

Roj: SAN 4206/2008
Id Cendoj: 28079230062008100385
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 469/2006
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha

promovido Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas (AMAVE), y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a

María Ángeles Gladis de la Plaza, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado,

sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de julio de 2006, relativa a archivo de actuaciones,

siendo la cuantía del presente recurso 92.307 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas (AMAVE), y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Ángeles Gladis de la Plaza, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de julio de 2006, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupa.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicas las declaradas pertinentes, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintiuno de octubre de dos mil ocho.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la

Competencia de fecha 26 de julio de 2006, por la que se impone a la actora la multa de 92.307 euros, al haber incurrido en una conducta contraria a la libre competencia, tipificada en el *artículo 1.1 de la Ley 16/1989*.

Los hechos que han dado origen al presente recurso son los que siguen:

1.- La entrada en el sector del tráfico aéreo de pasajeros de las compañías de bajo coste provocó la búsqueda por parte de los operadores tradicionales de medios de reducción de costes. Ello ha llevado a la generalización de un nuevo sistema de retribución a las agencias de viajes en los servicios de intermediación en la venta de billetes, llamado cargo por emisión o service fee.

2.- La actora se integra en CAAVE (Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes española), que se reunió con Iberia, Spaner y Air Europa, encuentros en los que se presentó una tabla de cargos por parte de las líneas aéreas. El 19 de diciembre de 2003 CAAVE envió una carta a Spaner y Air Europa con una serie de sugerencias, el contrato modelo de Iberia y otros compromisos adoptados por Iberia. Finalmente los cargos establecidos por las tres líneas aéreas fueron iguales.

3.- Así mismo Iberia se comprometió a no visitar ninguna empresa sin conocimiento previo de la Agencia de Viaje, salvo que no la conociese, o cuando la propia empresa lo manifestase por trabajar con varias Agencias.

El TDC deduce de estos hechos que existió intercambio de información y un acuerdo previo para establecer los cargos por la intermediación en la emisión de billetes, así como un acuerdo de reparto de mercado.

Las agencias de viajes cargaron por emisión a los clientes particulares y en tarifas no promocionales o especiales cantidades iguales, tanto en oficinas como en Internet. Esta igualdad en el cargo se constató en investigaciones realizadas en oficinas de Viajes Marsans, Viajes El Corte Ingles, Viajes Halcón, Viajes Iberia, Carlson Wag onlit Travel y Viajes Ecuador.

Estos hechos resultan acreditados en el expediente administrativo.

El mercado de referencia viene fijado por los servicios de intermediación en la venta de billetes de transporte aéreo.

Por tanto, y en conclusión, existió intercambio de información entre Iberia, Spaner y Air Europa con CAAVE, acuerdo de las tres compañías aéreas en el cargo por la emisión de billetes que debía aplicarse y de Spaner y Air Europa de no competir con Iberia, así como un compromiso de Iberia de no competir con las Agencias en relación con empresas

Por otra parte, el *Reglamento Interno de la recurrente, en su artículo 2*, establece una transferencia de decisiones del colectivo a CAAVE, en relación a los grandes proveedores.

Esta disposición es entendida por la Resolución impugnada como una renuncia a la negociación libre y por ello una conducta que limita la libre competencia al suponer una actuación concertada.

SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El *artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio*, en su redacción dada por *Ley 52/1999 de 28 de diciembre*, dispone: " 1 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 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. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

B) El *artículo 10.1* del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes

económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los *artículos 1, 6 y 7* ... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..." - hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

De los preceptos citados resulta: 1) La actividad tipificada en el tipo sancionador del *artículo 1* lo es cualquier acuerdo o conducta concertada o conscientemente paralela tendente a falsear la libre competencia, lo que exige la concurrencia de voluntades de dos o mas sujetos a tal fin. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia.

2) En relación al segundo de los *preceptos citados*, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el *precepto se refiere a un elemento intencional o negligente* -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO: La recurrente afirma que no existió acuerdo aplicado por ella pues, al agrupar a empresas mayoristas y touroperadores, no realizan cargos directamente sobre el consumidor, que el intercambio de información por si misma no es sancionable, que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia por no existir prueba de cargo, el principio ne bis in idem y el principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción.

La actora admite la existencia de la reunión con CAAVE y de la carta remitida por ésta realizando sugerencias. Si bien, en la interpretación que da a tales hechos, afirma que ni la reunión ni la carta suponían acuerdo alguno. Por otra parte señala la incorrecta apreciación del TDC al definir el mercado afectado y las relaciones entre los operadores económicos.

No se niega tampoco la coincidencia en las cantidades cargadas por emisión a los clientes, detectadas en la inspección de una oficina de cada una de las agencias de viajes antes señaladas; si bien, parece entender la actora, que ello fue debido a razones ajenas a un acuerdo previo.

En realidad la actora no discute los hechos apreciados por el TDC pero lo interpreta de forma distinta a la realizada en la Resolución.

Hemos de señalar que el tipo del *artículo 1* contempla, tanto los acuerdos expresos como tácitos y las conductas conscientemente paralelas. No exigen pues un acuerdo de voluntades formal, sino que basta con acomodar la conducta de forma consciente al comportamiento seguido por otros operadores económicos.

En el presente caso existió transferencia de información, y ello es algo plenamente probado y aceptado por la actora, y se aplicaron idénticos cargos en diferentes agencias de viajes por la emisión de billetes. Esta identidad no puede ser explicada por la mera operativa del mercado. Pues bien, probado que la actora conocía las circunstancias de los cargos que se aplicaría, y que los cargos son idénticos, es inevitable concluir que se ha producido o bien un acuerdo tácito o bien una conducta conscientemente paralela - que para aplicar el tipo infractor es igual -, y ello no supone una prueba de indicios, como parece entender la recurrente, sino una prueba plena. Es indiferente que las entidades integradas en la recurrente no aplicasen los cargos directamente, pues la imputación se basa en un acuerdo expreso o tácito en el que tomo parte a través de las actuaciones de CAAVE a quien había transferido la toma de decisiones en esta materia y llevó a la aplicación de idénticas tarifas por las Agencias.

No existe pues una vulneración de la presunción de inocencia, tampoco falta de prueba, lo que ocurre es que la recurrente no comparte las conclusiones extraídas de la prueba practicada. Pero ocurre, que la única forma de explicar la identidad en los precios, partiendo de la idea de que las compañías afectadas conocían la estrategia de las demás en la materia, es que conscientemente se fijaron precios idénticos. Para lo cual no es necesaria una presión o compulsión, ni un acuerdo expreso. Basta con que se actúe de forma igual a un competidor conociendo su estrategia en materia de precios, para que ello suponga la infracción del *artículo 1*. Y la entidad en la que se integra la actora y a quien se había transferido la capacidad de decisión en esta cuestión, había realizado una serie de actuaciones tendentes a que esa uniformidad

pudiera producirse.

Dicho lo anterior pasaremos a analizar los puntos vicios concretos de anulabilidad contenidos en la demanda:

1.- Vulneración del principio *ne bis in idem*: La actora entiende que la declarada vulneración del *artículo 1* por el contenido del *artículo 2 del reglamento* interno absorbe la del pacto de precios. Como correctamente señala el Sr. Abogado del Estado en su contestación a la demanda, son dos conductas distintas, la primera consistente en transferir las decisiones del colectivo, que en si mismo supone una renuncia a la negociación libre y competitiva, la segunda pactar los precios, porque la transferencia por si misma no supone necesariamente que posteriormente se llegue a un acuerdo de precios. Pero tampoco puede apreciarse un concurso medial, ya que la transferencia de decisiones no es un medio necesario para el acuerdo de precios, ya que este puede realizarse de forma individual o mediante la transferencia de la capacidad de decisión. No es esa transferencia medio para la comisión de la segunda infracción sino que constituyen dos infracciones distintas basadas en hechos distintos.

2.- Errónea valoración de la fijación precios: en primer lugar se señala por la actora que se ha delimitado incorrectamente el mercado de referencia pues las líneas aéreas prestan un servicio distinto a las Agencias, tratándose a su juicio de una relación vertical. Debemos compartir la interpretación que del fenómeno económico que nos ocupa realiza la Resolución impugnada. Esto es, existe una relación compleja entre las líneas aéreas y las Agencias, y uno de sus aspectos, en cuanto todas ellas venden billetes para el transporte aéreo, es competitivo entre toas ellas. En la vnta de billetes todas ellas son competidoras, y por tanto un pacto de precios en este nivel afecta a empresas que compiten entre ellas.

En segundo lugar se dice por la recurrente que agrupa empresas que no aplican el service fee en la medida en que no venden billetes al consumidor final. Ahora bien, la imputación no se realiza en base a la aplicación de las tarifas, sino a su participación en un acuerdo para aplicar tales tarifas que posteriormente fueron aplicados por los vendedores al consumidor final. No se le imputa por ello la aplicación de las tarifas sino la participación en el acuerdo para su aplicación.

3.- Reparto del mercado: resulta claro un compromiso de Iberia, en cuya formulación participó CAAVE y por ello concurrió la voluntad de la recurrente, para no acceder a empresas que ya trabajaban con una Agencia; lo que supone rechazar entrar en competencia en el sector de la contratación de billetes por empresas.

En cuanto a la proporcionalidad de la sanción, expresamente se recoge en la Resolución impugnada que no se aprecian circunstancias que agraven la responsabilidad, y se ha tenido en cuenta la duración de la práctica, la no aplicación de los mismos precios en todas y cada una de las agencias de viaje, dada la atomización del mercado, y el mercado afectado por la práctica anticompetitiva.

En cuanto al reparto de la sanción de multa impuesta a CAAVE entre sus componentes se atiende al número de representantes con derecho a voto de cada una en el Comité Conjunto. Este criterio es ajustado a la realidad de los hechos puesto que precisamente la conducta sancionada es la manifestación de una voluntad de uniformidad de precios, reparto del mercado y transferencia de capacidad de decisión, por ello la importancia de cada entidad vendrá determinada por su influencia en la adopción de la decisión a través de sus representantes con derecho a voto.

Por otra parte, a la recurrente se le impuso la menor sanción de las impuestas.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por promovido Asociación de Mayoristas de Viajes Españolas (AMAVE), y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Ángeles Gladis de la Plaza, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 26 de julio de 2006,

debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el *artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985*, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.