serie de decisiones dirigidas por la citada entidad a las agencias de viajes de no venta de los productos de los proveedores Rodhasol, Días Libres y Pullmantur, que ha supuesto una incontestable limitación de la distribución de los productos de las citadas empresas proveedores de productos turísticos, quedando de manifiesto en el caso del mayorista Pullmantur la existencia de una clara imposición del cumplimiento de las decisiones de no venta a todas las agencias de viajes independientes adheridas a GEA<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Correo electrónico de 3 de marzo de 2005 del Director General de GEA a su Director comercial, asunto: PULLMANTUR, recabado en la inspección de GEA (folios 1036 y 1037).

Asimismo, también ha quedado probado en la propuesta de resolución el carácter intimidatorio e impositivo de algunas de las indicaciones de no venta dirigidas por GEA a las agencias, como se constata en el correo electrónico remitido el 2 de febrero de 2009 por el Director General de GEA a todos los Directores de las agencias de viajes adheridas a GEA<sup>2</sup> en el que indica “*que la decisión mayoritaria debe ser respetada por el resto de miembros del Grupo que hayan podido elegir otras opciones minoritarias, a fin de no perjudicar los intereses de la gran mayoría y de no vernos obligados a prescindir de ninguno de vosotros en GEA (...).*”

En definitiva, cabe señalar que no ha quedado desvirtuado por las alegaciones presentadas por GEA a la propuesta de resolución las conductas restrictivas de la competencia allí descritas y, por tanto, esta Sala se muestra conforme con las conclusiones alcanzadas por la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución elevada a esta Sala.

#### Sobre la representación e incidencia de GEA como grupo de gestión en el mercado turístico español y la aplicación de la regla de *minimis*

GEA, al igual que ya hiciera en las alegaciones al PCH, muestra su disconformidad con la cuota del 10,05% de facturación que se le atribuye ya que, según señala, el porcentaje de agencias que integran su grupo no alcanza el 5% sobre el total del mercado español y su facturación supone menos de un 0,5% del total de facturación de las agencias de viaje en toda España, siendo ello, a su juicio, un claro indicativo de que el Grupo GEA y sus agencias asociadas tienen escasa incidencia y repercusión en el mercado afectado.

En atención a ello, el Grupo GEA solicita que en el presente procedimiento sea aplicado el artículo 5 de la LDC relativo a las conductas de menor importancia, al considerar que, por un lado, las conductas imputadas a GEA no producen una afectación en el mercado y, por otro lado, que su capacidad para determinar el comportamiento del mercado es inexistente.

En primer lugar, interesa a esta Sala poner de manifiesto que, en lo que respecta a la apreciación de GEA sobre los escasos efectos que las conductas acreditadas han ocasionado en el mercado, las decisiones adoptadas por GEA objeto de investigación en este expediente sancionador no solamente tuvieron aptitud para producir efectos en el mercado sino que, en efecto, se produjeron, como se constata de las evidencias obrantes en el expediente.

Ha quedado acreditado en el expediente, y ello no ha sido desvirtuado por GEA, que las decisiones de no venta adoptadas por el Grupo se ejecutaron por las agencias de viajes adheridas a éste y produjeron efectos en el mercado, entre

---

<sup>2</sup> Correo electrónico de 2 de febrero de 2009 con asunto: BAJADA DE COMISIONES-MUY IMPORTANTE, recabado en la inspección realizada en AUTOS FLORES e incorporado por deducción de testimonio del Expte. S/0380/11 Coches de alquiler (folios 166 a 167) y recabado también en la inspección de GEA (folios 1068 y 1069).

otros, impedir que estas agencias de viajes distribuyeran los productos de los proveedores afectados por las decisiones de no venta y conseguir, en algunos casos, que dichos mayoristas modificaran las condiciones previamente ofrecidas. Y esta afectación, además, no se limitó a los proveedores y a las agencias de viajes, ya que la ausencia de oferta de determinados productos y servicios turísticos causó también una evidente afectación a los consumidores durante el periodo comprendido entre 2005 y 2012.

En todo caso, tampoco sería exigible en el presente procedimiento demostrar la existencia de efectos reales contrarios a la competencia, por cuanto nos encontramos ante una infracción por objeto, tal como ha sido acreditado en la propuesta de resolución. En este sentido, el Consejo de la extinta CNC se ha manifestado al respecto en varias ocasiones, señalando lo siguiente<sup>3</sup>:

*“No es ocioso reproducir una vez más las prohibiciones del artículo 1 de la LDC relativo a las “conductas prohibidas” que define el ámbito de la prohibición, “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; (...). Por tanto tal como dice el precepto y de acuerdo con la jurisprudencia sólidamente asentada (por todas Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 1998), para que exista infracción de las normas de competencia es suficiente que el acuerdo, ya sea expreso o tácito, o la práctica concertada, cumpla una de las siguientes tres premisas: a) que tenga por “objeto” impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no lo consiga; b) que tenga el “efecto” de hacerlo, aunque no hubiera el propósito y, c) que, sin producir el “efecto” ni perseguirlo, tenga “aptitud” para ello”.*

Señalado lo anterior, y en relación con la aplicación de la regla de *minimis* a las conductas consideradas de menor importancia, cabe señalar que tanto las normas comunitarias como españolas establecen unos criterios cuantitativos referenciados a la cuota del mercado de las empresas investigadas para determinar si las conductas han podido causar una afectación sensible a la competencia. En este sentido, tanto la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actual artículo 101 del TFUE)<sup>4</sup>, como el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), señalan que las conductas entre empresas

<sup>3</sup> Por todas ellas, Resolución del Consejo de la CNC de 19 de febrero de 2009, Expte. 647/08, La Flor de Murcia/Damm, como había indicado previamente el TDC en la Resolución de 18 de febrero de 1999, Prensa Segovia.

<sup>4</sup> Publicada en el DOCE C368/13 de 22 de diciembre de 2001.

competidoras que superen el umbral del 10% de cuota de mercado son susceptibles de causar una afectación sensible a la competencia y, por tanto, son consideradas, a priori, conductas a las que no se les aplica la regla de *minimis*.

En atención a ello, podría concluirse que, considerando la definición de mercado relevante determinado por la Dirección de Competencia y si atendiéramos únicamente al criterio cuantitativo previsto en las normas citadas, existirían elementos suficientes para determinar que las conductas llevadas a cabo por GEA, cuya cuota de mercado supera el 10% en el mercado relevante mencionado, serían susceptibles de ocasionar una restricción sensible de la competencia y, por tanto, no puede ser aplicado directamente el artículo 5 de la LDC invocado por la citada entidad.

No obstante, en el presente caso no es necesario entrar en consideraciones de cuotas de mercado ya que las normas sobre la aplicación de la regla de *minimis* han previsto una serie de conductas cuya realización, con independencia de la cuota de las empresas en el mercado y los efectos que las conductas hayan producido en el mismo, presuponen la existencia de una restricción de la competencia por objeto.

En este sentido, el artículo 2 del RDC, de similar redacción que el apartado 11 de la Comunicación, señala lo siguiente:

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

*a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros;*

*b) la limitación de la producción o las ventas;*

*c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.*

En sentido análogo, en el ámbito judicial se admite que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia. Interesa a esta Sala traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012 que indica lo siguiente<sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, asunto C-226/11.

*“A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).*

*Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia.*

*Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una autoridad nacional de competencia aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de minimis, siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición”.*

En el supuesto objeto de la presente resolución, nos encontramos ante unas prácticas prohibidas por los artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la LDC en cuanto que el objeto de las mismas han consistido en la adopción de decisiones relativas a la imposición de condiciones comerciales destinadas a la limitación de la distribución de productos y servicios turísticos de determinados mayoristas y proveedores turísticos por parte de las agencias de viajes independientes adheridas a GEA. Es decir, nos encontramos ante una conducta que restringe la competencia por objeto, por lo que la conducta es subsumible en los supuestos exceptuados de la aplicación de la regla de *minimis* previstos en las normas de aplicación y en la jurisprudencia al respecto, sin que sea necesario acudir a los criterios de cuota de mercado.

En atención a lo anterior, deben ser desestimadas las alegaciones de GEA relativas a la aplicación de la regla de *minimis* a las conductas objeto del presente expediente, por cuanto las decisiones adoptadas por GEA han restringido la competencia por objeto en el sentido del artículo 1 de la LDC, y además, teniendo en cuenta que las agencias ejecutaron las decisiones de GEA y que el Grupo ostenta una posición relevante al menos en la actividad de los grupos de gestión, la conclusión no puede ser otra que la de considerar que se ha producido una afectación sensible a la competencia que hace inaplicable la regla de *minimis* prevista en el artículo 5 de la LDC.

### Sobre la infracción del principio “non bis in idem”

GEA alega la vulneración del principio “*non bis in idem*”, al considerar que el procedimiento con el número 455/12 (Grupos de Gestión), en el que se han sancionado a varias empresas, entre ellas GEA, guarda identidad de hechos y fundamentos con el presente procedimiento, por lo que si fuera sancionada por ambas causas supondría una doble sanción incompatible con el citado principio.

El artículo 133 de la Ley 30/1992, establece la prohibición de sancionar los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. Es necesario, por tanto, para la aplicación del principio que concurra la “triple identidad” a la que hace referencia el artículo, esto es, sujeto, hecho y fundamento.

A los efectos de analizar la posible existencia de una doble sanción proscrita por el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional ha señalado (entre otras, Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003) que, a los efectos de comparar los ilícitos sancionados, se debe partir de la acotación de los hechos que se enjuician, y tomando como base la calificación jurídica de los mismos.

Pues bien, en atención a todo ello, esta Sala debe desestimar la pretensión de GEA por cuanto que en el presente caso no existe identidad fáctica en los hechos que se sancionan en ambos procedimientos, y tampoco se aprecia identidad en la calificación jurídica de los hechos imputados a GEA en ambos procedimientos.

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

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

gestión asociados en AGRUPA. La resolución imputa a GEA por la participación en el cártel en el periodo comprendido entre junio de 1999 y octubre de 2009.

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

No puede apreciarse, por tanto, la existencia de una vulneración del principio invocado por GEA, en tanto en cuanto, no concurren los requisitos legales y jurisprudenciales necesarios para considerar la existencia de una doble sanción administrativa. En concreto, en el presente caso, aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede existir identidad sustancial entre ambos procedimientos analizados, ya que consta que las sanciones que se pudieran derivar responden a *“hechos diferentes y a títulos de imputación que no coinciden”*<sup>6</sup>.

#### Sobre la calificación de la infracción propuesta

GEA señala que, en el caso de que esta Sala considere finalmente la existencia de una infracción sancionable, no estaríamos ante la presencia de una infracción muy grave tal como la califica la Dirección Competencia en la propuesta de resolución, sino ante un supuesto de sanción por una infracción grave prevista en el artículo 62.3.a) de la LDC, ya que, según señala GEA, el Grupo de gestión no es competidor de los proveedores y las agencias de viajes.

Esta Sala, a diferencia de lo alegado por GEA, considera que nos encontramos ante la existencia de una infracción muy grave, por cuanto, tal como señala acertadamente la Dirección de Competencia en la propuesta de resolución, las decisiones de no venta adoptadas por GEA fueron ejecutadas por las agencias de viajes adheridas al Grupo, y éstas son competidores directos entre sí en el mercado de distribución minorista de productos y paquetes turísticos.

---

<sup>6</sup> Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 marzo de 2009 (RJ 2009\2848).

Adicionalmente, desde un punto de vista económico, la actuación de los grupos de gestión, sin perjuicio de la forma jurídica que puedan tener –en el presente caso de sociedad mercantil- es muy similar a la de los grupos de compra creados mediante acuerdos contractuales y, en la práctica, en determinadas cuestiones pueden funcionar de forma muy similar a una asociación de empresas. Así, el problema de competencia se encuentra en el presente caso no en las relaciones verticales entre GEA y cada una de las empresas sino en las decisiones adoptadas por el grupo de gestión –cuya responsabilidad ha quedado acreditada como se detalla más adelante en el Fundamento de Derecho Cuatro- en relación con el comportamiento de las agencias de viajes adheridas y el efecto de estas decisiones deben evaluarse en el contexto de las relaciones horizontales entre ellas. Y, en este contexto, la actuación de GEA es además determinante de la infracción en la medida en que, sin su actuación, el perjuicio sobre la competencia no habría ocurrido o hubiera tenido que adoptar otra forma para que se hubiera producido.

En atención a todo ello, esta Sala considera que la práctica analizada en el presente expediente debe tener la consideración de infracción muy grave, en aplicación del artículo 62.4.a) de la LDC.

#### Sobre la graduación de la infracción propuesta

Por último, en el resumen final de sus alegaciones, GEA también alude al principio de la empresa en crisis como atenuante de la posible sanción, en el caso de que se estimara la existencia de una infracción del art. 1 de la LDC. Considera que debe ponderarse como atenuante la existencia de una grave crisis de las agencias de viajes independientes ya que debido a la fuerte bajada de ingresos, el sector en el que operan deviene insostenible, especialmente teniendo en cuenta la diferencia existente entre el mercado emisor y el mercado receptivo.

En relación con esta alegación, la AN en su sentencia de 5 de febrero de 2013, considera que la LDC *“no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general”*. En todo caso, considera también la AN, *“se trata de un hecho que debe ser acreditado, y cuya valoración a los efectos pretendidos corresponde exclusivamente a la CNC”*. En el presente caso ha quedado acreditado que la conducta infractora imputada a GEA no ha estado vinculada a la existencia de la crisis económica sino que era previa a la misma, acreditándose desde 2005, es decir, varios años antes de que la situación económica general se viese perturbada por la crisis.

### **3.- Valoración del Consejo**

En resumen, el Consejo considera, de acuerdo con la Dirección de Competencia, que ha quedado acreditado que GEA siguió una estrategia comercial que impuso a las agencias de viaje adheridas al grupo para limitar la venta de productos y servicios turísticos de determinados proveedores y mayoristas, eliminando la libertad y capacidad de decisión individual de las agencias, y conseguir imponer sus condiciones comerciales a los mayoristas afectados para lograr una mejora de su imagen como grupo de gestión con elevado poder de negociación, reforzando su posición negociadora frente a sus competidores, otros grupos de gestión de agencias de viajes independientes y otros operadores en el mercado de compras.

En efecto, tales conductas, que se han acreditado continuadas desde el año 2005 hasta septiembre de 2012, se consideran contrarias al artículo 1 de la LDC al restringir por objeto la competencia. No obstante, en la medida en que ha resultado acreditado que dichas medidas se ejecutaron por parte de las agencias de viajes adheridas, puede decirse que las mismas tuvieron efectos en el mercado descendente de venta minorista, ocasionadas por la restricción de la oferta de servicios y productos turísticos de determinados mayoristas y por la reducción de la competencia entre dichas empresas a la hora de establecer su estrategia comercial y la adopción de decisiones de forma individual.

Por otro lado, como se ha expuesto en los apartados anteriores de esta Resolución, el Consejo entiende que esta conducta de GEA constituye una infracción muy grave del artículo 62. 4.a) que determina como infracciones muy graves el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la LDC que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

#### **CUARTO.- Calculo de la Sanción.**

##### **1.- Responsabilidad de la empresa imputada**

Habiendo quedado acreditada y calificada la conducta contraria a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

El Consejo considera que, más allá de lo necesario para lograr las eficiencias que puede traer la actuación de un grupo de gestión, ha quedado acreditado que GEA conocía la ilegalidad de cualquier recomendación o imposición de decisiones que afectaran a la política comercial de las agencias de viajes en los mercados descendentes, en particular que afectaran a la libertad de elección de las agencias de viajes de los servicios y productos a distribuir.

Este conocimiento de la ilicitud de la conducta se ha puesto de manifiesto de diversas maneras a lo largo de la duración de la infracción mediante determinadas referencias que, en ocasiones, como se ha explicado en los Hechos Acreditados, tenían la finalidad de dar apariencia de conformidad a Derecho. Así, en unas ocasiones GEA añadía en sus comunicaciones la consideración de “... *No obstante a lo anterior, y por imperativo legal, aunque no lo compartamos, siempre respetaremos vuestras decisiones contrarias a nuestras recomendaciones ...*”. En otras ocasiones directamente GEA señalaba expresamente “... *sin perjuicio del libre mercado, las normas de competencia y con el debido respecto a vuestra plena y libre decisión empresarial ...*”. No obstante, a pesar de esta apariencia, tanto el contenido de las propias recomendaciones y decisiones de GEA (boicot a las ventas minoristas o a las relaciones con determinados mayoristas y proveedores; demandas por parte de GEA de realización de acciones idénticas de notificación a los proveedores por parte de las agencias de viajes adheridas, etc.) como el seguimiento por parte de GEA del cumplimiento que las agencias adheridas hacían de sus decisiones y recomendaciones, acreditan a juicio del Consejo la intencionalidad y el conocimiento de la ilicitud de la conducta. La intención y el conocimiento de la ilicitud devienen explícitos, no obstante, cuando, a través de la realización de encuestas y declaraciones de las agencias de viajes, GEA pretende justificar que se trata de decisiones individuales de las empresas “... *entre otras cosas para evitar posibles denuncias por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia*” y pide expresamente que las decisiones se mantengan en secreto.

Como se ha indicado en el Fundamento de Derecho Tercero, en el apartado sobre calificación de la infracción, la actuación de GEA es determinante de la infracción en la medida en que, sin su actuación, el perjuicio sobre la competencia no habría ocurrido o hubiera tenido que adoptar otra forma para que se hubiera producido. En relación con ello, hay que tener en cuenta que, frente a la capacidad de negociación individual de cada agencia de viajes, la posición preponderante de GEA -debido a la acumulación de poder de compra para negociar con posibles proveedores y mayoristas- y el seguimiento que ésta realizaba del cumplimiento de sus decisiones por parte de las agencias adheridas (imponiendo incluso obligaciones de información a las mismas), podrían considerarse suficientes para reducir sensiblemente la capacidad decisoria de las agencias y lograr GEA en la práctica el seguimiento de sus decisiones por parte de éstas. No obstante, existe evidencia expresa de imposición por parte de GEA de sus decisiones a través de amenazas de represalias, en concreto la expulsión del grupo de gestión lo que conllevaría como mínimo costes de cambio para las agencias (y ello en el supuesto de que no existieran barreras de ningún tipo al cambio de grupo de gestión por parte de las agencias adheridas porque obviamente estos costes aumentarían si además existen barreras para pasar de un grupo de gestión a otro).

## **2.- Criterios para la determinación de la multa**

Como se ha explicado en el Fundamento de Derecho Segundo, en tanto que se trata de una conducta continuada bajo la Ley 16/1989 primero y la LDC después, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha de aplicar una de las dos normas, debiendo optarse, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor, por aquella que resulte más beneficiosa para GEA en este expediente sancionador.

De acuerdo con la mencionada SAN de 2 de abril de 2014, en el caso de infracciones muy graves, ambas leyes sancionan exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución, por lo que no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua.

Adicionalmente, en la medida en que, como también se ha argumentado en el Fundamento de Derecho Segundo, desde un punto de vista general la LDC establece un régimen sancionador objetivamente más favorable que la Ley 16/1989, en el presente caso se considera que procede la aplicación de la LDC, en concreto de la multa prevista en su artículo 63.1.c) que contempla para infracciones muy graves multa de hasta el 10% del volumen total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

Así pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64 de la LDC, el importe de la sanción deberá determinarse atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: dimensión y características de los mercados afectados por las conductas y cuotas de mercado de la entidad responsable; la cuota de mercado de la empresa responsable; el alcance y la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores o sobre los operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias atenuantes que concurran en relación con la empresa responsable.

En el caso concreto que se evalúa en la presente Resolución, para graduar la sanción y determinar su importe se considera especialmente relevante la naturaleza económica del operador sancionado y su funcionamiento en la práctica así como la posición del grupo de agencias adheridas a GEA en los mercados descendentes de distribución minorista y, en concreto al hecho de que su posición en los mismos es moderada dada la competencia existente, en el conjunto del mercado nacional, de las agencias adheridas a otros grupos de gestión, de las grandes cadenas de distribución y de la opción cada vez más utilizada de venta minorista directa a través de internet.

Por los motivos señalados se ha excluido la aplicación de la metodología general de la *Comunicación sobre cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC y de los artículos 101 y 102 del TFUE*, conforme al apartado (4) de la misma, porque su implementación en el presente caso dificultaría alcanzar plenamente los objetivos marcados por la propia Comunicación.

Por ello, atendiendo a todos estos argumentos y, por lo tanto, al impacto de la conducta impuesta por GEA en el conjunto de la actividad de distribución minorista de servicios y productos turísticos, teniendo en cuenta la duración de la conducta, y que se comparte con la Dirección de Competencia la apreciación de inexistencia de circunstancias atenuantes o agravantes, en cumplimiento de los criterios de proporcionalidad y disuasión que se espera de las sanciones y que el Tribunal Supremo ha recordado en numerosas sentencias (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990, 15 de julio de 2002), este Consejo considera que la multa a imponer a GEA debe ser de 68.632 €, lo que supone el 5% del volumen de ventas de la empresa que, en este caso, coincide con el del mercado afectado por la conducta, y que en 2013, de acuerdo con la información aportada por GEA, alcanzó la cifra de 1.372.649,71 €. La multa se encuentra pues dentro de los límites del artículo 63.1.c) de la LDC.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

### **HA RESUELTO**

**PRIMERO.-** Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Tercero de esta Resolución.

**SEGUNDO.-** De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsable de dicha infracción a GEA GRUPO DE AGENCIAS INDEPENDIENTES.

**TERCERO.-** imponer a la autora responsable de la conducta infractora una multa de 68.632 €.

**CUARTO.-** 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTOS PARTICULARES

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución aprobada en la Sesión Plenaria del día de hoy, 12 de Junio del 2014 por esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador S/0444/12 GEA.

Mi **discrepancia** la concreto y desarrollo en los siguientes establecimientos:

#### **PRIMERO.- DECLARACION DE PRINCIPIOS.**

Las Administraciones Públicas dictan Resoluciones (administrativas o judiciales) bajo el **Imperio de la Ley** o lo que es lo mismo, con la obligación de sujetarse al principio de legalidad, y ello con la exclusiva finalidad de dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica y sus efectos de tutelar debidamente los derechos de los administrados-justiciables.

Ello conlleva que las resoluciones (administrativas o judiciales) sean motivadas, claras, precisas y congruentes con los pedimentos.

El administrado-justiciable tiene el derecho fundamental de conocer claramente si ha recibido satisfacción a sus pedimentos y el porqué de ello; o por el contrario ha sido desestimada, lo que conlleva un ítem más, a los efectos de poder acceder a la vía de los recursos, necesitando conocer los hechos probados y la fundamentación jurídica, como necesarios para articular el recurso que en cada caso corresponda **y, con más razón si cabe, al estar en presencia de un expediente sancionador sujeto a sanción-multa.**

Eso se llama **SEGURIDAD JURIDICA**

#### **SEGUNDO.- CUESTIÓN PREVIA.**

Entiendo que antes de abordar el **fondo** de mi discrepancia, procede dejar acreditadas las siguientes cuestiones **formales.**

**1º** La Dirección de Competencia, de esta recién creada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **elevó el día 25 de Octubre del 2013** a esta Sala de Competencia la Propuesta de Resolución, que ponía fin a la fase instructora del Expediente Sancionador S/0444/12 GEA.

Propuesta que según la Nota de Régimen Interior de la Secretaria del Consejo de **28 de Octubre del 2013** causó la designación de La Ponencia ese mismo día, así como la remisión del Expediente.

La ponencia es compartida por las Consejeras D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar y D<sup>a</sup> Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín.

**2º** En consideración a los antecedentes que conforman este Expediente Sancionador S/0444/12 GEA la fecha de **su caducidad es el 13 de Junio del 2014**, es decir mañana.

**3ª** La Ponencia, el día **5 de Junio del 2014**, propuso a esta Sala de Competencia un **borrador para conocimiento**, en cuya final página 26 se establece literalmente:

*“Cuarto.- Sobre la sanción*

- 1. Calificación de la infracción.*
- 2. Responsabilidad de la empresa imputada.*
- 3. Cálculo de la multa*

*En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

**HA RESUELTO**

*Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo de la LDC, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho...de esta Resolución.*

*Segundo.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho...declarar responsable de dicha infracción a GEA.*

*Tercero.- Imponer a la autora responsable de la conducta infractora una multa de...€.*

*Cuarto.- 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.*

*Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación.*

La Sala de Competencia (y obviamente los restantes Consejeros) tuvimos **por primera vez**, conocimiento de este **borrador incompleto** de Propuesta el día **5 de Junio del 2014**.

**Por lo que no pudo deliberarse.**

**4ª** Una lectura de dicho borrador-propuesta **pone de manifiesto** la inconsistencia de la misma, en tanto que **indefinida e incompleta**, no ya en la concreción de hechos probados y su fundamentación jurídica, sino también **en la inexistencia de una cuantificación de la sanción y el amparo legal en la que se sustanciaría**.

**5ª** No es menos relevante que este acontecer de La Ponencia, imposibilitó a La Sala el conocimiento suficiente y necesario para deliberar y resolver, y cuando menos, puede interpretarse como una falta de consideración y respeto hacia La Sala, lo que sería olvidable, sino afectara al bien público y al imperio de la Ley; o bien a un desconocimiento de la praxis técnico jurídica, toda vez que nunca anteriormente habían dictado resoluciones de ningún orden; o por causa de una sobrada suficiencia, contraria al conocimiento, contemplado desde una perspectiva: humildad intelectual.

**6ª** Tales conductas, llevan a la obligada necesidad de examinar, estudiar y redactar a marcha caballo éste mi Voto Particular Discrepante **en aras a evitar la caducidad de este Expediente Sancionador, que tiene fecha: 13 de Junio de 2014**.

**7ª** La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común aborda en su **Artículo 24** “el plazo mínimo de recepción de documentos” y en el siguiente **Artículo 47** “la obligación de cumplir con términos y plazos”.

A su vez, la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia dispone en su **Artículo 36 Plazo máximo de los procedimientos**, parágrafo primero que “*el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente*”.

El Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en armonía con el anterior precepto normativo, dispone en su **Artículo 28.4** que “*el plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador sin que se hubiera resuelto el*

*procedimiento determinará la caducidad del mismo de acuerdo con lo establecido en el Artículo 38 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio”.*

Caducidad que aborda el **Artículo 38** en su apartado primero *“El transcurso del plazo máximo de dieciocho meses establecido en el apartado primero del Artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento”.*

### **TERCERO.- CAMPO DE JUEGO.**

Al efecto decir:

**1º** La Constitución Española dispone en su **Artículo 9** parágrafo primero *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”* y en el parágrafo tercero *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.*

Y en su **Artículo 24.1** *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”.*

Finalmente, en su **Artículo 103** parágrafo primero *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales....con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.*

**2º** La Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su **Artículo 54** dispone que *“.....los actos administrativos serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”.*

Precepto normativo que debe ser visto a la luz de lo prevenido en los **Artículo 218**, anteriores, siguientes y concordantes de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, **de aplicación supletoria**, en tanto que disponen que *“las resoluciones....deben ser claras, precisas y congruentes...y se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.*

El **Artículo 129** (tipicidad), el **Artículo 130** (proporcionalidad) y el **Artículo 133** (conurrencia de sanciones – Principio non bis in ídem) completan el círculo.

Finalmente el **Artículo 138** previene en su párrafo primero que *“la resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente”*.

**3º** En el ámbito del Derecho Penal, de donde procede la **construcción de la infracción continuada**, la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene señalando que el cómputo de la prescripción de los delitos continuados *“no se inicia hasta la realización del último de los actos integrantes de la continuidad delictiva....El punto de partida o el dies a quo para el cómputo de la prescripción, aun tratándose de un delito continuado empieza cuando se termina la actuación dolosa enjuiciada. Por consiguiente, el momento inicial no se altera por tratarse de una actuación continuada, pues la última de las torpes actuaciones del acusado será la que cuente”* (Sentencia 30 de Septiembre de 2008 Recurso de casación 2305/2007).

El concepto de infracción continuada no es extraño al Derecho Administrativo Sancionador y viene recogido en el Real Decreto 1398/1993 de 4 de Agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que en su **Artículo 4.6** dispone que *“Asimismo, será sancionable como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un Plan Preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”*.

Tampoco la figura de infracción continuada es desconocida en el ámbito de aplicación administrativa de las normas de competencia, pues desde el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia se ha venido haciendo uso de la misma (por todas, las Resoluciones de 27 de Julio de 2000 Expediente Sancionador 1468/1999 Texaco 2; de 31 de Octubre de 2000 Expediente Sancionador 475/1999 Prensa Vizcaya; de 31 de Mayo de 2002 Expediente Sancionador 520/2001 Disared).

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, de lo Contencioso-Administrativo ha apreciado la existencia de infracciones continuadas ya desde el ámbito de aplicación de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia (por todas, las SSTs de 28 de Febrero de 2005 Recurso 134/2002; de 10 de Octubre de 2006 Recurso 5888/2003; de 19 de Marzo de 2008 Recurso 3063/2005).

En el mismo sentido los órganos jurisdiccionales comunitarios también han apreciado, en la aplicación de las normas de defensa de la competencia, la existencia de infracciones continuadas (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de Septiembre de 2006 Asunto C-105/04 apartados 109 al 115; y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de Julio de 2008 Asunto T-53/03 apartados 252 y 255).

**4º** La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 1 Conductas Colusorias** dispone en su apartado primero que *“se prohíbe 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”*.

El Artículo 81.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que *“serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tenga por **OBJETO o EFECTO** impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan.....”*

La antecedente Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 1 Conductas prohibidas** dispone en su apartado primero que *“se prohíbe 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 parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en.....”*

El Tribunal de Justicia de las Comunidades, en aplicación de dichos preceptos normativos, viene señalando que *“los conceptos de acuerdo, decisión y práctica concertada son términos que, desde el punto de vista subjetivo, recogen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en que se manifiestan”*.

Y en concreto, ha distinguido entre prácticas **(1)** con un **OBJETO** contrario a la competencia y **(2)** con un **EFECTO** contrario a la competencia, por cuanto en el texto del Artículo 81.1 CE **“objeto y efecto no son condicionantes acumulativas sino alternativas”**.

Tal distinción se basa en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, **por su propia naturaleza**, perjudiciales para el juego normal de la competencia (Sentencias de 20 de Noviembre de 2008 Asunto C-209/07 apartados 15 al 17; y de 4 de Junio de 2009 Asunto C-8 (2008 apartados 28 al 30).

**5º** En otro orden de cosas, la discrecionalidad sancionadora debe ser contemplada y ejecutada **ponderando** las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida **proporcionalidad** entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, los efectos en el mercado, la existencia de circunstancias modificativas de la conducta, etc., dado que toda sanción debe determinarse **en congruencia con los principios de**

***proporcionalidad e individualización de la sanción, para adaptarla a la gravedad de la sanción.***

De ahí que deban valorarse **(a)** la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia **(b)** la dimensión y las características del mercado afectado **(c)** los efectos de la infracción sobre consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos **(d)** la duración de la conducta restrictiva de la competencia y **(e)** la reiteración y demás circunstancias agravantes y/o atenuantes, en su caso.

A los meros efectos indicativos, procede citar las Sentencias del Tribunal Supremo y por todas, las SSTs de 1 de Diciembre de 2010 Recurso contencioso 2685/08; de 29 de Enero de 2013 Recurso Contencioso 2496/2012; de 28 de Junio de 2013 Recurso 1947/2010.

Y de la Audiencia Nacional SSAN de 10 de Noviembre de 2010 Recurso 637/2009; de 22 de Noviembre de 2010 Recurso 365/2009; de 18 de Enero de 2011 Recurso 266/2009; de 10 de Febrero de 2011 Recurso 318/2010; de 13 de Octubre de 2011 Recurso 795/2009; de 10 de Noviembre de 2011 Recurso 846/2009.

**6º** Un ítem más, la Audiencia Nacional en la muy reciente **Sentencia de 30 de Enero de 2014 Recurso 422/2012** establece en el Fundamento de Derecho Sexto que *“no obstante, a la hora de realizar la cuantificación de las sanciones, en materia de derecho de la competencia, debe tenerse en cuenta el concepto de empresa concebido como una unidad económica....”*.

Y en orden a la violación del principio de proporcionalidad de las sanciones y sin perjuicio de lo prevenido en el Artículo 63.1.a) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (y lo mismo debe predicarse de lo prevenido en el Artículo 10 de la Ley 16/1989) se entiende que *“ésa es la cifra máxima a imponer conforme a la declaración de gravedad de la conducta, lo cual no necesariamente significa que deba procederse así”*.

Y al efecto, **recuerda erga omnes** que *“constituye un principio esencial del derecho punitivo sancionador español la división de las sanciones en grados (mínimo, medio y máximo) dependiendo la fijación de la cuantía de la multa-sanción en la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad”*.

**7º** La Ley sustantiva (Código Civil) previene y dispone en su **Artículo 3.1** que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*.

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, **como norma aplicable en este concreto Expediente Sancionador**, dispone en su **Artículo 62 Infracciones** “y las clasifica como leves, graves y muy graves” en función de la gravedad de las conductas imputadas, que desarrolla y enumera, a efectos del cumplimiento del principio de seguridad jurídica en armonía y concordancia con el principio de legalidad ex Artículo 9 de la Constitución Española.

En el siguiente **Artículo 63 Sanciones** dispone en su apartado primero que “los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones: **a)** las infracciones leves con multa de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa; **b)** las infracciones graves con multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa y **c)** las infracciones muy graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”.

Cuando ello no sea posible al no poder delimitarse el volumen de negocios a que se refiere el apartado primero, el siguiente apartado tercero dispone que “las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes: **a)** las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros; **b)** las infracciones graves con multa de 500.001 a 10.000.000 de euros y **c)** las infracciones muy graves con multa de más de 10.000.000 euros.

**8º** A la luz de lo anterior y de lo prevenido en el Artículo 3 del Código Civil y poniendo en armonía lo dispuesto en los apartados primero y tercero del Artículo 63 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, concluyo diciendo prima facie (haciendo abstracción de circunstancias modificativas):

- a) El segmento de cuantificación de las infracciones leves se mueve entre el 0,00001% y el 1%.
- b) El segmento de cuantificación de las infracciones graves se mueve entre el 1,0001% y el 5%.
- c) Y el segmento de cuantificación de las infracciones muy graves se mueve entre el 5,0001% y el 10%.

Lo contrario sería una interpretación **contra legem** que llevaría al absurdo de que una vez calificada la conducta como muy grave podría terminar siendo cuantificada en el segmento de la grave; o la grave cuantificarla en el segmento de la leve y así hasta el absurdo infinito.

Y todo ello, del sin perjuicio, **de la división de las sanciones en grados** (mínimo, medio y máximo) **dependiendo de la fijación de la cuantía de la multa, en la concurrencia o no de circunstancias agravantes y/o atenuantes**, conforme a lo establecido en el Derecho Punitivo Español y a la doctrina jurisprudencial consolidada que así lo determina.

#### **CUARTO.- HECHOS PROBADOS.**

Considerada la resolución (administrativa o judicial) como un **silogismo** en el que la mayor es el Ordenamiento Jurídico (campo de juego) anteriormente concretado pormenorizadamente, me cabe ahora concretar los **HECHOS PROBADOS** que se imputan a la parte, como conductas a tipificar e incardinar en el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, y en el Artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Y ello, tras poner en consideración y evidencia **la inasumible carga probatoria** que se vierte en la Resolución dictada y de la que sustancialmente discrepo.

**1º** En la Resolución de la que discrepo se combinan conceptos erróneos por inexistentes, inciertos y faltos de legalidad, tales como: Sala de Competencia no es igual a Consejo (Valoración de actuaciones y conductas), entre otras cosas porque el Consejo carece de competencias resolutorias que la Ley 3/2013 concede expresamente a la Sala de Competencia. Ni mucho menos, puede decirse en el párrafo anterior a la Parte Dispositiva que **“la Resolución ha sido tomada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”**.

La Resolución de la que discrepo incurre en indefiniciones, por ejemplo, cuando cita en abstracto la LDC, pareciendo ignorar la existencia de dos Leyes de aplicación actual y coexistentes según la extensión en el tiempo de las conductas examinadas: la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007. La cita genérica siembra confusión al administrado.

Y hechos acreditados no es igual a hechos probados. Un hecho acreditado es la existencia en el expediente de determinada documentación, o la toma de vista del expediente, etc., etc.; por el contrario un Hecho Probado es, a modo de ejemplo, que la imputada es una sociedad mercantil con domicilio en Madrid e inscrita en el Registro Mercantil al Tomo X, Libro X.

Ello es de relevancia por cuanto la parte imputada debe necesariamente conocer en qué hechos probados, claros y concretos, se fundamenta su imputación y ello redactado en presente y no en subjuntivo condicional **“podría**

***entenderse” “ello podría significarse” “podría concluirse” “existirían” “serían susceptibles”.....***

**2º** En un segundo apartado de lo que la Resolución titula Hechos Acreditados se hace una consideración puntual de **“los Grupos de Gestión”** causa del Expediente Sancionador S/0455/12.

Un pequeño apunte. Este Consejero hoy discrepante fue designado Ponente en el Expediente Sancionador S/0455/12 Grupos de Gestión y dentro de la normalidad, con tiempo suficiente (más de dos meses) llevó a la Sala de Competencia **Propuesta escrita desde el alfa a la omega**, para que La Sala de Competencia (y obviamente sus miembros) tuvieran conocimiento suficiente y bastante para que en el día en el que se fijara su Deliberación y Resolución se pudiera adoptar con conocimiento pleno la decisión (favorable o discrepante).

La Ponencia fue vencida y al día de hoy (tres semanas después) la nueva Ponencia no ha tenido a bien hacer una nueva y alternativa Propuesta, por lo que desconozco el iter argumental y la concluyente Parte Dispositiva.

Lo que dejo enunciado.

**3º** Al estar subjudice el citado Expediente Sancionador, este Consejero viene vedado a utilizarlo, argumentativamente, como refutación de esta Resolución de la que discrepo.

Pero sí puedo decir, que tanto en el uno como en éste, la definición de los Grupos de Gestión, el mercado, sus actuaciones y conductas examinadas y concretadas (si bien en uno altamente clarificadoras y en éste confusas y farragosas) llevarían a la misma conclusión: debieron ser examinados conjunta y unitariamente ambos Expedientes Sancionadores.

Me acojo a la redacción de las páginas 4 y 6 de esta Resolución, en la que da como probado el sector de actividad de los Grupos de Gestión y **su actividad en tanto que grupos comerciales o de gestión de agencias de viajes**, por cuanto estamos en presencia de una traslación mimética de uno a otro y sería innecesaria una ulterior reiteración.

***Y ello, como único fundamento argumentativo para su imputación con infractor de conductas contrarias al Artículo 1 de las Leyes 16/1989 y/o 15/2007.***

Ello no se hizo así, entre otras consideraciones porque las Ponencias no fueron unitarias y, consiguientemente, en la primera se desconocía absolutamente lo que conformaba este Expediente Sancionador que hoy nos ocupa y cuya Resolución combato, pero que hubieron sido causa de una única resolución, con

sus peculiaridades, **al igual que en su momento se hizo con los Expedientes Sancionadores S/0404/12 AENA y S/0420/12 AENA 2** que fueron resueltos de manera conjunta y unificada.

Partiendo del axioma anterior, tiene una especial relevancia el Antecedente de Hecho Primero de la presente Resolución de la que discrepo, en el que se afirma literalmente que *“la incoación de este expediente deriva de la investigación realizada por la extinta Dirección de Investigación en el marco del expediente sancionador S/380/11 Coches de alquiler”*, como causa antecedente de los dos Expedientes Sancionadores citado en el párrafo anterior in fine.

**4º** La Resolución de la que discrepo, aborda en las páginas 8, 9 y 10 bajo el Título *“Organización y funcionamiento de GEA”* da como Probado que *“de acuerdo con la información proporcionada por GEA las agencias de viajes que se adhieren a GEA firman un contrato de naturaleza mercantil, de colaboración e intermediación.....*en el que se establece: **(1)** el objeto del contrato, que consiste en la mediación en la negociación de las condiciones de compra-venta y pago de productos turísticos entre las agencias de viajes y los distintos proveedores de estos productos con el fin de intentar mejorar las condiciones de contratación final; **(2)** las remuneraciones de GEA por sus servicios (cuota de inscripción y cuota mensual durante la vigencia del contrato) **(3)** la duración del contrato pudiendo prorrogarse y la posibilidad de rescisión unilateral con preaviso; **(4)** la autorización a GEA para negociar en nombre de la agencia que suscribe el contrato mercantil, con los proveedores; **(5)** así como a firmar los documentos necesarios que reflejen los distintos acuerdos; y **(6)** el derecho de GEA a rescindir unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento de las condiciones de pago pactadas con cualquier proveedor o el impago de dos o más cuotas mensuales.

Además en el contrato se hace referencia a que GEA mantendrá informadas a todas las agencias mercantilmente adheridas (contratos) de forma periódica, tanto de las gestiones con proveedores como de las altas y bajas de agencias. Por último se incluyen cláusulas en cumplimiento de la normativa aplicable en materia de protección de datos y de servicios de la información y comercio electrónico.

Los anteriores asertos que conforman como HECHO PROBADO la Resolución de la que discrepo, **prima facie** y sin existir un desarrollo argumentativo desvirtuador **no constituyen per se una concertación** de las prohibidas en el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio de Defensa de la Competencia. **NO EXISTE PROBANZA ALGUNA en relación de causa a efecto.**

## **QUINTO.- NON BIS IN IDEM y ARTICULO 133 DE LA LEY 30/1992.**

Del total contexto que conforma la Resolución de la que discrepo en el marco de la excepción propuesta por GEA entiendo que deben hacerse las siguientes consideraciones:

1ª **si** en este Expediente Sancionador se hubiere probado que la conducta imputada a GEA es radicalmente diferente y con sustantividad propia, a la que es objeto de examen y conocimiento en el Expediente Sancionador S/0445/12 Grupos de Gestión deviene evidente que le sería de aplicación lo previsto en el Artículo 133 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Y en consecuencia entraría en juego la doctrina del non bis in ídem.

Y en consecuencia, sería sancionado por conducta incardinable en el Artículo 1 de la Ley 16/1989 y/o Artículo 1 de la Ley 15/2007 según fuera concretada una u otra como ley sancionadora más favorable, **a la luz de las simples operaciones aritméticas a realizar.**

Lo que no se ha hecho, en consecuencia, no puede ni debe ser sancionado **además y ahora.**

2ª pero dado que no ha quedado probada la presencia de dos conductas diferentes y diferenciadas, en aras al principio probatorio y de seguridad jurídica, la Resolución no puede acogerse **per se** y aplicar discriminatoriamente lo previsto en el citado Artículo 133 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, ni consiguientemente el principio jurisprudencial y doctrinal del non bis in ídem.

3ª A este respecto, deviene interesante lo dispuesto por la Audiencia Nacional en sus **SSTAN de 23 de Diciembre de 2013 Recurso 504/2011 y Recurso 587/2011)** que en su Fundamentación Jurídica, en la que **estima** el Recurso Contencioso-Administrativo contra una Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y **la anula**, declara en ambas con la misma redacción lo siguiente:

*“Séptimo.- La conclusión a la que llegamos es la que la CNC en la resolución que es objeto del presente recurso, no respetó el principio de seguridad jurídica, pues si estimaba que existía por parte de los recurrentes un incumplimiento.....debió justificarlo de manera muy precisa y no acudir a expresiones vagas, como la filosofía o principios inspiradores.....”.*

La Audiencia Nacional en la **Sentencia de 12 de Marzo 2014 Recurso 666/2011** dispone en su Cuarto Fundamento Jurídico lo siguiente:

*“Cuarto.- El análisis de las pruebas invocadas por la CNC para justificar la imposición de la sanción, reflejadas en las páginas.....**no resiste un análisis meramente detallado**, por lo que ya anticipamos que el recurso debe ser estimado”.*

#### **SEXTO.- MOTIVACION: tiempo y organismo.**

El Tribunal Supremo (**Sentencia de 7 de Febrero de 2013 Recurso de Casación 5897/2010**) dispone que “es evidente que los **déficit de motivación** de las resoluciones sancionadoras no pueden ser suplidos por los órganos de la jurisdicción ordinaria que, en este ámbito, sólo pueden llevar a cabo un **mero control del principio de legalidad**. En este sentido, también, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional que, con fundamento en que no son los Tribunales Contencioso-Administrativos, **sino la Administración Pública** quien, en uso de sus prerrogativas constitucionales, sanciona a los administrados, ha señalado que una ulterior Sentencia que justificase la sanción en todos sus extremos **nunca** podría venir a sustituir o de alguna manera a **sanar la falta de motivación del acto administrativo**. Y es que, efectivamente, el máximo intérprete de nuestra Constitución viene advirtiendo sobre “la inadecuación constitucional de considerar que el proceso judicial de impugnación de una sanción administrativa **subsane** las lesiones del Artículo 24.2 de la Constitución Española causadas en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador **supliendo** así sus funciones propias a la Administración autora del acto fiscalizado en el proceso”.

#### **QUINTO.- SANCIÓN.**

La Resolución de la que discrepo, tras calificar la conducta de GEA como muy grave por vulnerar, supongo, el Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, dice en su página 30 literalmente:

*“.....este **Consejo** considera que la multa a imponer a GEA debe ser de 68.632 €uros, lo que supone el 5% del volumen de ventas de la empresa, en este caso, coincide con el del mercado afectado por la conducta y que en 2013, de acuerdo con la información aportada por el **Grupo GEA** alcanzó la cifra de 1.372.649,71 €uros. La multa se encuentra pues dentro de los límites del artículo 63.1.c) de **LDC**”.*

Al respecto decir:

1º Toda vez que en la Resolución dictada por esta Sala de Competencia **no aparece probada la dualidad de conductas** imputadas a GEA, deviene concluyente la imposibilidad de sancionarla como infractora del Artículo 1 de la Ley 15/2007 y/o 16/1989 que le serían aplicables partiendo de normas más favorables, tras la presentación del cálculo aritmético sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por ello.

Con el añadido ítem, que la sola descripción de una vinculación contractual mercantil **per se y sin probanza contradictoria alguna**, no puede llevar a concluir que GEA es infractora de una conducta contraria a los Artículos 1 de la Ley 16/1989 y/o de la Ley 15/2007, ambas de Defensa de la Competencia.

2º En todo caso, en aras al principio de seguridad jurídica a la luz del principio de legalidad, dado que la presente Resolución carece de motivación alguna (inexistencia) también en orden a la Ley a aplicar y el porqué de su aplicación frente a la otra norma con rango legal, a juicio de este Consejero discrepante no procede sancionar a GEA por cuanto vulneraría su derecho constitucional a una tutela judicial efectiva., por arbitrariedad administrativa.

Así por este Mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a doce de Junio del dos mil catorce.

**VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** que formula el Consejero Benigno Valdés Díaz a la presente *Resolución*, aprobada en la Sesión Plenaria del día 12 de junio del 2014 por la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC, en el marco del Expediente Sancionador S/0444/12 GEA.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

**PRIMERO.-** La presente Resolución afirma lo siguiente: “[...] de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá ser [aplicada] aquella [norma] que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto [...]” (Pág. 14, énfasis añadido). Pero inmediatamente se afirma: “[...] de acuerdo con los precedentes de la extinta CNC, el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989 [...]” (Pág. 15, énfasis añadido). Dado que en el Expediente que nos ocupa hay un único infractor y la Resolución aprobada hace referencia a “los infractores”, en general, se sigue que el texto citado establece que, no en este caso específico, sino con generalidad, la Ley 15/2007 es más favorable a los infractores que la Ley 16/1989. De ahí que, *“Es por tanto la Ley 15/2007 la legislación que se va a aplicar”*, sin necesidad de motivación específica, en este Expediente.

1º. Es posible, aunque no indubitable, que en la tradición de la hoy extinta CNC ése haya sido el criterio adoptado. Otra cosa es que alguna vez el principio en sí haya sido **DEMOSTRADO**, lo que, a nuestro juicio, no ha ocurrido. Hasta donde hemos podido comprobar, la primera Resolución en la que el Consejo de la extinta CNC supuestamente aplicó el mencionado punto de vista es la relativa al EXPTE. S/0120/08, Transitarios, de 31 de julio de 2010 (aunque no tiene especial trascendencia que en efecto haya sido la primera o no). En ella se dice lo siguiente (el énfasis es añadido):

*“El Consejo considera que en el marco de este expediente la Ley 15/2007 es la Ley sustantiva aplicable a la conducta imputada en cuanto a su calificación y sanción. Esta norma contempla un régimen sancionador para las empresas objetivamente más favorable que el aplicado bajo la Ley 16/1989 para este tipo de acuerdos de fijación de precios. Los artículos 65 y 66 establecen respectivamente la posibilidad de exención y de reducción del importe de la multa para el infractor que cumpla determinados requisitos, que tienen fundamentalmente que ver con la aportación de pruebas sustantivas para la investigación -el conocido como régimen de clemencia. Ello hace que, objetivamente, el régimen sancionador pueda resultar más favorable para el infractor. En el presente caso tres de las infractoras se han acogido a esta posibilidad, lo que supone que la aplicación de la Ley 15/2007 les favorece. [...] La diferencia que lleva a este Consejo a concluir que la Ley 15/2007 es más favorable que su predecesora radica en el régimen de clemencia que introduce la vigente LDC y que no existía en la Ley 16/1989. En este sentido no cabe duda de que para los solicitantes de la exención o reducción del importe de la sanción, la Ley 15/2007 ha resultado ser la norma más favorable (siendo por la que ellos mismos han optado), pero esta conclusión también es válida para el resto de los imputados, que aunque no se han acogido al régimen de clemencia, objetivamente hubieran podido hacerlo [...]En definitiva, el Consejo considera*

*que en el presente caso la Ley 15/2007 debe ser la norma nacional sustantiva aplicable a la conducta imputada; a su calificación y a su sanción."*

Nada tenemos que objetar a este razonamiento si convenimos en la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: (1) La citada Resolución afirma que la Ley 15/2007 es más favorable a los imputados **en este caso**. (2) Lo es porque, **tratándose de un cártel**, los imputados podrían haber quedado exentos de sanción de haberse acogido al **régimen de clemencia**, una posibilidad que la Ley 15/1989 no concede. (3) El cártel al que hace referencia **es muy dañino** para el normal desarrollo competitivo del mercado afectado.

2º. La siguiente Resolución en la que el extinto Consejo de la CNC aplica el punto de vista de que la Ley 16/1989 es más favorable para los imputados que la Ley 15/2007 es la relativa al EXPTE. S/0086/08, Peluquería Profesional, de 2 de Marzo de 2011. Se afirma en ella lo siguiente (énfasis añadido):

*"Por lo que al derecho sustantivo sancionador se refiere, considera este Consejo que, al igual que ha ocurrido en otros expedientes precedentes, las diversas alegaciones formuladas por los interesados al respecto pretenden introducir de forma artificial [sic] un debate sobre la legislación aplicable que resulta absolutamente estéril, por innecesario [sic]. En efecto, sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción."*

Es difícil colegir lo que esta Resolución exactamente nos dice. *Prima facie* parece realizar un salto cualitativo con respecto a la Resolución del 31 de julio de 2010, al afirmar que "el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989". ¿Quiere esto decir que, **con independencia del caso específico tratado**—de nuevo, un cártel muy dañino para la competencia en el mercado afectado— la Ley 15/2007 es más favorable para los infractores que su antecesora la Ley 16/1989?

La confusión acerca de si se trata del mencionado salto cualitativo o no, se origina por el siguiente párrafo: "[...] de la especialmente destacable **en este supuesto** posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción". En virtud del citado elemento de confusión, conviene acudir a Resoluciones posteriores.

3º. La siguiente resolución relevante parece ser la relativa al EXPTE. S/0159/09, Unesa y Asociados, de 13 de mayo de 2011. Afirma lo siguiente (énfasis añadido):

*“Por razones similares a las expresadas en determinados precedentes (EXPTE. S/0120/08, Transitarios; EXPTE. S/0086/08. Peluquería Profesional), en el caso de conductas de infracciones del artículo 1 protagonizadas por empresas el régimen sancionador de la Ley 16/1989 no puede considerarse más favorable. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones previsto en la Ley 15/2007 e inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción”.*

Entendemos que este texto tampoco aclara la cuestión. La Resolución afirma que por las razones expuestas en las dos anteriores, *“en el caso de conductas de infracciones del artículo 1 protagonizadas por empresas el régimen sancionador de la Ley 16/1989 no puede considerarse más favorable”*. Pero ese no es el asunto. Lo que se está dilucidando es si *“en el caso de conductas de infracciones del artículo 1 protagonizadas por empresas” el régimen sancionador de la LEY 15/2007 ES MÁS FAVORABLE [que el provisto por la Ley 16/1989]*”. La Resolución, aunque afirma asentarse en las dos anteriormente citadas, no lo hace; y bien puede decirse que oscurece aún más el asunto.

4º. La siguiente resolución relevante parece ser la relativa al EXPTE. S/0185/09, Bombas de Fluidos, de 24 de Junio de 2011. Afirma lo siguiente (énfasis añadido):

*“[...] lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989 (S/0120/08 TRANSITARIOS, S/0086/08 PELUQUERIA PROFESIONAL, S/0159/09 UNESA Y ASOCIADOS). Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.*

¿A qué infractores se refiere, a todos? ¿A los específicamente imputados en el expediente de referencia —de nuevo, un cártel calificado en la Resolución como *muy dañino* para la competencia en el mercado afectado—? Tampoco esta Resolución produce una clarificación definitiva del criterio “global” del Consejo de la extinta CNC sobre el tema que nos ocupa.

5º. La siguiente resolución relevante parece ser la relativa al EXPTE. S/0192/09 Asfaltos, de 26 de Octubre de 2011. Afirma lo siguiente (énfasis añadido):

*“Pues bien en este caso, [...] habiéndose desarrollado la práctica totalidad de la conducta al amparo de la Ley 15/2007 y siendo ésta la más favorable, es la norma de aplicación. Alega alguna de las empresas que la mención de la DI de forma confusa en PCH y PR de las dos normas*

*perjudica gravemente su derecho de defensa. No entiende el Consejo donde está el perjuicio puesto que la conducta está prohibida de forma idéntica por ambas leyes y, en todo caso, ninguna empresa ha alegado preferencia por una u otra”.*

Evidentemente esta Resolución tampoco aclara el asunto. Por un lado, parece referirse al caso concreto del que se ocupa (“[...] en este caso...”), de nuevo un de cártel que la Resolución entiende muy dañino para el funcionamiento competitivo del mercado afectado; por otro, afirma sin más (incluso, sin referencia alguna a Resoluciones precedentes) que la Ley 15/2007 es la más favorable (“[...] y siendo ésta la más favorable...”); y si algún argumento aduce para ello, éste parece ser que, en el contexto del expediente en cuestión, “[...] ninguna empresa ha alegado preferencia por una u otra” de las dos Leyes.

6º. La siguiente resolución relevante parece ser la relativa al EXPTE. S/0318/10, Exportación de sobres, de 15 de octubre de 2012. Afirma lo siguiente (énfasis añadido):

*“[...] si bien las conductas enjuiciadas han tenido lugar en el periodo que va desde el año 1981 hasta el año 2012, [...] este Consejo considera, al igual que lo ha hecho en casos precedentes, que la norma aplicable es la Ley 15/2007, por resultar más favorable teniendo en cuenta todas las condiciones concretas del caso. En efecto, [...] lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores enjuiciados en este expediente que el contemplado por las leyes previas. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas y, especialmente destacable en este supuesto, la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.*

De nuevo, resulta imposible deducir de esta Resolución si la supuesta bondad de Ley 15/2007 sobre la Ley 16/1989 en relación a la dureza de las sanciones para los imputados es un principio de general aplicación, o si, de manera más restrictiva, lo es en el específico caso tratado (aunque no necesariamente en otros).

7º. Otras Resoluciones posteriores consultadas, nos dejan en la misma situación de incertidumbre sobre el criterio del Consejo de la extinta CNC en el tema que nos ocupa. Pues si bien es cierto que de los textos citados parece posible *intuir* que el principio “La Ley 15/2007 es más favorable para los infractores”, lo cierto es que la literalidad de las Resoluciones citadas no permite esa lectura de manera indubitada. En todo caso, si la interpretación fuera que la literalidad de los textos citados afirma ese principio, éste, a nuestro juicio, no habría sido *demostrado*. No lo fue, **con el carácter general que se discute**, en la que parece ser la primera Resolución relevante, la de 31 de julio de 2010; ni tampoco en las subsiguientes.

**SEGUNDO.-** En principio, no hay que objetar a la forma de redacción utilizada en las Resoluciones posteriores a la que tenemos por “inicial”, es decir: “Como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad en múltiples ocasiones (Véanse, entre otras, las Resoluciones [...], etcétera”. Esta forma de redacción es la

habitual en todos los campos del conocimiento; ***pero está sujeta a que en el origen de la cadena el principio haya quedado demostrado***. En modo alguno el hecho de citar Resoluciones anteriores constituye la demostración; el principio no deviene probado por la mera acumulación de ese tipo de referencias.

**TERCERO.-** Pues bien, la Resolución que ahora nos ocupa está impregnada de esa forma de proceder. Contrariamente a lo que habíamos podido concluir de la lectura de las Resoluciones del Consejo de la extinta CNC antes citadas —es decir, nada definitivo—, la presente Resolución ***inequívocamente*** da un salto a la generalidad, o sea: independientemente del caso tratado, ***el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es más favorable que el contemplado por la anterior Ley 16/1989*** (Énfasis original). Lo justifica con un párrafo familiar por varias de las resoluciones del Consejo de la extinta CNC mencionadas, si bien en ellas —no así en esta— ese párrafo aparece mezclado con otros elementos que a la postre impiden obtener una conclusión definitiva. Ese párrafo es el siguiente:

*“Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción” (Pág. 15).*

**CUARTO.-** Debemos analizar esas razones.

1º. *“[...] la especialmente destacable posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción”*. Esta fue la razón esgrimida por el Consejo de la extinta CNC en la Resolución al EXPTE. S/0120/08, Transitarios, de 31 de julio de 2010, primera que hemos citado. Ya hemos expuesto las circunstancias bajo las que, en el contexto de ese Expediente, nada teníamos que objetar a la citada Resolución de la CNC. ¿Pero qué sentido tiene acudir a esa razón en el Expediente que ahora nos ocupa, ***que no trata de un cártel? En este Expediente, a la empresa infractora le resulta irrelevante que la Ley 15/2007 ofrezca la posibilidad de acogerse al Programa de Clemencia, pues no tratándose de un caso de cártel, ella no habría podido hacerlo aunque lo hubiera deseado***.

2º. La Ley 15/2007 provee *“un sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior”*. Supuestamente, esa cualidad de la mencionada Ley la convierte en más favorable para los infractores que la Ley 16/1989. Pero no siempre ocurre así —o para ser más precisos, no tiene por qué ocurrir necesariamente así—. El Artículo 10 de la Ley 16/1989 no tipifica las diferentes actuaciones contrarias a la legislación de competencia como infracciones específicamente leves, graves o muy graves, sino como ***INFRACCIONES***, sin más, *“[...] cuya gravedad diferirá por las circunstancias de hecho que rodeen a la comisión concreta de las mismas”* (Sentencia 175/2012, del TC, de 15 de octubre de 2012. Recurso de amparo 2675-2009), lo que tendrá su reflejo *“en la cuantificación de la multa por medio de la aplicación razonada de los criterios generales que dicho precepto enuncia”* (Ibíd.) Por ello, la Ley 16/1989 otorga al órgano sancionador un amplio margen para *“decidir sobre la importancia de la infracción y correlativamente sobre la cuantía de la sanción”* (Ibíd.) a imponer, si bien circunscrito a la aplicación razonada de los criterios estipulados en su Artículo 10.1-y-2. La Ley 15/2007, por el contrario, tipifica las

diferentes acciones contrarias a la legislación de competencia como infracciones específicamente leves, graves o muy graves, y establece tramos sancionadores *ad hoc* para cada una de ellas.

Pues bien, esa diferencia entre las dos Leyes sin duda puede dar —y da— lugar a situaciones concretas en las que la Ley 16/1989 resulta más favorable para el infractor. Para exponer la razón, consideremos el caso, totalmente hipotético, de una empresa imputada por una infracción idéntica a la deliberada en este Expediente, pero con una cuota de mercado y una influencia “aguas abajo” ligeramente inferiores, como también es ligeramente inferior es su volumen de negocios: 1.250.000€. (Esto es inmaterial para la argumentación, pero nos aparta, para evitar interpretaciones inadecuadas, del caso tratado en el Expediente).

Ahora imaginemos que, deliberado el caso al amparo de la Ley 16/1989, el órgano sancionador, en su decisión “sobre la importancia de la infracción y correlativamente sobre la cuantía de la sanción” (STC antes citada), y a la luz de lo estipulado en el Artículo 10 [1 y 2-a).b).c).d).e).f)], resuelve que es adecuado imponer una multa de 50.000 euros. En tal caso, también deben serlo multas próximas a ella, de 45.000€, o de 55.000€, por ejemplo. Eso es así porque, dada la naturaleza de las variables consideradas en el Artículo 10.2-b).c).d), es *imposible* determinar su valor numérico con exactitud, y en consecuencia existe *un intervalo de multas*, no una única multa, consistente con el grado de variabilidad inevitablemente presente en la cuantificación de las variables del Artículo 10.2-b).c).d).

En la práctica, la amplitud del intervalo de multas *aceptable* en cada caso concreto la determina el buen criterio del órgano sancionador. En nuestro ejemplo, pongamos que movernos en el intervalo 45.000€ - 55.000€ resulta adecuado; pero sin duda no lo sería moverse entre 10.000€ y 100.000€, pues indicaría una estimación numérica inaceptable de las variables del Artículo 10.2-b).c).d).

La **Sentencia 175/2012, del TC, de 15 de octubre de 2012, Recurso de amparo 2675-2009**, aborda esta situación con la naturalidad que ella misma tiene: “[...] las multas previstas en la Ley 16/1989 lo han sido [...] dentro de márgenes muy amplios, con referencia a variables [...] de no fácil y exacta verificación. De modo que no es siempre posible cuantificar [...] sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta inevitable otorgar al TDC un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas [...] de “dosimetría sancionadora” rigurosamente exigibles [...]”

Pues bien, ahora intentemos abordar el caso al amparo de la Ley 15/2007. En primer lugar, ésta tipifica la infracción cometida como —específicamente— **muy grave**. Además, determina que:

Artículo 63.1. “Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

*c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."*

Para que en este ejemplo y en este aspecto concretos la Ley 15/2007 resulte más favorable para la empresa infractora que la Ley 16/1989, el órgano sancionador tendría que imponer multas sancionadoras de la siguiente manera: Menos del 4,4% del volumen de negocios si la sanción es de 55.000€; menos del 4% si es de 50.000€; menos del 3,5% si es de 45.000€, *etcétera*. ¿Es esto *adecuado* en el contexto de la Ley 15/2007? En otras palabras: ¿Se puede, con toda naturalidad, aplicar a una infracción tipificada como **muy grave** un porcentaje sancionador propio de las infracciones tipificadas como graves, e **incluso de las tipificadas como leves**, cuando ni siquiera existe un poderoso atenuante al que recurrir?

La Audiencia Nacional parece abordar *indirectamente* este asunto en, entre otras, la **SAN de 7 de marzo de 2014, recurso 670/11**. En ella, afirma que "*Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a [todo el intervalo 0%-10%]*", pero "*desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves – hasta el 1%-, de las graves – hasta el 5% -, y de las muy graves – hasta el 10% "*.

No discutimos que, en su literalidad, tanto el Artículo 63.1 de la Ley 15/2007 como la mencionada sentencia de la AN, puedan interpretarse en uno u otro sentido. Pero *a nuestro juicio*, una interpretación afirmativa no resulta *compatible* con el *esforzado empeño del legislador del 2007 por tipificar tan detalladamente las diferentes infracciones, así en lo referente a su gravedad como a las sanciones correlativas*.

3º. La Resolución pone de manifiesto que la Ley 15/2007 establece "*topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989*", y de ahí concluye que, también por esa razón, la Ley 15/2007 es más favorable para los infractores que la Ley 16/1989. No vemos por qué ha de serlo. Utilizada con el criterio establecido por el TC en la sentencia citada más arriba —a nuestro juicio impecable desde la lógica—, no encontramos el Artículo 10 de la Ley 16/1989 más severo, ni menos garantista del derecho de defensa de los infractores, que sus correlativos de la Ley 15/2007.

4º. Por último, se sostiene que *la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas* que la Ley 15/2007 ofrece en relación a la Ley 16/1989, es otra razón para considerar a aquella como más favorable que ésta para el infractor. En primer lugar, y como mucho, lo será para el caso de esas "algunas" conductas infractores a las que la Ley 15/2007 otorga plazos de prescripción menores; para las otras, no. En cualquier caso, resulta difícil entender de qué le sirve a un infractor probado y a la espera de sanción que la Ley 15/2007 determine menores plazos de prescripción para algunas infracciones que la Ley 16/1989. Si está imputado es de suponer que la infracción no estaba prescrita en ningún caso; de modo que, en su circunstancia actual, debería resultar irrelevante que los plazos de prescripción difieran de una Ley a otra.

**QUINTO.-** Debo despejar cualquier posible duda sobre el objeto y el alcance del presente Voto Particular.

1º. En él no se está cuestionando la multa impuesta en la Resolución sea la adecuada. Su cuantía no motiva este voto particular.

2º. Tampoco pretende dilucidar el significado de la frase ***“el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989 [...]”***. Este Consejero entiende que, con el diccionario en la mano, esa frase podría reescribirse así: *“Tomado en conjunto, el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es menos severo para los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989 [...]”*, asunto que puede ser objeto de una encendida tertulia, pero sin interés práctico alguno.

3º. Lo que este Consejero considera inasumible, y con lo que discrepa, ***es que —como en esta Resolución— se dé por sentado que siempre, es decir, con independencia del caso concreto sometido a deliberación, la Ley 15/2007 es más favorable para los imputados que la Ley 16/1989, de modo que se les aplica aquella sin plantearnos siquiera cuál sería su suerte al amparo de la otra***. Es posición de este Consejero que, en cada caso concreto, debe realizarse la comparación de forma fundamentada y, sobre esa base, motivar la bondad de la sanción.

*Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 12 de junio de 2014.*